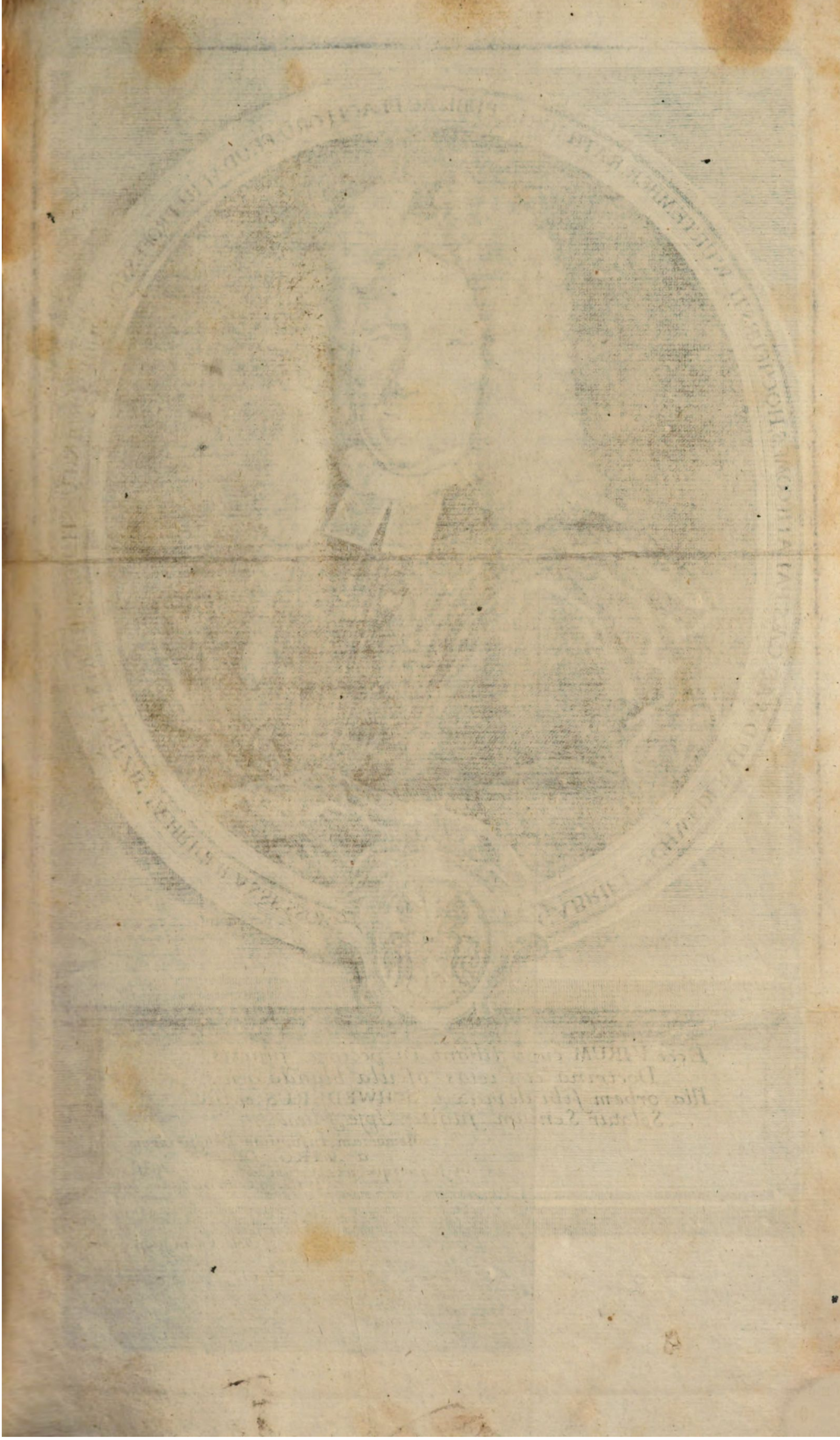
Staatl. Bibliothek
Regensburg

2° Jur. 80(1

Jus. Ano 80.



Ecce VIRUM, *cujus libant in pectore junctis*
Doctrina et Pietas oscula blanda genis.
Illa orbem sibi devinxit SCHWEDERUS, *et ista*
Solatur Senium jugiter Ipse suum.

Memoriam Insignium Beneficiorum
a VIRO *summo*
in se suosque profectorum testificaturus posuit
Io. Georg. Cotta Bibliopol. Tub.

Joh. Aman sculp. Scaphusius.

GABRIEL SCHWEDDER. I. U. D. SAC. CÆS. PALATII COMES, HOCHFURSTL. WURTEMBERG. RATH. IURIS PUBL. AC
CÆSAR et Imperium SC
Ejus Virtutes docta
Depinxit faciem Picto
Candorisqꝫ decus

INCLYTÆ FACULTATIS JURIDICÆ
TUBINGENSIS
QUOTQUOT A CENTUM ET PLURIBUS ANNIS
HUCUSQUE CONSCRIPTA COLLIGI POTUERE,

CONSILIA
ET
RESPONSA
PRÆCIPUA OMNIA,

NONDUM ALIAS IMPRESSA,

CELEBERRIMI NOMINIS VIRORUM, JAM PIE DEFUNCTORUM,

HARPPRECHTORUM, MAURITII, GRAVII,
BOCERI, LAUTERBACHII, SCHEINEMANNI,
BESOLDORUM, BARDILI, MAJERI,
WURMSERI, FROMMANNI, MOEGLINGIORUM &c.
WIBELII, KURRERI,

Ac feliciter adhuc in decus & commodum
REI JUSTITIARIÆ ac LITERARIÆ VIVENTIUM,
D.D. SCHWEDERI, GRASSI, HARPPRECHTI, SCHEFFERI,
SCHOEPFFII, HELFFRICHII, &c.
OMNES FERE, EASDEMQUE NOBILISSIMAS
JURIS SACRI, PROFANI, PUBLICI AC PRIVATI,
CRIMINALIS, FEUDALIS &c.
MATERIAS INSIGNITER ILLUSTRANTIA,
ADDITIS ETIAM
LAUDATÆ ISTIUS FACULTATIS DNN. PROFESSORUM,
TAM VIVENTIUM ITIDEM QUAM DEFUNCTORUM

CONSILIIS ET RESPONSIS
PRIVATIS ac SELECTIS.
OPUS,
QUOAD IN HOC GENERE FIERI POTEST,
CONSUMMATUM AC DESIDERATISSIMUM,
INSIMULQUE TAM INTRA QUAM EXTRA GERMANIAM, UBICUNQUE DICTA VIGENT JURA,
PER SE COMMENDABILE ET UTILISSIMUM,
IN COMPLURES TOMOS DISTRIBUTUM,
ET
ELENCHO INSIMUL GENERALI,
SUMMARIIS UTILISSIMIS AC INDICIBUS COPIOSISSIMIS
OPTIME INSTRUCTUM.

CURANTIBUS BENIGNASQUE MANUS PRÆBENTIBUS ITERUM LAUDANDÆ
FACULTATIS DOMINIS PROFESSORIBUS
MERITISSIMIS,
NUNC PRIMUM IN LUCEM EDITUM.
CUM CLEMENTISSIME CONCESSIS PRIVILEGIIS
CÆSAREIS, POLONICIS, SAXONICIS & WIRTEMBERGICIS.

TUBINGÆ, FRANCOFURTI & GIESSÆ.
Sumtus fecerunt J. G. & C. G. COTTA. J. P. KRIEGER. R. E. MöLLER.
Anno MDCCXXXI.

CONSILIA

ET

RESPONSA

PRAECIPUA OMNIA,

QUOTQUOT A CENTUM ET PLURIBUS ANNIS

HUCUSQUE CONSCRIPTA COLLIGI POTUERE,

IN

ORDINEM ALPHABETICUM

DISPOSITA.

Staatl. Bibliothek
Regensburg

COLLECTIONIS NOVÆ CONSILIORUM JURIDICORUM TUBINGENSIUM VOLUMEN I.

IN

QUO CONTINENTUR

Viri Magnifici atque Excellentissimi

GABRIELIS SCHWEDERI,

U. J. D.

Sacri Palatii Cæsarei Comitis,

SERENISSIMI WIRTEMBERGIÆ DUCIS CONSILIARII

& in Alma Eberhardina Professoris Juris Publici

& Feudalis Ordinarii,

SUPREMI DICASTERII TUBINGENSIS

ASSESSORIS,

FACULTATIS SUÆ VENERANDI SENIORIS

CONSILIA

MAXIME

CIVILIA.

TUBINGÆ, FRANCOFURTI & GIESSÆ.

Sumtus fecerunt J. G. & C. G. COTTA. J. P. KRIEGER. R. E. MöLLER.

Anno MDCCXXXI.

COLLECTIONIS
NOVÆ
CONSILIORUM
TUBINGENSIUM
VOLUMEN I.

IN
QUO CONTINENTUR

Viri Magnifici atque Excellentissimi

GABRIELIS SCHWEDERI,
U. J. D.

Sacri Palatii Comitis Comitis,
SERENISSIMI WIRTEMBERGIÆ DUCIS CONSILIARII
& in Alma Eberhardina Professoris Juris Publici
& Facultatis Ordinarii,
SUPREMI DICASTERII TUBINGENSIS
ASSESSORIS,
FACULTATIS SUÆ NUNC DECANI SENIORIS,

CONSILIA
MAJORIA
CIVILIA.

TUBINGÆ, TYPIS CHRISTOPHORI GUILIELMI
Sumtibus Fratrum J. C. & C. G. COTTA. 1. FRIKEGER. R. E. MOELLER.
Anno MDCCXXII.

GABRIEL SCHWEDER,
U. J. DOCTOR
SACRI CÆSAREI PALATII COMES,
JURIS PUBLICI ET FEUDALIS IN
UNIVERSITATE TUBINGENSI PROFESSOR ORDINARIUS,
SERENISSIMI WURTEMBERGIÆ DUCIS CONSILIARIUS,
ET SUPREMI DICASTERII TUBINGENSIS ASSESSOR,

L. S.

DRodit vel tandem, Lector Benevole, poſt tot eruditorum deſideria, Conſiliorum Tubingenſium Tomus primus, noſtra, quæ nomine Facultatis maximè, ſubinde & privatim ſcripſimus, Conſilia complexus. Non opus eſt, de utilitate & præſtantia ejusmodi collectionum multa præfari. Cum enim tot caſus nobiles, intricati atque difficiles, ſubinde & rari heic occurrant, cùm & Deciſiones Facultatum Doctorumque in luce verſantium haud vana forment præjudicia, ipſo quoque Legislatorum nomine & pro recepta conſuetudine attendenda, cum &, ejusmodi Facultatum conſilia collatis in unum Doctorum votis magno ſtudio & dexteritate quod confecta ſunt, par ſit cogitatu; nullum eſt dubium, quin, maximè ubi in ſupremis Imperiis præcipuum æſtimium & approbationem nacta ſunt, qualem Tubingenſibus noſtris conſtare experientia edocet, & Judicibus ipſis, & cauſarum Patronis, omnibusque iis, qui Jura noſtra vel docent vel diſcunt, maximo ſint ſubſidio & adminiculo. Contigit hinc, ut jam inde à longo tempore collectiones ejusmodi Deciſionum & Conſiliorum, tum à Judiciis ipſis, tum à Facultatibus Juri-

Juridicis, tùm à privatis Doctoribus datorum factæ fuerint editæ, imò & communi JCtorum applausu exceptæ. Ita Decisiones Camerales *Meisnerus*, *Seylerus*, *Barthius*, *Gylmannus* edidere, queis & *Casp. Klockius* addendus est. Ita *Mevius* Decisiones Wismarienses edidit. Ita Palatinas dedere *Manzius & Textor*. Ita Decisiones Saxonicas publici Juris fecere *Carpzovius*, *Krausius*, *Baumannus*, *Bergeri*. Ita Consilia Marpurgensia *Vultejus*, Jenensia *Lynckerus & VVildvogelius*, Wittenbergensia *Hornius*, Helmstadiensia *Homborgius*, Giessensia *Hertius*, Heidelbergensia & Francofurtana *Coccejus*; Altorfina *Rittershusius & Leuchtius*, Argentoratensia *Schmidius & Schilterus*, Kilonienſia *Mauritii*, qui & Tubingensia sua edidit, qualia ante ipsum jam dederat *Besoldus*, deditque postea in pluribus tomis desideratissimus Collega noster *Ferdinandus Christoph. Harpprechtus*. Editæ Collectiones Consiliorum à privatis JCtis factorum infinitæ ferè sunt. Quis est, qui nesciat Consilia *Fichardi*, *Cothmanni*, *VVesenbecii*, *Reusneri*, *Menochii*, *Pfeilii*, *Richteri*, *Mevii*, *Heroldi*, *Brunnemanni*, aliorum diversorumque etiam JCtorum qualium e. g. collectionem dedit *Laur. Kirchovius*. Ita & insignis eorum habetur numerus, qui consilia ad Jus Canonicum, Criminale, publicum &c. spectantia edidere separatim, quem & inire heic nobis haud vacat, cùm ex eâ, quam in Compendio dedimus recensione, abundè satis pateat, quanto cum applausu ejusmodi collectiones hactenus exceptæ ab eruditis & rerum gnaris fuerint.

De præsenti saltem instituto nostro opus est, quædam ut Te, LECTOR BENEVOLE, moneamus.

Desideratum jam inde à longo tempore à nostra Facultate fuit, ut Consilia, quæ ab ipsi data fuere nondumque impressa conspiciuntur, in publicum usum ederet.

Cui Instituto prosequendo cùm sumtus suos jam pridem & pluribus abhinc annis commodaverint fratres *Cottæ*, Bibliopolæ nostri, non differendum diutius existimavimus opus, desiderio Eruditorum ut satis faceremus, utilissimum quippe & præstantiâ & varietate argumentorum, quæ heic tractantur, oppidò commendabile. Conspicias heic casus præcipuos & nobilissimos ad omne genus Jurium, sacri, profani, publici, privati, civilis, criminalis, feudalis spectantes. Videas Consilia celeberrimorum Facultatis nostræ Doctorum *Harpprechtorum*, *Boceri*, *Besoldorum*, *Wurmseri*, *Wibelii*, *Lauterbachii*, *Mauritii*, *Gravii*, *Bardilii*, *Frommanni*, *Kurreri*, *Mæglingiorum*, *Majeri*, *Scheinemanni*, aliorumque dudum piè defunctorum, atque etiam viventium adhuc, nostra primum, quæ primus

primus hicce tomus exhibet, & Collegarum amantiſſimorum *Graſſi*, *Harpprechti*, *Schefferi*, *Schoepffii*, *Helffrichii*, ita quidem in ſequentibus tomis exhibenda, ut ſingulis nundinis unus ſaltem prodeat tomus, ut nonniſi ea, quæ nondum impreſſa ſunt, exhibeantur, ut quæ Facultatis nomine ſcripta ſunt, præcipuè exhibeantur, additis ſubinde tamen Conſiliis Doctorum Facultatis privatis, ſed ſelectis, ut ſingulis Conſiliis Elenchus generalis cum Summariis adcuratis præmittatur & ſingulis aliquot tomis adjiciantur Indices luculenti & exacti. Hæc inſtituti noſtri ratio eſt, hic modus, quo utimur. Et quidem in ipſo hoc præſenti primo tomo inveniet BENEVOLUS LECTOR Conſilia noſtra maximè civilia ſecundum annorum ſeriem impreſſa, in quibus tamen ipſis admixta reperiet, quæ ad alias Jurium materias pertinent, ut nobis ipſis pollicemur non ſpernenda neque vulgaria; Dum impreſſionem Conſiliorum Juris publici, feudalis, criminalis, eccleſ. &c. ex inſtituto tractantium in aliud ſed non adeo longum tempus differendam hactenus fuiſſe, viſum fuit. Cæterum ſi quædam minoris forte momenti hoc in tomo materiæ Tibi ſint obventuræ, ſperamus, reliquarum plerarumque gravitatem & utilitatem opus ipſum in compenſationem largiter fore commendaturas. Quemadmodum autem nulli dubitamus, fore, ut ſtudium hoc noſtrum, quod communi utilitati conſecramus, Tibi approbetur, ita precamur Summum Numen, ut quicquid hîc inſumimus operæ, in publicum egregium & maximè Almæ Juſtitiæ incrementum evaleſcere jubeat, eosque in uſus Benedictione ſuâ velit dirigere, qui fini huic tam ſalutari obtinendo ſint quam maximè accommodati. Scripſimus Tubingæ d. 17. Martii Anni MDCCXXXI. qui mihi Deo dante contingit academicus Jubilæus.

ELENCHUS CONSILIORUM ET RESPONSORUM OMNIUM,

QUÆ PRIMUM

HOC VOLUMEN

COMPLECTITUR.

1. DE Renunciatione Incolatus à Magiſtratu ei facta, qui a Domino extraneo in Conſilium adoptatus eſt. Item de Rem. L. Diffamari, de Injuriis a Magiſtratu civi illatis & de Jurisdictione Archi-Marechalli Imperii in Legatos ad Comitia. fol. 1.

2. De Fideicommiſſo in uno caſu relicto & ad alterum non extendendo. De cumulatione Actionum ſibi præjudicialium. fol. 10.

3. De Præſcriptione & Tranſitione Actionis vi bonorum raptorum, & actionis injuriarum æſtimatoriæ. fol. 28.

4. De Juribus & Privilegiis Collegiorum novis & ſingularibus conceſſionibus non interveniendis. fol. 34.

5. De Dolo negotio per ſe ſubſiſtenti & inde Actioni doli cauſam dante; Item Transactione generali, an in ea dolus remiſſus cenſeatur? fol. 39.

6. De Teſtamento mutuo ſeu Reciproco inter Conjuges confecto, per unius mortem confirmato, à ſuperſtite Conjuge vero iterum revocato, ut & de Expenſis Reo ab Actore in caſum mutati libelli ante omnia refundendis. fol. 45.

7. De Actione Injuriarum Recantatoria ſeu ad Palinodiam, extraordinaria Criminali perſecutione ut & cautione de non offendendo. fol. 54.

8. De Appellatione ab Interlocutoria, eaque pecuniariam pœnam dictitante frivole & informiter interpoſita. fol. 63.

9. De Jure Retractus Partialis in ſpecie intra menſis ſpatium competente. fol. 68.

10. De Penſione ex Prædio ruſtico pio Corpori annuatim præſtanda. fol. 70.

11. de Reditibus perpetuis ad cauſam olim pro pia habitam deſtinatis, præſcribendis, & in alium pium uſum convertendis. Item de Rebus Sacris & Eccleſiaſticis. fol. 75.

12. De Septi Remoratorii ſive cluſæ molaris, (in vernacula noſtra *Mühl-Wehr*) ex priſtino loco in alium translatione, & exinde à flumine vicinis horumque prædiis illato damno, ut & de actionibus ex eo deſcendentibus. fol. 89.

13. De Debito per Ceſſionem in alium translato. fol. 108.

14. De Partu ab Uxore quinto Menſe poſt nuptias celebratas edito, & exinde a Marito quæſito divortio. fol. 110.

15. Cujus pars prior de Donationis Summam ducentorum Florenorum excedentis, ob neglectam ejus actis publicis inſinuationem, revocatione: pars poſterior vero de Pacto inter tres perſonas de Futura ipſarummet paciſcentium hæreditate deferenda & acquirenda nulliter & contra Legis prohibitionem inito agit. fol. 119.

16. De Rei Vindicatione, & Publiciana in rem actione. fol. 134.

17. De Prædiis extranei in alterius vicinæ Univerſitatis territorio ſive diſtrictu ſitis, & exinde huic competente jure paſcendi. fol. 141.

18. De Remedio Sententiæ impugnativo poſt tres conformes ſententias non amplius competente. Item de Monopolio certis Collegiis licito. fol. 153.

19. De Beneficio Conſtitutionis in Rec. Imper. Noviſſ. de anno 1654. *§. Die Verfloſſene &c.* 173. ratione penſionum & uſurarum ante d. Rec. alias exigendarum debitoribus, Belli Tricennalis calamitatibus oppreſſis, publice conceſſo, ejusque quibusdam limitationibus &c. fol. 156.

20. De Macula per converſationem cum carnificibus, & ejusmodi ſordidis hominibus, contrahenda, vel non, & de metuenda inde expulſione è Collegiis & Conſortio honeſtorum Civium. fol. 160.

21. De Requiſitis ad hoc, ut Debitor Debitoris conveniri poſſit. fol. 163.

22. De Injuriarum æſtimatoria, ut & utili ex tertio Legis Aquiliæ Capite inſtituta actione. fol. 167.

23. De Jure Retorſionis. fol. 177.

24. De non facta primo Conductori penſionis ab altero oblatæ denuntiatione, contra expreſſum tamen pactum contractui in continenti adjectum de ipſum non expellendo, ſi tantum, quantum novus conductor promiſſurus ſit, obtulerit, ſed ipſum in hunc caſum huic potius præferendo. fol. 182.

25. De Pacto Dotali, contra formam licet in Jure Statutario Würtembergico Parte III. Tit. VIII. §. *Es ſollen &c.* præſcriptam, dehinc nulliter condito ac celebrato: Ob factam tamen ejus ab alterutro conjugum in ipſius ultima voluntate confirmationem & ſuperſtitis conjugis ſubſequutam adimpletionem, & realem approbationem nihilominus firmo ac valido. fol. 185.

26. Latè & ex fundamento tractatur hæc quæſtio: Præteritio Parentum a liberis facta an teſtamentum reddat ipſo jure nullum, an verò eo caſu ſit validum, ſed querela inoff. reſcindendum? Item de ſtatutorum validitate in materia teſtamentaria, & extra ditionem ſtatuentis; in ſpecie de ſtatutis perſonalibus, realibus & mixtis, querela inoff. teſtam. an per modum exceptionis perpetuo proponi poſſit? An quinquennium hujus querelæ filiæ renunciatrici ante exiſtentiam conditionis pacti hered. reſervativi currere incipiat. fol. 193.

27. De Dotis Conſtitutione in prædio, ex tacita Parentis voluntate, ob plures concurrentes conjecturas & præſumptiones facta. fol. 212.

28. De prætenſo annuo reditu ex prædio, ſed ab actore non probato. fol. 218.

29. De Actione negatoria ſervitutis cuidam horreo impoſitæ. fol. 222.

30. De Debito ex mandati contractu orto, ejus legitimis uſuris, & uxoris debitoris in hoc debito prætenſa renunciatione SCti Vellejani, & authent. ſi qua mulier. fol. 231.

31. De Præcipuo Mariti & aliis hæreditariis Prætenſionibus. Et quomodo quarta legitima; ut & impenſæ in res uxoris factæ in hereditate deducendæ. fol. 241.

32. De Appellatione in cauſa prætenſarum uſurarum promiſſarum puncto formalium nulla & deſerta. fol. 250.

33. Puncto ſtupri & imprægnationis ac in ſpecie delati deſuper Juramenti judicialis. fol. 256.

34. De prætenſa ſervitute viæ, & ideo inſtituta actione negatoria. fol. 262.

35. De Pignore ſeu hypotheca juncto contractu antichretico. fol. 277.

36. De Reſtitutione pignoris judicialis in bonis ſententiæ ac mandato judicis parere detrectantis illius exequendi cauſa conſtituti. fol. 282.

37. De Solutione Debiti per mortificationem Chirographi & quietantium in fidem & teſtimonium obtentæ ſatisfactionis à Creditore ſcriptam probata. fol. 291.

38. De

38. De Pactis dotalibus ſucceſſionem deferentibus revocabilibus : Et de diviſione bonorum a Patre ad ſecunda vota transeunte ſuſcipienda. fol. 296.

39. De Teſtamento valido, juxta ſtatuta loci ubi defunctus degit condito, vires ſuas ad bona immobilia alibi ſita exerente, & Legitima in certis bonis aſſignata. fol. 303.

40. De Errore calculi ſalvo ; & æſtimatione melioracionis non niſi deducta prius rei deterioratione ineunda. fol. 310.

41. Validitas teſtamenti, quod immediatus in territorio ſtatus alicujus condit, an ex Jure Communi an ſtatuto illius loci dijudicandum ſit? De Clauſula Codicillari, an ſuſtineat Teſtamentum nullum in vim Fideicommiſſi? De Mutatione & variatione Libelli & actionis, de vi & efficacia clauſularum ſalutarium Libello adjici ſolitarum. De Interveniente interdum, etiam pro reo habendo. An teſtamentum, ſi ob præteritionem parentum nullum ſit, querela nullitatis intra 30 annos impugnari poſſit ? An Legitimam Condictione ex Lege per 30 annos petere poſſit is, qui querelam inoff. teſtam. præſcribi, paſſus eſt? Et de Jure retentionis quoad Legitimam. fol. 317.

42. De Dote per filiam naturalem à Patre, ſine tamen ipſius conſenſu per Comitem Palatinum legitimatam, exacta. fol. 339.

43. De Actione Mandati directa ab Actore intentata, ſed per exceptionem, de facta ſcilicet ſibi, ex prævio titulo dationis in ſolutum, ceſſione actionis in ſuam utilitatem in proprium ſuum commodum & emolumentum, pro impetranda ſatisfactione ſua, exercendæ, a reo iterum eliſa. fol. 351.

44. De Legitimationis neceſſitate, nullitatum deductione, ut & de demoliendo opere oblata cautione. fol. 358.

45. De Executione à Magiſtratu in domo privilegiata contra Civem refractarium, ob Actionem perſonalem ab alio contra illum intentatam, facta, & exinde ex parte Fiſcalis, ob putative violatam Jurisdictionem, mota querela. fol. 361.

46. De Mutabilitate Pactorum Dotalium, de futura ſucceſſione diſponentium, de quantitate legitimæ Matri relictæ, præteritis duobus Fratribus & inſtituta uxore. fol. 364.

47. De Fideicommiſſo Particulari, in caſum mortis Legatarii relicto, & an, conditione vivo adhuc teſtatore evenente, cum Legato ſimul etiam Fideicommiſſum vitiatum ac extinctum ſit? 2. De eadem aut diverſa quantitate & re, in una eademque, ſive diverſa ſcriptura, ab eodem teſtatore relicta. 3. De tacita ademptione Legatorum. fol. 369.

48. De Renunciatione hæreditatis & acquæſtus conjugalis, a vidua pro repetendis illatis, in concurſu creditorum defuncti mariti, facta, ejusque alimentatatione durante Proceſſu Edictali. fol. 374.

49. De Præſcriptione Condictionis ex Mutuo, aliarumque omnium actionum. An hæc ſine bona fide hodie procedat? fol. 394.

50. De Reſtitutione adverſus ſententiam, & de compenſatione. fol. 402.

51. De Explicatione alicujus Pacti dotalis. Et quid nomine ſupellectilis ut & veſtium omnium mariti, qui etiam veſtes muliebres, hæreditatis jure obtentas, reliquit, veniat? fol. 409.

52. In Materia Stationum Forenſium & Pacti Opificum inter ſe: Ne pluris vel minoris, quam ſtatuerunt, merces vendantur. fol. 415.

53. De Præſtatione evictionis in Permutatione bonorum Feudalium, & de horum ſubinfeudatione, an & quatenus ob eam Vaſallus Feudo privari poſſit? De Efficacia Pacti: Ut uni contrahentium, altero invito, à Contractu quandocunque recedere liceat. fol. 418.

54. De Intellectu §. Wann nun die Schulden &c. Tit. 4. Part. 4. Juris Würtembergici ; An nimirum, vi hujus, viduus una cum Inſtrumentis, ad artis aut opificii ſui exercitium neceſſariis, pro re nata, unum aut plures ex equis, bobus &c. ad agriculturam aut vecturam comparatis, pro Præcipuo jure petere poſſit? 2. De Expenſis in Inventarium & diviſionem hæreditatis relictæ factis. fol. 430.

55. De Vindicatione bonorum, pro rebus fideicommiſſo ſingulari ſubjectis, in ſolutum datorum, non fundata, ob omiſſam declarationem, de his in illarum locum ſurrogandis. fol. 434.

56. De Accuſatore in cauſa ſyndicatus de proſequenda lite datis fidejuſſoribus vel pignoribus non cavente, carceri mancipando. fol. 442.

57. De Teſtamento in quo Princeps hæres inſtitutus. fol. 446.

58. De Uſuris ultra ſortem non ſolvendis. fol. 455.

59. De Renunciatione ſucceſſionis paternæ in favorem Patrui & Patruelium Magnorum

gnorum ob læsionem enormissimam & intervenientem dolum nulla & invalida. fol. 457.

60. De Actione utili negatoria de venatione mota & intentata, & Juramento calumniæ exacto non semper præstando. fol. 470.

61. De Nullitate Contractus, super bonis Emphyteuticis, sine Serenissimi Ducis Würtembergici consensu initi. fol. 475.

62. De Mutuo a Filiofamilias accepto. fol. 480.

63. De Juramento manifestationis ad accepta a Parentibus in hæreditatem conferenda. fol. 484.

64. De Sponsalibus publicis & clandestinis, quibus copula carnalis accessisse prætenditur, concurrentibus. fol. 489.

65. De Collectatione forensium, respectu situs bonorum immobilium. 2. De Gabella Emigrationis. fol. 503.

66. De Satisfactione Stupratæ & alimentatione partus: Delatoque super defloratione juramento judiciali. fol. 514.

67. De Successione in bona liberæ dispositioni reservata, in pacto dotali, si deinceps nulla dispositio facta sit. fol. 518.

68. In Materia Dotis Meliorationumque in Feudum versarum, repetitionis ac liquidationis, fructuum è feudo perceptorum restitutionis, desuperque delati juramenti judicialis. fol. 529.

69. De Validitate Testamenti, disponentis subscriptione in omnibus paginis, quam hic antea in animo habuerat, non secuta. Nec non de testamento secundum statuta loci condito ubique rato. fol. 534.

70. De Restitutione in integrum contra rem judicatam prætextu instrumenti noviter reperti, sed aboliti, frivole petita. fol. 541.

71. De Actione Legis Aquiliæ, ob damnum per combustionem Documentorum literalium datum. fol. 544.

72. De Pacto Successorio affirmativo, a matre in præjudicium filiæ illegitimæ inito, per subsecutam voluntatem ultimam putative confirmato, sed hactenus invalido & nullo. fol. 548.

73. De Transactione super Legato conditionali inita, non quidem ex defectu objecti habilis; Attamen ex defectu solemnitatum, ad validandam alienationem rerum immobilium, quæ minorum sunt, a LL. requisitarum, ipso jure nulla. fol. 552.

74. De Donatione inter vivos, pura & absoluta, a Donatrice in Testamento subsecuto repetita & confirmata in Legatum non degenerante, hincque in restitutionem Fideicommissi Universalis non veniente. fol. 565.

75. De Privatione Legatorum, ob eorum possessionis apprehensionem privata authoritate, a personis honoratis factam an hodie, & quatenus locum habeat? fol. 582.

76. De Remedio Canonis Redintegrandа & Spolio, an & quatenus locum habeat? fol. 588.

77. De Revocatione donationis inter vivos, sed impropriæ, ob prætensas injurias donatori a donatario illatas. fol. 593.

78. Cujus Quæstio prima de Cura Bonorum absentis, in casum ab ipso constituti & relicti Procuratoris, quem simul in testamento heredem scripsit cognatis proximioribus ab intestato successuris, non deferenda: Secunda, de Testamento a Tonsore militari in statione, (vulgo *Postirung*,) valide revocato: Tertia denique de dispositione & efficacia Legis 27. Cod. de Inoffic. Testamento, agit. fol. 608.

79. De Corporali juramento, in casum existentis Inventarii solennis, inter duos conjuges, ob commissum ab alterutro adulterium, separatos, confecti, cessante: Item, dc alimentorum Liberis, ab hujusmodi conjugibus procreatis; Nec non sumtuum puerperii præstatione a marito adultero facienda: Et denique de Sumptibus, factæ divisionis, ab utroque Conjuge pro rata ferendis. fol. 614.

80. De Clausula constituti Possessorii Obligationibus, etiam hodiernis temporibus, validissime annexa ut & amplissimis insignibusque illius in foro effectibus. fol. 618.

81. Cujus Quæstio Prima: De substitutione fideicommissaria fratris & sororis horumque hæredum reciproca, a Patre in

in ſuo teſtamento, idque ſub prohibita Trebellianicæ deductione, valide facta: Secunda: De Legato ſub verbis collectivis Nepotibus, in diem tamen incertum, a teſtatore relicto, a cujus participatione ſecundi matrimonii Nepotes, ante quorum tum conceptionem, tum nativitatem tempus extitit, & conditio purificata fuit, in totum planè excluduntur; Tertia: De fideicommiſſo, in certa pecuniæ ſumma conſtituto, filiæ à teſtatore nominatæ, in caſum filii abſque maſculino ſtemmate deceſſuri, in totum reſtituendo: Quarta: De uſufructu Patri, in re filiæ legata, per verba expreſsè prohibitivis neceſſariò æquipollentia ademto: Quinta: De certa ſumma ex fideicommiſſo ad filias pleno jure pertinente, Patri ob ſummam neceſſitatem à Debitore valide ſoluta: Sexta: De Obligatione Teſtamentario Executori incumbente, in cautione reciproce ſubſtitutis fideicommiſſariis proſpicienda, ut & horum litibus, etiam Nobili Judicis officio implorato, illorum tamen ſumtibus dirimendis, Septima denique de ſemel ſuſcepto teſtamentariæ executionis munere absque juſta cauſa & invito altero non iterum derelinquendo, agit. fol. 623.

82. In cujus prima Quæſtione illuſtratio Quæſtionis ſecundæ, in proxime præcedenti Reſponſo, propoſitæ, petitur. In ſecunda vero de neceſſaria & quidem ſolitaria ſororum germanarum in ſororis absque Liberis demortuæ, relicta ſua prælegati hujus portione, ob factam à Teſtatore reciprocam harundem ſubſtitutionem, ſucceſſione agitur. fol. 638.

83. De Reſtitutione in integrum adverſus tres conformes ſententias, ex capite minorennitatis petita, &c. fol. 644.

84. De Præſumptione pro qualitate cenſitica bonorum annuæ penſionis præſtationi obnoxiorum, & de annui cenſus frumentarii præſtatione legitima. fol. 648.

85. In puncto decimarum in poſſeſſorio, interdicto uti poſſidetis & remedio Canon. Redintegranda 3. c. 3. qu. 1. cumulato. fol. 661.

86. In puncto vindicationis Liberorum in patria poteſtate conſtitutorum, aut juris agendi interdicto de Liberis exhibendis & ducendis. Ubi ſimul quædam notabilia tractantur, negotia Religionis inter Catholicos & Evangelicos, ratione Conjugii, Baptiſmi &c. obverſantia, contingentia. fol. 672.

87. In puncto Annullationis contractus emptionis venditionis ex capite non obſervatorum ſolennium in alienatione rerum minorennium. fol. 681.

88. In puncto oppignoratarum collectarum Imperialium à civitate Imperatori olim pro immediata ſubjectione ſolvi conſuetarum, num in aureis vel florenis uſualibus ſolvendæ, num venditæ cum pacto retrovendendi, an ſaltem oppignoratæ? Ubi notanda quædam de Aureis Rhenanis, valore Marcarum &c. ſingularia. fol. 691.

89. In puncto Juris Braxandi Nobilibus denegati & Civitatibus conceſſi per modum Privilegii conventionalis cum jure prohibendi & pignorandi. fol. 702.

90. De Prohibitione alienationis in genere, vel reſtrictè inter vivos, ad alienationem per ultimam voluntatem haud extendenda, & de Jure Protimiſeos. fol. 708.

91. De Moderatione & mutatione Juris mortuarii & aliarum præſtationum inter Cœnobium quoddam & homines ejus proprios conventa, valida vel invalida: item de requiſitione protectionis domini territorii ſine conſenſu Domini Jurisdictionis a ſubditis ſubalternis facta, &c. fol. 711.

92. De Fideicommiſſo Familiæ quibusnam verbis conſtitui poſſit? De Extinctione Fideicommiſſi, excluſione Fœminarum, & matris ratione uſusfructus materni in illis bonis &c. fol. 725.

93. De Rei vindicatione ab Actore quidem inſtituta, ſed per ſexagenariam præſcriptionem, ut & rei traditionem, ex prævio juſto, ad dominium acquirendum, titulo habili factam, iterum in totum planè eliſa. fol. 736.

94. De Injuriarum actione tum Recantatoria, tum & Extraordinaria Criminali Perſecutione ab Actore in uno eodemque Libello valide inſtituta. fol. 741.

95. De Cautione à Matre, pro filio abſente, publica quidem Magiſtratus autoritate, absque tamen Curatore ad Litem, inſimulque ex bonis Liberorum paternis, præſtita, per Exceptionem vero SCTi Vellejani iterum infirmata & ſublata. fol. 745.

96. De Juramento Judiciali a Filia hujusque Marito

Marito, alimenta Matri, animo ex futura hujus hæreditate repetendi & compenſandi, ſubminiſtrata fuiſſe, præſtando, fol. 750.

97. De Reſtitutione Decimarum, ſine cauſa perceptarum, juramento judiciali &c. fol. 753.

98. In Puncto Actionis ſubſidiariæ in factum ex L. Aquilia. Item Expenſarum Litis. fol. 757.

99. Ab Emptione perfecta an & quomodo partes recedere poſſint? fol. 760.

100. Juramentum judiciale an in cauſa teſtamenti, quod metu & importunis perſuaſionibus extortum dicitur, locum habeat? Item Nuptiæ invitis parentibus & cum indignis perſonis initæ, an ſint juſta exheredationis cauſa? & de Probatione cauſæ exheredationis. fol. 762.

101. De Bonis illatis viduæ, prævia tamen deducendorum deductione, ut & Feudis ſucceſſori, juxta diſpoſitionem Privill. Provincial. Ducatus Pomeraniæ reſtituendis: Nec non per ſpeciale pactum, cum expreſſa juris reluendi renunciatione, facta feudorum ceſſione. fol. 767.

102. Cujus Quæſtio prima: De Bonis in Societ. Conjug. illatis cum acquiſitis non confundendis; Secunda: de pactis dotalibus in Conjugum ſucceſſionibus ante omnia obſervandis; Tertia: de ordine ſucceſſionis liberorum ex diverſis matrimoniis procreatorum; Quarta: de pœna privationis proprietatis conjugi ſuperſtiti delatæ portionis hereditariæ, ob tranſitum ad ſecundas nuptias, ex defectu legis vel ſtatuti, ceſſante; Quinta: De Jure liberis ſecundi matrimonii, in portione Matris ſtatutaria, ex primo matrimonio accepta, competente; (Sexta ceſſat.) Septima denique de Remediis Juris horumque præſcriptione, durante belli tempore dormientibus, agit. fol. 774.

103. De Mutatione pratorum in aliam culturam a Domino tentata, dehinc alterius uſu & exercitio Juris Paſcendi in illis ſibi competente turbato. fol. 782.

104. Cujus Quæſtio prima: De Regreſſu ad bona filiæ renuntiatricis in caſum prorſus exſtincti ſtemmatis maſculini; Secunda: De Excluſione Agnatorum & Cognatorum totali a ſororibus Defuncti in bonis allodialibus; Tertia: De Regreſſu ad hæreditatem adhuc valido non obſtante, licet renuntians ex hæreditate aliquid acceperit; Quarta: De obligatione conferendi, filiæ renunciatrici, nunc ad hæreditatem extincto plane maſculino ſtemmate redeunti, incumbente &c. Quinta denique: De Modo ſuccedendi in hujusmodi hæreditatem in caſum exiſtentis vel non exiſtentis Inventarii agit. fol. 787.

105. De Nomine a Matre Filiæ, ſub Prælegati titulo, relicto, per factam tamen ab ipſa Teſtatrice adhuc viva ejus exactionem, ut & Filiæ ante Matris mortem iterum extincto. fol. 790.

106. De Juramento Judiciali, ſuper exceptione exerciti Anatociſmi Reo Actori delato. fol. 794.

107. De Pacto Protimiſeos ratione certæ rei hereditariæ, in Diviſione Hereditatis inter majorem & 25. annis minorem abſque Decreto inito, valido an invalido? Item de Validitate pacti de retrovendendo & oppignorationis rerum minorum, terminis Minorennitatis Statutariis &c. fol. 798.

108. Cujus Prima Quæſtio: de modo dividendi bona ad Præſcriptum Juris Lubecenſis: Secunda vero de Dote, à patre Filiæ ipſius ſecundi matrimonii ex bonis maternis ad filiam primi matrimonii ſpectantibus in caſſum & nulliter conſtituta agit. fol. 814.

109. De Avia, mediante juris uſusfructus, Patri competentis, ademptione, in favorem Nepotum valide diſponente. fol. 819.

110. De Exceptione ordinis ſive excuſſionis à tertio hypothecæ poſſeſſore valide rectèque oppoſitâ. fol. 823.

111. Puncto Cit. Prævent. & puncto Legatipii. fol. 827.

112. In puncto Venditi Feudi cum Pacto de retrovendendo, ita ut emptricis filio liceat feudum pro ſe *Erblich anzunehmen*. Num ergo eo defuncto id etiam liceat heredibus ipſius adhuc facere? fol. 836.

113. De

113. De Solutione Conjecturata, & Condictione indebiti. fol. 840.

114. De Libertate expellendi Colonum vel Conductorem, ex agris ab Anteceſſore locatis, Succeſſori in præbenda competente. fol. 844.

115. De Contractu Vitalitio, Donatione ſub modo facta, Inſinuatione, &c. fol. 849.

116. De Actione de Recepto, ob Merces à Ruſtico, nullam plane cauponam exercente, in domum ſuam nundinarum tempore ſuperioris juſſu receptas, easque amiſſas, informiter inſtituta, & exinde ſubſecuta condemnatione, per reſtitutionem vero in integrum iterum ſublata. fol. 859.

117. In puncto Retractus Gentilitii, deque ejus ſubjecto, objecto & forma. fol. 863.

118. De Obligatione alterius ex poſtfacto ab alio ſuſcepta, & præſumptione debiti ex ſolutione plurium annorum uniformiter facta, &c. fol. 868.

119. In puncto Stipendii pro agnatis, cognatis fundatoris, & in defectu horum pro cognatis uxoris, & his quoque deficientibus pro Civium filiis. fol. 872.

120. De Jure Retractus Teſtamentarii, & qualis inde Actio competat? fol. 880.

121. An Teſtamentum ſit invalidum, in quo Dominus Territorii heres inſtitutus, & Teſtes adhibiti ſunt ejusdem Conſiliarii, Officiales & Subditi? fol. 885.

122. In puncto Debiti ex emptione venditione & per reconventionem oppoſitæ exceptionis compenſationis variarum Prætenſionum. fol. 891.

123. Cujus Quæſtio Prima: De Jure Uxori, omnia ea, quæ ipſi in pactis dotalibus ſub expreſſa hypotheca ſunt conſtituta, ante omnes alios Creditores deducendi, conceſſo: Secunda vero, de Hærede, cum Inventarii beneficio hæreditatem adeunte, ultra vires illius non obligando, agit. fol. 903.

124. De Hæredibus ad reiteratas rationes à defuncto, & quidem ſubſequuta Principis approbatione, abſolutione, ut & judiciali transactione, jam jam redditas, non amplius obligandis. fol. 908.

125. De Juſta Poſſeſſionis ex voluntate defuncti apprehenſione, per conſequens adverſæ partis ſub- & obreptitiè contra illam impetrato manutenentiæ Decreto iterum caſſando, & primum apprehendentem in poſſeſſione, contra alterius partis injuſtas turbationes, manutenendo. fol. 915.

126. De Juris Paſcendi in alieno per Præſcriptionem temporis immemorialis prætenſa acquiſitione, & de hujus Præſcriptionis requiſitis. fol. 929.

127. De Succeſſione ab inteſtato Conjugum, Adoptione & Arrogatione, Jure Repræſentationis &c. fol. 937.

128. Puncto *des von den Bierbrauern zu Nürnberg den Heffnern und Eßigmachern auslieferenden Schleims - Heffen und Glatt-Waſſers.* Et de Rebus meræ Facultatis an hæ præſcribi poſſint? ut & de Præſcriptione immemorialis temporis, nec non Actione Legis Aquiliæ. fol. 943.

129. In Cauſa proxime antecedente impertitum. fol. 953.

130. Cujus Quæſtio Prima: De Donatione ſummam 500 Solidorum excedente à Patre Filio, absque inſinuatione licet, nihilominus tamen valide facta; Secunda: De Teſtamento, Notarii omniumque Teſtium ut & Executorum morte non attenta, firmo manente; Tertia, de ultima defuncti voluntate ab hæredibus ſemel agnita ipſoque facto approbata, nec non Quarta de Donatione à Patre Filio inter vivos facta, ab hæredibus non amplius impugnanda, agit. fol. 957.

131. De Donatione à Patre Filio inter vivos valide inſimulque ex mera liberalitate & ſingulari Patris affectione ſimpliciter & proprie facta, absque reliquis Patris hæredibus, per hæreditatis diviſionem ipſo facto agnita & approbata. fol. 963.

132. De Uxore Mariti fugitivi, ad manifeſtationis juramentum ratione ſtatus

Bb. non adstringenda. De Exceptione rei judicatæ, ob deficientia ipsius requisita, non competente. De Uxore, ad rationum residuum, (vulgo *Rechnungs - Rest*) solvendum non obliganda, sed ad Renunciationis acquæstus conjugalis beneficium admittenda. fol. 968.

133. De Satisfactione Stupratæ. fol. 975.

134. De Re deposita citra Depositarii ad minimum latam culpam amissa, per consequens ad illius restitutionem ipsum non obligando. fol. 980.

135. Cujus Quæstio Prima: De monasterio, absque Domini Territorialis consensu immobilia privatorum bona emendi facultatem non habente: Secunda: De domo contra alterius præjudicium & damnum exstructa iterum diruenda ac prosternenda: Tertia: De Ædificio suo, murali ambitu ob publicum inde proveniens damnum non vallando: Quarta: De Electione novæ protectionis, priorisque desertione Monasterio non permissa: Quinta: De solutione floreni Rhenani, juxta tenorem Catastri, à Monasterio annuatim præstanda: Sexta denique de recusata duorum florenorum Rhenan. ex bonis quibusdam immobilibus Monasterio annuatim incumbente præstatione, & exinde a Domino quæsita prædiorum privatione. fol. 985.

136. De Testamento inter Conjuges reciproco, eoque perfecto, dehinc per hæredem ab intestato frustra impugnato. fol. 991.

137. De Injusta Equi pignoratione, & exinde orta lite, eaque a Reo per longum tempus malitiose protracta. fol. 994.

138. De Juramento Purgatorio Reo à Judice ex Officio in causa stupri delato. fol. 997.

139. De Revocatione Prædii Emphyteutici. fol. 1001.

140. De Remedio, finito possessorio summario super spolio intentato in Materia Decimarum, illi, qui succubuit, adhuc competente. De Probatione finium antiquorum, ut & editione Documentorum communium. fol. 1007.

141. De Renuntiatione Litis ejusque effectu. fol. 1011.

CONSILIUM I.

CONSILIUM I.

De Renunciatione Incolatus à Magiſtratu ei facta, qui à Domino extraneo in Conſilium adoptatus eſt. Item de Rem. L. Diffamari. de Injuriis à Magiſtratu civi illatis; & de Jurisdictione Archi-Mareſchalli Imperii in Legatos ad Comitia.

SUMMARIA.

1. *Qui Jura publicè profitentur, etiam cuilibet petenti de Jure reſpondere tenentur.*
2. 3. ſeqq. *Mandatum Magiſtratus alicujus Urbici de migrando è loco iſto an & alium præter civem, quive domicilium ibi fixit, vel incolam teneat?*
5. *Tale mandatum an in effectu ſit relegatio?*
8. *Graviſſima cenſetur injuria, ſi alicui urbe interdicatur, aut hoſpitium & converſatio civium prohibeatur.*
9. *Conſiliarius Principis vel Comitis eſt Pars Corporis ejus.*
10. *Injuria Conſiliario illata ipſum contingit Principem.*
11. *Legati Statuum Jurisdictioni Civitatis, ubi Comitia Imperii celebrantur, neque in Civilibus, neque Criminalibus obnoxii ſunt.*
12. *Civitates Imperiales ſicut Principes & Comites Imperii Jura Territorii in ſuis Ditionibus habere, ac inde mixtum & merum Imperium in omnes, quomodocunque delinquentes, poſſe exercere.*
13. *Reatus Dignitatem & Honorem excludit.*
14. *An Princeps ac Status Imperii in alterius Status Territorio delinquens ibi forum ſortiatur ac puniri poſſit?*
15. *Minus potentem in ſuo Territorio ſuperare potentiorem, & ſuperiorem extra Territorium delinquentem pro privato haberi.*
16. *De Archi-Mareſchalli & Mareſchalli Hæreditarii Imperii in Statuum Imperii & Exterorum Principum Legatos, eorumque Familiam in Comitiis Jurisdictione. adde num. 49.*
17. *Refutatur ſententia num. 14. relata.*
18. *Principes & Comites Imperii noſtri illos, qui in LL. Romanis Illuſtres & Spectabiles appellantur, multis paraſangis antecedunt.*
19. *In Nov. 69. c. 1. & Auth.* Quæ in Provincia. C. *ubi de crim. ſolummodo de Privilegiis in Corpore Juris non incluſis per delicta amittendis ſtatutum eſſe.*
20. *Siciliæ Rex Imperatoris fuit Subditus.*
21. *Legem 3. ff. de Off. Præſid. Principibus & Comitibus Imperii applicare velle nimis abſurdum.*
22. *Status Imperii non præciſe communicatione actuali, ſive ἐνεργείᾳ participationis ſuffragiorum definiendus, ſed ſuffragandi Jure & potentiâ æſtimandus eſt.*
23. *Statûs alicujus Legatus ad Conventum Imperii miſſus ob Characterem repræſentatitium jus habet fruendi iisdem honoribus, quibus frueretur Dominus*

nus ejus, si ipse præsens esset.

24. *Injuria Statûs Imperii Legato illata habetur pro atrocissimâ.*

25. *Ex loco quoque æstimatur atrocitas injuriæ.*

26. *Et tempus addit gradum atrocitatis.*

27. *Graviores censentur injuriæ scriptæ verbalibus.*

28. *Incolatus per domicilium contrahitur.*
Incola alicujus Civitatis ejus Jurisdictioni subjectus manet, etiamsi ab extraneo quodam Domino in numerum Consiliariorum ascisçatur, quamdiu non mutat domicilium. ibid.

29. *Incola & Civis in effectu vix differunt.*
Idem non minus Jurisdictioni Magistratûs loci, ac ceteri Cives strictè sic dicti, subjectus est; nisi speciatim sit exemptus. ibid.

30. *Tali Incolæ superveniens Dignitas apud Statuum quem* eines Raths von Haus aus *Exemptionis causa non est.*

31. *Interdictio Incolatûs ejusmodi personæ facta magni est præjudicii, & pœnæ non levis species, ac inde sine justâ & gravi causâ, imò sine magno crimine non irroganda.*

32. *Etiam Magistratus, si aliquid injuriosè egisse probetur, injuriarum actione tenetur, nec Magistratus eum excusat.*

33. *Justa causa urbe alicui Incolæ interdicendi non est, ubi hic Jurisdictioni Civitatis sese subtrahere tentavit, sed aliis remediis in ordinem coërcendus est.*

35. 36. *Etiam adversus proprium Magistratum, à quo quis gravi injuriâ affectus est, potest agi injuriarum, & simul ob falsò imputata crimina ex L. Diffamari.*

37. *De omni injuriâ is, qui eam passus est, agere potest vel civiliter, vel criminaliter in sensu Juris Civilis.*

38. *Abusus Remedii ex L. Diffamari. notatur.*

39. *In causa injuriarum ejus usus fere omnium Curiarum Consuetudine servatur.*

40. *Imò si ad communem & quotidianum usum respiciatur, hoc Remedium inter omnia alia quam latissime patet, & præcipue eminet, locumque invenit in causis tam civilibus, quam criminalibus, in actionibus tam realibus, quam personalibus, in judicio petitorio & possessorio &c.*
Illustratur hoc per exempla. ibid.

41. *Hujus Legis Praxis in solo Judicio Camerali ad certas & graves causas est restricta.*

42. *Dispositio Jus Commune Consuetudine firmatum restringens ultra verba & casum specialiter expressum extendi non debet.*

43. *In ipsa tamen Camera etiam d. Legis Praxis approbata est.*

44. *Remedium L. Diffamari, eò tantùm tendit, ut Diffamanti certus constituatur terminus ad agendum & probandum ea, quæ Diffamato objecit, vel perpetuum ei imponendum silentium.*

45. *Ubi autem agitur ad famæ apparenter læsæ restitutionem & pœnam Civilem, ibi est Actio Injuriarum Recantatoria & Æstimatoria.*

46. *An & quomodo hæ duæ Actiones, ut & Criminalis Persecutio, cumulari possint, & concurrant?*

47. *Actio injuriarum & Remedium d. L. Diffamari an in uno eodemque Libello proponi & cumulari possint?*

48. *Regula Juris: Actor sequitur forum Rei.*
Quis in Judicio Diffamationis Actor, quis Reus, & Judex competens.

49. *Elector Saxoniæ, ut Archi-Mareschallus Imperii, omnium ad Comitia tam à Statibus quam Principibus Externis Ablegatorum Judex est competens.*

50. *Injuria affectus afficientem coram hujus competenti Judice convenire debet.*

51. *An Remedium ex L. Diffamari post elapsum anni spatium adhucdum utile sit? & an iste annus currere incipiat ab insinuatione literarum diffamatoriarum, an ab eo tempore, quo Serenissimus Archi-Mareschallus Diffamatum protegendum mandaverit?*

52. *Argumenta negantium, quod d. Remedio post annum locus sit.*

53. *Asseritur Affirmativa, quod etiam postea ei locus sit, & duret perpetuo.*

54. *Hoc Remedium non simpliciter appellari posse Actionis injuriarum præparatorium.*

55. *Præscriptio dicti Remedii currere incipit à tempore Diffamationis & illatæ injuriæ.*

Demnach

I. N. D. N. I. C.

DEmnach wir Decanus und andere Doctores der Juristen Facultät bey gemeiner Hohen Schul zu Tübingen freundlich ersuchet worden, die eingeschickte Facti Speciem, samt Beylagen, fleißig zu erwägen, und über die daraus gezogene vier Fragen unser Rechtliches Gutachten, unter unserm grössern Insiegel, zu ertheilen; als haben wir uns ratione publicæ Professionis,
1 cujus intuitu uns unverwaigerlich obgelegen, cuilibet id petenti, de jure zu respondiren,

arg. l. 1. §. 1. ff. de Justit. & jur. l. 6. C. de Advoc. divers. judic.

in allwege schuldig und verbunden erkandt, darinnen zu willfahren, und deme nach, nach beschehener gebührenden Verlesung, davon in unserm versamleten Collegio nach Nothdurfft deliberirt, und endlich bey einer jeden Quæstion geschlossen, wie unterschiedlich hernach folget. Und zwar die erste Quæstion:

2 **Ob Hr. D. K. nicht berechtiget seye, den Stadt-Magistrat wegen der ihm angethanen schimpfflichen Wegschaffung, wie auch der aufgekündeten und verbothenen Herberg halben zu verklagen und gebührende Satisfaction zu begehren?** betreffend: So halten wir davor, daß
3 forderist zu decerniren und zu sehen seye: ob Hr. D. K. sein Domicilium zu Regenspurg figirt gehabt, und also ein Incola daselbst gewesen, und neben dem Incolat den Characterem und Titul eines Raths von Herrn Georg Philippen, Grafen zu O. ꝛc. geführt, wie ex illis signaturæ verbis: Was einem Wohl-Edlen und Hochweisen Hrn. Stadt-Cammerer und Rath Hr. D. K. des Beysitzes halber viele Jahr hero vor mehrfache Verdrießligkeiten gemacht ꝛc. & ibi: Als wollen vorwohlgedachter Hr. Stadt-Cammerer und Rath sich gewiß versehen, daß vielgemeldter Hr. D. K. zwischen hier und nächstkünfftigen Weyhenachten sein Domicilium von hier hinweg und anderwerts hin transferiren werde, ꝛc. fast zu schliessen: Oder ob Hr. D. K. sich bloß als ein Rath Herrn Georg Philippen Gravens zu O. ꝛc. zu Regenspurg aufgehalten, seines Herrn Interesse bey dem vorseyenden Reichs Convent zu observiren, oder dessen allda habende Negotia zu expediren, sein Domicilium aber in Regenspurg gar nicht constituirt gehabt, noch ein Incola daselbst gewesen?

4 In diesem letztern Fall ist unzweifflich wahr, daß ein Magistrat der Stadt Regenspurg durchaus nicht befugt gewesen wäre, dergleichen Signatur an Hrn. D. K. ausfertigen zu lassen, und vermöge deren ihm, inner sieben Wochen sich aus der Stadt zu erheben, anders wohin zu wenden, und durch weitere Verzögerung und Aufschub zu mehrem sonst unausbleiblichem Ernst nicht Ursach zu geben, anzubefehlen, waß Ursach auch immer vorgeschützet werden möchte; also ihme Hr. D. K. damit gar zu viel gethan, daß er ihme obenthaltene Signatur insinuiren lassen, und anbey dessen Haußwirth ernstlich anbefohlen, daß er ihme die innhabende Herberg in der damahligen harten Kälte und tieffen Schnee aufkünden müssen, ja der gantzen Bürgerschafft durch die Wachtschreiber verbieten lassen, daß keiner Hr. D. K. weiters beherbergen sollte. Denn solche Insinuation prædictæ signaturæ ist 1. 5
in effectu nichts anders, als eine Relegation,

arg. traditorum Carpzovii *Pr. Crim. p. 3. quæst. 130. n. 55. 56.* ubi disertè impositionem venditionis ac migrationis ex certo aliquo pago, speciem quandam relegationis esse ait.

quæ secundum Bartolum infamat.

Bart. *in l. is, cui. 18. §. si quis ob carmen. 1. ff. qui testam. fac. poss. n. 1.*

Quod etsi de Jure Civili alii ad perpetuam solummodo relegationem restringant, 6

per l. capitalium. 28. §. cætera. 1. ff. de pæn.

Alii autem rectius tum demum procedere asserant, si causa, ob quam irrogatur, famosa fuerit

arg. l. ictus fustium. 22. ff. de his qui not. infam. ibi Brunneman.

si delictum, ob quod quis relegatur, non infamet, nec ipsam relegationem famam relegati diminuere statuentes.

vid. Nellus de S. Geminiano *tr. de bannitis. part. 1. secund. temp. num. 49. 50.* Hippol. de Marsil. *Pr. Crim. §. aggredior. n. 95.* Hartm. Pistor. *obs. 177. n. 45.* Petr. Theodor. *Coll. Crim. cap. 10. aph. 2. lit. G. n. 44.* Carpzov. *Pr. Crim. p. 3. q. 135. n. 51.*

attamen, quia hodiernis moribus ex homi- 7
num opinione infamia magis æstimatur, quin & ad certum saltem tempus, ex causa quoque non famosa, relegati famæ hodie etiam macula aliqua ex horum opinione aspergatur, neminem inficias ire posse, ait

Carpzov. *d. q. 135. n. 52.*

Aus welcher also 2. dergestalten nicht nur 8
allein Hrn. D. K. sondern auch dem Hrn. Graven selbst kein geringer Schimpff und Schmach würde zugewachsen seyn. Enim vero cum pro injuria reali habeatur, si quis de facto arresto detineatur, possessione sua privetur, carceri injuste mancipetur,

arg. l. 12. §. quæ jure &c. I. l. 32. de injur.

l. 6. C. unde vi. Fulv. Pacian. *de probat. lib. 1. c. 72. n. 16. seq.* Berlich. *p. 5. concl. 59. n. 118. 120.* Gail *2. O. 74. n. 4. 12.*

item si quis in mari vel flumine publico piscari aut lavare, vel in cavea publica sedere prohibeatur,

l. 13. §. ult. ff. de injur. Joh. Harpprecht. *ad §. 1. de injur. n. 21.*

non poterit non itidem gravissima censeri injuria, si quis in civitate agere, conversarive prohibeatur, aut urbe alicui interdicatur, & civibus, ne hospitium ei præbeant ac alia humanitatis officia exhibeant, injungatur.

arg. d. l. Harpprecht. *d. l.*

9 Et cum Consiliarius Principis ac Comitis sit Pars Corporis Principis ac Comitis

l. 5. C. ad L. Jul. Majest.

quod cum Domino tanquam Capite unum corpus constituat, eumque per omnia repræsentet,

Keller. *de offic. Jurid. Polit. lib. 2. cap. 1.*

10 non potest non injuria Consiliario illata ipsum contingere Principem ac Comitem.

Moller. *in rubr. ad Constit. Elector. Saxon. 43. part. 4.*

11 Zumahlen da dieselbe 3. ohn einiges Recht, aus selbst angemaßter Gewalt ihme Hrn. D. K. irrogiret à Judice nullam in ipsum habente Jurisdictionem. Denn wann Hr. D. K. sich bloß als ein Rath Herrn Georg Philippen, Gravens zu O. in der Stadt Regenspurg, bey dem daselbst noch währenden Reichs-Convent, des Hrn. Gravens negotia zu expediren und pro interesse ejus zu vigiliren, aufgehalten, wäre er Magistratus Civitatis Jdictioni, weder in Civilibus, noch criminalibus, obnoxius oder subject gewesen, und hätte dahero auch die Stadt-Obrigkeit nicht Fug und Macht gehabt, wann gleich die angezogene Verdrießligkeiten wahrhaffte Mißhandlungen gewesen, ihne zu relegiren oder ihme, die Stadt zu quittiren, und sich anders wohin zu wenden, anzubefehlen, mit Androhung im Verzögerungs Fall andern Ernst

12 wider ihne zu gebrauchen. Denn daß pro Magistratu Civitatis eingewendet werden möchte: Civitates Imperiales, non minus quam Principes, Comites &c. Imperii, Jura territorii in suis ditionibus habere, adeoque & merum mixtumque Imperium in omnes quomodocunque delinquentes exercere posse; Hoc autem stante, omnino Magistratum Civitatis Ratisbonensis competentem Dni D. K. fuisse Judicem, utut domicilium ibi non habuerit aut Civitatis Incola non fuerit, quia nihilominus delicti ratione forum ibidem sortitus, etiamsi Consiliarius Comitis Imperii, reatu dignitatem ac honorem omnem excludente.

13 *l. 1. C. ubi Senat. vel Clariss.*

14 Qua lege similibusque textibus

ut *l. 1.* ut *Auth. Qua in provincia. C. ubi de crimin. l. 7. §. idem Imperator. pen. l. fin. ff. de accusat. l. non est dubium. 11. de custod. reor.*

non infimi subsellii JCti moti statuunt, Principem ac Statum Imperii in alterius Status territorio delinquentem ratione delicti commissi forum hic sortiri, æque ac alium privatum, Dominumque territorii competentem ejus esse judicem, ac pœnam de eo jure sumere posse; adducentes porro eam in rem

Clem. Pastoralis. de re jud.

& quod in suo territorio minus potens superet potentiorem ac superior extra suum territorium delinquens pro privato habeatur. 15

l. 3. de offic. Præsid. vid. Herm. Vultej. *ad d. l. 1. C. ubi Senator. n. 48.* Simon. Pistor. post Modest. Pistor. *Cons. vol. 1. Cons. 19. n. 29. seq.* Ant. Coler. *de Jurib. Imp. Germ. concl. 63.* Joh. Nordermann *de Jure Principat. concl. 49. lit. b.* Besold. *cl. 1. Disp. Polit. 11. th. 28.* Betsius. *de pact. famil. Illustr. cap. 8. n. 447.* Rümelin. *ad A. B. p. 2. Disp. 1. coroll. 5.*

Diß, und was sonst weiter pro Magistratus competentia angeführet werden könnte, findet hierfalls keine statt. Massen bekandt, quod ex veteri quodam instituto Imperii, in Comitiis ita divisa sit Jurisdictio, ut Aulæ Cæsareæ Mareschallus in illos, qui eidem Aulæ sunt addicti; In Statuum Imperii ac Exterorum Principum Legatos Archi-Mareschallus Imperii eandem habeat, & in ipsorum familiam per Vicarium suum Mareschallum Hereditarium de Pappenheim exerceat, Senatus autem Urbicus in suos saltem cives & incolas illam retineat, & exercere valeat. 16

Bern. Bertram *de Comitiis. concl. 60.* Arum. *de Comitiis. cap. 6. n. 42. 43.* Schüz. *vol. 1. Disp. 10. th. 11. lit. H.* Limn. *de Jur. Publ. Tom. 3. lib. 9. c. 1. n. 84.* ubi seq. *n. 85.* ex Bertramo subjungit: Transactionem interventu Ducis Bavarici & Würtembergici Legatorum pro sopiendis litibus inter Mareschállum de Pappenheim & Civitates Imperiales de Jdictione exortis Ao. 1614. d. 26. Oct. initam 5. Nov.

Deme nach Magistratus Civitatis Ratisbonensis ihme keine Jurisdiction über Hrn. D. K. als Gräflich O. Rath und Abgesandten zu dem Reichs-Convent ullo modo anzumassen gehabt hätte, um so viel weniger, quia sententia illa, qua Dominus territorii alterius Principis ac status Imperii in illo delinquentis competens pronunciatur Judex, haud firmo nititur talo, nec ex adductis probatur legibus. Quod enim *l. 1. C. ubi Senat.* cum similibus allegatis attinet, generaliter quidem illæ loquuntur, declarantur tamen & limitantur expressissimis 17

sissimis verbis *in l. fin. C.* ubi Senator. & *l. 16. C. de dignit.* ubi Illustribus & spectabilibus personis in criminalibus fori privilegium conceditur, ita ut non possint
18 conveniri in loco delicti, quod sane Privilegium Principibus, Comitibus &c. Imperii nostri, qui illas personas multis parasangis
19 antecedunt, minime denegandum. Nec *d. l. f. ubi Senat.* & *l. 16. C. de dignit.* derogatum est per *Nov. 69. c. 1.* & ex illa desumptam *Auth. qua in Provincia. C. ubi de crimin.* Siquidem Imperator Justinianus solum verbis: *cessante omni privilegio*, Privilegia corpori Juris non inclusa non obstare, haud vero simul illa, quæ in Corpus Juris redacta, per delicta amitti debere, statuere voluit, secundum approbatam doctrinam

Glossæ *in d. Nov. 69. c. 2. verb. Privilegio.* Thom. Michael *de Jurisdict. concl. 92. lit. A.* Umm. *de Processib. Disp. 4. th. 2. n. 9.*

20 Neque cit. *Clem. Pastoralis*, ad terminos hosce quadrat. Robertus enim Siciliæ Rex, de quo illa loquitur, non par Imperatori, sed ejus subditus fuit, juxta

Bartol. *in Extravag. qui sint rebelles §. rebellando. vers. in contrarium videtur &c.*

21 Quod deniq; *in l. 3. ff. de offic. Præsid.* dicitur, nostis applicare Principibus, Comitibus &c. qui ubicunque sunt & morantur, dignitatem suam illæsam retinent, nimis absonum foret.

Besold. *de jdict. Imp. Rom. qu. 16.*

quin & ipsa lex tantum loquitur de exercenda jdictione in alterius Provinciæ homines privatos.

22 Welche durch sothane relegation oder Verbietung der Stadt dißfalls zugefügte Schmach 4. pro tanto atrociore injuria zu halten, quanto digniores sunt personæ, quarum famam & existimationem attentant. Sunt illæ Comes Imperii, ex Illustrissima & antiquitate & Heroum gloria celebri Domo natus, Comes regali dignitate præditus, & Juris Comitiorum, non actu quidem, potentia tamen proxima, particeps, adeoque Status Imperii, quippe qui non præcise communicatione actuali sive ἐνεργείᾳ participationis suffragiorum definiendus, ut contendit

Paurmeister. *de Jurisdict. lib. 1. c. 4. num. 4.* quem sequi videtur Author der Grundfest des Heil. Röm. Reichs scribens: *Daß Einzig und allein die hergebrachte Vertrettung einer gewissen Stell, und Ablegung des freyen suffragii bey denen Reichs-Berathschlagungen einen Reichsstand machen könne. p. 1. c. 5. in fin. pag. m. 42.*

sed suffragandi Jure ac potentia æstimandus, cum

Lampad. *de Republ. Rom. German. p. 3. c. 3. n. 1.* Limn. *Tom. 5. in addit. ad lib. 1. c. 7. n. 91. pag. 122.* Schütz. *vol. 1. Disp. 6. th. 2. lit. E.*

quia effectus magis quam forma Status Imperii est exercitium suffragandi,

Joh. Georg Kulpis *de Legat. Stat. Imp. cap. 4. n. 8.*

Et hujus Consiliarius s. Legatus vel Mi- 23
nister publico nomine, pro expediendis ipsius negotiis, tabulis mandati commissis, sub fide publica, ad conventum Imperii missus, qui ob characterem repræsentatitium jus habet fruendi iisdem honoribus, quibus frueretur Dominus Ejus, si ipse præsens, in quo injuriis lacessito adeoque eam ob causam etiam Dominus ipse lacessitus intelligitur.

Non posset non igitur contumelia hæc 24
pro atrocissima haberi injuria, illata Comiti ac Statui S. Rom. Imp. & illius Legato omni Jure sancto & inviolabili.

l. ult. ff. de legat. Grot. *de J. B. & P. lib. 2. c. 18. n. 6.*

Maxime si consideremus quoque locum; 25
nam & illum injuriam atrociorem efficere, si publicus sit, unde injuriæ ad multorum aures perveniunt, constat

ex §. 9. Instit. de injur. ibi Harpprecht. *num. 7. l. 8. & seq. ff. de injur.* Menoch. *de arbitr. jud. quæst. lib. 2. cent. 3. cas. 263. n. 24.*

Irrogata autem est Dn. D. K. ignominiosa relegationis s. exclusionis ex urbe pœna in loco, ubi non modo Principum ac Statuum Imperii omnium, sed Regum ac Principum exterorum etiam legati fuerunt & adhuc sunt congregati;

Nec non tempus, quod injuriam pari- 26
ter atrocissimam reddere indubium est

d. §. 9. de injur. ibique Heig. & alii, imprimis Harpprecht. *n. 7.* Rutger Ruland. *de Commiss. part. 4. lib. 7. c. 6. num. 1.*

Excedere vero urbe jussus est Dn. D. K. cum per numeros dierum ac mensium remeans annus post mustulentas autumni delicias ad hibernas Capricorni pruinas deflexerat, ut Apulejus lib. 9. loquitur, vel rigida cum jam bruma discussit decus nemorum, & nivali cuncta constrinxit gelu, atque ubique obducti glacie colles, gelu obsessæ valles, aggesti nivium montes, facies rerum quaquaversum tetra ac horrida, ut alius. Nec saltem verbis exi- 27
re jussus est, sed insinuata scriptura, quæ animi judicium ac deliberationem arguit.

post Bart. Alber. Gentil. *Disp. 1. ad l. un. C. si quis Imp. maledix. voc. si ex insania.*

quam ob causam semper graviores esse censentur injuriæ scriptæ verbalibus, cum sæpe lubricum linguæ mentem præcurrere & ob id ad pœnam non facile trahendum esse, constet.

l. 7. §. pen. ad L. Jul. Majest. Gail. 2. O. 104.

l. 6. C. unde vi. Fulv. Pacian. *de probat. lib. 1. c. 72. n. 16. seq.* Berlich. *p. 5. concl. 59. n. 118. 120.* Gail *2. O. 74. n. 4. 12.*

item si quis in mari vel flumine publico piscari aut lavare, vel in cavea publica sedere prohibeatur,

l. 13. §. ult. ff. de injur. Joh. Harpprecht. *ad §. 1. de injur. n. 21.*

non poterit non itidem gravissima censeri injuria, si quis in civitate agere, conversarive prohibeatur, aut urbe alicui interdicatur, & civibus, ne hospitium ei præbeant ac alia humanitatis officia exhibeant, injungatur.

arg. d. l. Harpprecht. *d. l.*

9 Et cum Consiliarius Principis ac Comitis sit Pars Corporis Principis ac Comitis

l. 5. C. ad L. Jul. Majest.

quod cum Domino tanquam Capite unum corpus constituat, eumque per omnia repræsentet,

Keller. *de offic. Furid. Polit. lib. 2. cap. 1.*

10 non potest non injuria Consiliario illata ipsum contingere Principem ac Comitem.

Moller. *in rubr. ad Constit. Elector. Saxon. 43. part. 4.*

11 Zumahlen da dieselbe 3. ohn einiges Recht, aus selbst angemaßter Gewalt ihme Hrn. D. K. irrogiret à Judice nullam in ipsum habente Jurisdictionem. Denn wann Hr. D. K. sich bloß als ein Rath Herrn Georg Philippen, Gravens zu O. in der Stadt Regenspurg, bey dem daselbst noch währenden Reichs-Convent, des Hrn. Gravens negotia zu expediren und pro interesse ejus zu vigiliren, aufgehalten, wäre er Magistratus Civitatis Jdictioni, weder in Civilibus, noch criminalibus, obnoxius oder subject gewesen, und hätte dahero auch die Stadt-Obrigkeit nicht Fug und Macht gehabt, wann gleich die angezogene Verdrießligkeiten wahrhaffte Mißhandlungen gewesen, ihne zu relegiren oder ihme, die Stadt zu quittiren, und sich anders wohin zu wenden, anzubefehlen, mit Androhung im Verzögerungs Fall andern Ernst

12 wider ihne zu gebrauchen. Denn daß pro Magistratu Civitatis eingewendet werden möchte: Civitates Imperiales, non minus quam Principes, Comites &c. Imperii, Jura territorii in suis ditionibus habere, adeoque & merum mixtumque Imperium in omnes quomodocunque delinquentes exercere posse; Hoc autem stante, omnino Magistratum Civitatis Ratisbonensis competentem Dni D. K. fuisse Judicem, utut domicilium ibi non habuerit aut Civitatis Incola non fuerit, quia nihilominus delicti ratione forum ibidem sortitus, etiamsi Consiliarius Comitis Imperii, reatu dignitatem ac honorem omnem excludente.

13

l. 1. C. ubi Senat. vel Clariss.

14 Qua lege similibusque textibus

ut *l. 1.* ut *Auth. Qua in provincia. C. ubi de crimin. l. 7. §. idem Imperator. pen. l. fin. ff. de accusat. l. non est dubium. 11. de custod. reor.*

non infimi subsellii JCti moti statuunt, Principem ac Statum Imperii in alterius Status territorio delinquentem ratione delicti commissi forum hic sortiri, æque ac alium privatum, Dominumque territorii competentem ejus esse judicem, ac pœnam de eo jure sumere posse; adducentes porro eam in rem

Clem. Pastoralis. de re jud.

& quod in suo territorio minus potens su- 15
peret potentiorem ac superior extra suum territorium delinquens pro privato habeatur.

l. 3. de offic. Præsid. vid. Herm. Vultej. *ad d. l. 1. C. ubi Senator. n. 48.* Simon. Pistor. post Modest. Pistor. *Cons. vol. 1. Cons. 19. n. 29. seq.* Ant. Coler. *de Furib. Imp. Germ. concl. 63.* Joh. Nordermann *de Jure Principat. concl. 49. lit. b.* Besold. *cl. 1. Disp. Polit. 11. th. 28.* Betsius. *de pact. famil. Illustr. cap. 8. n. 447.* Rümelin. *ad A. B. p. 2. Disp. 1. coroll. 5.*

Diß, und was sonst weiter pro Magistra- 16
tus competentia angeführet werden könnte, findet hierfalls keine statt. Massen bekandt, quod ex veteri quodam instituto Imperii, in Comitiis ita divisa sit Jurisdictio, ut Aulæ Cæsareæ Mareschallus in illos, qui eidem Aulæ sunt addicti; In Statuum Imperii ac Exterorum Principum Legatos Archi-Mareschallus Imperii eandem habeat, & in ipsorum familiam per Vicarium suum Mareschallum Hereditarium de Pappenheim exerceat, Senatus autem Urbicus in suos saltem cives & incolas illam retineat, & exercere valeat.

Bern. Bertram *de Comitiis. concl. 60.* Arum. *de Comitiis. cap. 6. n. 42. 43.* Schüz. *vol. 1. Disp. 10. th. 11. lit. H.* Limn. *de Jur. Publ. Tom. 3. lib. 9. c. 1. n. 84.* ubi seq. *n. 85.* ex Bertramo subjungit: Transactionem interventu Ducis Bavarici & Würtembergici Legatorum pro sopiendis litibus inter Mareschállum de Pappenheim & Civitates Imperiales de Jdictione exortis Ao. 1614. d. 26. Oct. initam 5. Nov.

Deme nach Magistratus Civitatis Ratis- 17
bonensis ihme keine Jurisdiction über Hrn. D. K. als Gräflich O. Rath und Abgesandten zu dem Reichs-Convent ullo modo anzumassen gehabt hätte, um so viel weniger, quia sententia illa, qua Dominus territorii alterius Principis ac status Imperii in illo delinquentis competens pronunciatur Judex, haud firmo nititur talo, nec ex adductis probatur legibus. Quod enim *l. 1. C. ubi Senat.* cum similibus allegatis attinet, generaliter quidem illæ loquuntur, declarantur tamen & limitantur expressissimis

sissimis verbis *in l. fin. C.* ubi Senator. & *l. 16. C. de dignit.* ubi Illustribus & spectabilibus personis in criminalibus fori privilegium conceditur, ita ut non possint
18 conveniri in loco delicti, quod sane Privilegium Principibus, Comitibus &c. Imperii nostri, qui illas personas multis parasangis
19 antecedunt, minime denegandum. Nec *d. l. f. ubi Senat.* & *l. 16. C. de dignit.* derogatum est per *Nov. 69. c. 1.* & ex illa desumptam *Auth. qua in Provincia. C. ubi de crimin.* Siquidem Imperator Justinianus solum verbis: *cessante omni privilegio*, Privilegia corpori Juris non inclusa non obstare, haud vero simul illa, quæ in Corpus Juris redacta, per delicta amitti debere, statuere voluit, secundum approbatam doctrinam

Glossæ *in d. Nov. 69. c. 2. verb. Privilegio.* Thom. Michael *de Jurisdict. concl. 92. lit. A.* Umm. *de Processib. Disp. 4. th. 2. n. 9.*

20 Neque cit. *Clem. Pastoralis*, ad terminos hosce quadrat. Robertus enim Siciliæ Rex, de quo illa loquitur, non par Imperatori, sed ejus subditus fuit, juxta

Bartol. *in Extravag. qui sint rebelles §. rebellando. vers. in contrarium videtur &c.*

21 Quod deniq; *in l. 3. ff. de offic. Præsid.* dicitur, nostis applicare Principibus, Comitibus &c. qui ubicunque sunt & morantur, dignitatem suam illæsam retinent, nimis absonum foret.

Besold. *de jdict. Imp. Rom. qu. 16.*

quin & ipsa lex tantum loquitur de exercenda jdictione in alterius Provinciæ homines privatos.

22 Welche durch sothane relegation oder Verbietung der Stadt dißfalls zugefügte Schmach 4. pro tanto atrociore injuria zu halten, quanto digniores sunt personæ, quarum famam & existimationem attentant. Sunt illæ Comes Imperii, ex Illustrissima & antiquitate & Heroum gloria celebri Domo natus, Comes regali dignitate præditus, & Juris Comitiorum, non actu quidem, potentia tamen proxima, particeps, adeoque Status Imperii, quippe qui non præcise communicatione actuali sive ἐνεργείᾳ participationis suffragiorum definiendus, ut contendit

Paurmeister. *de Jurisdict. lib. 1. c. 4. num. 4.* quem sequi videtur Author der Grundfest des Heil. Röm. Reichs scribens: *Daß Einzig und allein die hergebrachte Vertrettung einer gewissen Stell, und Ablegung des freyen suffragii bey denen Reichs-Berathschlagungen einen Reichsstand machen könne. p. 1. c. 5. in fin. pag. m. 42.*

sed suffragandi Jure ac potentia æstimandus, cum

Lampad. *de Republ. Rom. German. p. 3. c. 3. n. 1.* Limn. *Tom. 5. in addit. ad lib. 1. c. 7. n. 91. pag. 122.* Schütz. *vol. 1. Disp. 6. th. 2. lit. E.*

quia effectus magis quam forma Status Imperii est exercitium suffragandi,

Joh. Georg Kulpis *de Legat. Stat. Imp. cap. 4. n. 8.*

Et hujus Consiliarius s. Legatus vel Mi- 23
nister publico nomine, pro expediendis ipsius negotiis, tabulis mandati commissis, sub fide publica, ad conventum Imperii missus, qui ob characterem repræsentatitium jus habet fruendi iisdem honoribus, quibus frueretur Dominus Ejus, si ipse præsens, in quo injuriis lacessito adeoque eam ob causam etiam Dominus ipse lacessitus intelligitur.

Non posset non igitur contumelia hæc 24
pro atrocissima haberi injuria, illata Comiti ac Statui S. Rom. Imp. & illius Legato omni Jure sancto & inviolabili.

l. ult. ff. de legat. Grot. *de J. B. & P. lib. 2. c. 18. n. 6.*

Maxime si consideremus quoque locum; 25
nam & illum injuriam atrociorem efficere, si publicus sit, unde injuriæ ad multorum aures perveniunt, constat

ex §. 9. Instit. de injur. ibi Harpprecht. *num. 7. l. 8. & seq. ff. de injur.* Menoch. *de arbitr. jud. quæst. lib. 2. cent. 3. cas. 263. n. 24.*

Irrogata autem est Dn. D. K. ignominiosa relegationis s. exclusionis ex urbe pœna in loco, ubi non modo Principum ac Statuum Imperii omnium, sed Regum ac Principum exterorum etiam legati fuerunt & adhuc sunt congregati;

Nec non tempus, quod injuriam pari- 26
ter atrocissimam reddere indubium est

d. §. 9. de injur. ibique Heig. & alii, imprimis Harpprecht. *n. 7.* Rutger Ruland. *de Commiss. part. 4. lib. 7. c. 6. num. 1.*

Excedere vero urbe jussus est Dn. D. K. cum per numeros dierum ac mensium remeans annus post mustulentas autumni delicias ad hibernas Capricorni pruinas deflexerat, ut Apulejus lib. 9. loquitur, vel rigida cum jam bruma discussit decus nemorum, & nivali cuncta constrinxit gelu, atque ubique obducti glacie colles, gelu obsessæ valles, aggesti nivium montes, facies rerum quaquaversum tetra ac horrida, ut alius. Nec saltem verbis exi- 27
re jussus est, sed insinuata scriptura, quæ animi judicium ac deliberationem arguit.

post Bart. Alber. Gentil. *Disp. 1. ad l. un. C. si quis Imp. maledix. voc. si ex insania.*

quam ob causam semper graviores esse censentur injuriæ scriptæ verbalibus, cum sæpe lubricum linguæ mentem præcurrere & ob id ad pœnam non facile trahendum esse, constet.

l. 7. §. pen. ad L. Jul. Majest. Gail. 2. O. 104.

O. 104. n. 2. Heig. *lib. 2. qu. 31. n. 18.*

Dannenhero H. D. K. in diesem Fall gnug-
28 sam berechtiget wäre wider den Stadt-Magi-
strat, wegen des ihme angethanen Schimpffs durch solche ehrenrührige Wegschaffung, und Verbot ihne nicht weiters zu beherbergen, zu klagen und gebührende Satisfaction zu begehren.

Im ersten Fall, da Herr D. K. sein domicilium zu Regenspurg gehabt, und also ein Incola daselbst gewesen, (incolatum namque per domicilium contrahi constat

ex l. domicilium. ff. ad municip. l. 2. C. de incol. l. pupill. §. incola. ff. de V. S. Mev. *p. 2. dec. 160. n. 5.*)

bey dem Incolat aber den characterem eines Gräfflich O. Raths gehabt, wäre er in allweg Jurisdictioni Magistratus Civitatis unterworffen gewesen, er möchte den characterem eines Gräfflichen Raths ante vel post domicilium ibi constitutum erlangt haben, es wäre dann, daß er post adeptum titulum & honorem consiliarii, das vorhin allda gehabte domicilium aufgegeben, dem incolatui, so er durch das domicilium contrahirt gehabt hat, renuncirt, und nur in der Stadt geblieben als ein Rath von dem Hrn. Graven von O. dessen negotia bey dem Reichs-Convent zu treiben und zu expediren, weßfalls es eben die Beschaffenheit hätte, so es in dem vorigen andern casu hat.

29 Nam quem domicilium incolam facit, eum, quamdiu talis est, & civium jure censeri efficit.

l. provinciales. de V. S. ibi Gloss. DD.

indeque etiam subditum loci

c. licet. de for. compet.

ac statutis, consuetudinibus, oneribusque obnoxium reddit.

Gail. *2. Obs. 35. n. 4. seq.*

ita ut in effectu quoad hæc haud differat à cive, sed quæ de cive disposita, in ipso quoque locum reperiant

l. 1. C. de privil. incorp. Urb. Rom. ibi Joh. de Platea. Mev. ad Jus Lub. *p. 1. tit. 2. ad rubr. n. 68. ibiq;* alleg. Dn. Lauterb. *tr. de domicil. cap. 8. n. 56.*

Ex quibus indubitato consequitur, non minus etiam incolam h. e. eum qui domicilium in civitate constituit, utut in civium numerum nondum receptus aut assumptus sit, quam cives stricte sic dictos, Magistratus urbani Jurisdictioni subjectum esse, quamdiu scilicet incola est, & domicilium ibidem retinet, quemadmodum expresse dicitur

l. incola. ff. ad municip. Gail. *d. Obs. 35.* Mev. *part. 3. dec. 309. n. 1.* Dn. D. Lauterb. *d. l.*

nisi speciatim ab illa exemptus sit.

Mev. *d. l. & p. 2. dec. 160. n. 5.*

30 Qualem exemptionem non tribuit superveniens dignitas à Principe vel Comite aulam suam alibi habente collata, ut si Princeps vel Comes alicujus civitatis incolæ titulum Consiliarii conferat, daß er Rath von Hauß aus werde, ille enim ordinariæ loci, ubi habitat, jurisdictioni subjectus remanet, nec propter dignitatem istam ab ea eximitur.

Leipold. *de concurrent. jurisd. qu. 10. circa fin.* Mev. *ad Jus Lub. lib. 1. tit. 2. art. 2. n. 39.*

Soluto autem & finito, dicto modo, domicilio, cessant prædicti domicilii effectus.

B. Dn. Lauterb. *d. tr. n. 68.*

Deme nach der Stadt-Cammerer und Rath auch wohl befugt gewesen, in diesem Fall, Hrn. D. K. den beybehaltenen Incolat oder Beysitz aufzukünden, und aus der Stadt zu schaffen, wann er dessen gnugsame Ursach gehabt. Cum enim talismodi rejectio 31
magni sit præjudicii & pœnæ species, non levis, famam & existimationem contingens, sine justa & gravi causa, imo sine magno crimine non irroganda.

argumento eorum, quæ de remotione ab officio in contumeliam vel in iniquum damnum officialis tendente aut pœnæ speciem habente post Hier. Cævallos *in Spec. comm. opin. contra comm. q. 425. n. 19. seqq.* tradit Mev. *part. 2. dec. 12. n. 6. seqq.*

Hätte er aber nicht genugsame Ursach dar- 32
zu gehabt, so wäre Hr. D. K. auch in diesem Fall wohl berechtiget, ihn deßwegen zu verklagen und Satisfaction seines dadurch erlittenen Schimpffs halber von ihm zu begehren. Nam & si Magistratus aliquid injuriose aut per injuriam egisse probetur, ipse injuriarum actione tenetur, nec Magistratus eum excusat.

l. 32. ff. de injur. ibi Brunnem. Farin. *Oper. crim. part. 3. qu. 105. n. 131.*

Ob in hypothesi aber die Ursachen gnug- 33
sam gewesen oder nicht, mögen wir aus dem bey dieser quæstion gethanen Bericht und beygehender Signatur nicht gäntzlich definiren, weilen dieselbe darinn gar zu dunckel und generaliter exprimirt. In der Signatur werden zweyerley Ursachen gesetzet; Die Erste ist, daß Hr. D. K. unter unerheblichem Vorwand sich von der Stadt Jdiction habe eximiren wollen. Welche Unsers Ermessens allein eine solche harte Straffe nicht verdienet. Nam utut in eo, quod forum urbanum agnoscere noluisset, civitatis tamen incola existens, iniquus & merito coercendus fuisset, ut justa in posterum præstitisset, attamen non statim ideo urbe ei interdicendum fuisset, debiti enim obsequii detrectatio non est modus amittendi incolatum, sed illa executionum rigore coercenda est, aliisque mediis contumacem ad justa adigere vacat.

vid. *tot. tit. ff. si quis jus dicent. non obtemp.* ibi Wesenb.

Die andere darinn angeführte Ursach sind 34
mehrfache Verdrießlichkeiten, so er Hr. D. K.

dem

dem Senat gemacht, oder vielfältig bezüchtigte Mißhandlungen, nach seinem bey dieser quæstion gethanen Bericht. Weilen aber die gemachte Verdrießlichkeiten oder bezüchtigte Mißhandlungen nicht specifice denominirt, wir also nicht wissen, was es vor Verdrießlichkeiten und Mißhandlungen seyen, noch weniger ob sie in facto erwiesen oder nicht, können wir de illorum sufficientia vel insufficientia ad pœnam hanc, quæ dictata, nicht judiciren. Wann es aber damit die Beschaffenheit hätte, wie Hr. Consulent im Bericht bey dieser ersten Frag angiebt, daß sie nemlich in facto unwahrhafftig ꝛc. wäre ihm zu viel geschehen, und könte wegen des übergrossen angethanen Schimpffs wohl gebührende Satisfaction begehren.

35 Auf die andere Frage: **Ob Hr. D. K. sich des** remedii ex L. Diffamari **dergestalt zu gebrauchen, daß er wegen der ihme angethanen** Diffamation **und Schimpffs, wider den** Magistrat **nicht allein** ad impositionem perpetui silentii, **sondern auch** ad satisfactionem existimationis & ad civilem emendam **von einer gewissen Summa Gelds** agiren **könne?** nun zu kommen, so vermeynen wir, **daß** des Hrn. Consulenten Intention in hac quæstione **dahin gehe, Ob**, weilen der Magistrat zu Regenspurg ihne nicht nur re vel facto, indem er ihm sammt Weib und Kind, durch die zugefertigte Signatur, bey angedrohetem unausbleiblichem Ernst, aus der Stadt geboten, seinem Haußwirth die Aufkündigung der Herberg injungirt, und der gantzen Burgerschafft ihn weiters zu beherbergen verboten, vor der gantzen Reichs-Versamnlung, und den sammtlichen Burgern und Einwohnern der Stadt, hart injuriret, sondern auch verbis de variis criminibus unverantwortlich diffamiret, und diese Diffamation sammt dem facto auch an vielen andern Orten, insonderheit an Churfürstl. und Fürstlichen Höfen erschollen und kund worden, dahero er diesen ihm und seiner gantzen Familie angethanenen Schimpff und Schmach keines weges verschmertzen könne, sondern legiti-
36 mo modo vindiciren und anden müsse, Ob sagen wir, er nicht deßwegen sich wider gedachten Magistrat, der ihn also verbis diffamirt und facto injurirt, nicht nur des remedii L. Diffamari ad impositionem perpetui silentii zu bedienen, sondern auch actionem injuriarum ad satisfactionem existimationis s. apparenter læsæ famæ restitutionem, & ad emendam civilem von einer Summa Gelds, zu instituiren befugt sey? Da wir dann einmüthig dafür gehalten, daß Hr. D. K. in dem Fall, da ihm juxta resolutionem quæstionis præcedentis primæ zu viel geschehen, wohl befugt sey den übergrossen deßfalls ihm durch die Verbietung der Stadt angethanen Schimpff, und real injurie, actione injuriarum zu vindiciren, und hoc in casu in seinem Belieben stehe, ob er wolle civiliter agiren, und actionem æstimatoriam instituiren, injuriæ maculam sibi inustam æstimiren, und wegen des ihm zugefügten Schimpffs den Magistrat zu Erstattung einer gewissen ihm adjudicirender Summa Gelds zu condemniren bitten; oder criminaliter (wie solches Wort communiter de Jure Civili gebraucht wird,) und Extraordinariam Persecutionem criminalem instituiren, bittende daß der Magistrat, des ihm zugefügten Schimpffs halber, mit einer extraordinari dem Fisco inferirender Geld- oder andern Straffe beleget werden möge.
Nam ita, frequenti judiciorum usu hoc 37
efflagitante, constitutum, receptumque esse, ut in universum de omni injuria, etiam atroci, is, qui eam passus est, sic vel civiliter vel criminaliter ad publicum interesse agere possit, in vulgus notum est, ex

§. 10. Inst. de injur. l. 7. §. 6. l. 37. §. 1. ff. l. ult. C. eod. Maranta *de ord. jud. p. 4. dist. 1. n. 3. seqq.* Jul. Clar. *lib. 5. sent. §. injuria. n. 4.* Harpprecht. *ad §. 10. I. de injur. n. 1. seqq.* Berlich. *p. 5. concl. 61. n. 1.* Carpz. *Pr. Crim. p. 2. q. 99. n. 7.*

auch propter diffamationem vel verba- 38
les injurias, **wann sie erweislich seyen, ebenmäßig entweder das** Remedium L. Diffamari, **oder auch** actionem injuriarum instituiren **könne.** Nam etsi inter remedii illius ex L. Diffamari abusus, quibus magis ad molestias aliorum quam defensionem Implorantis adhibetur, non exiguus is esse dicatur

à Dn. Mevio *p. 1. dec. 144. pr.*

quod qui ab aliis injuriis verbalibus se affectos queruntur, adversarium implorata citatione ad suum forum trahunt, ut verificentur in probrum prolata, aut perpetuum silentium imponatur; Et ob convitia & injurias plane incongruum remedium condictionem ex d. L. Diffamari esse, pluribus probet

Idem Mev. *d. l.*

attamen postquam consuetudine & stylo 39
curiæ semel invaluit, ut injuriarum causa quoque ex Lege ista Diffamari agatur, (quemadmodum id communi fere omnium curiarum consuetudine sic servari scribit

Blarer. *ad d. l. Diffamari. cap. 5. n. 76. in fin.* Cothm. *vol. 3. cons. 4. n. 31.*)

omnino pro iis admittendum, concedente quoque ipsomet

Mevio *d. l. n. 14.* add. Blarer. *c. 1. n. 6.* Schütz. *de Stat. Rei Rom. volum. 2. disp. 7. th. 8. lit. G.* qui testantur

quod, si ad communem & quotidianum 40
usum ac praxin respiciamus, latissime remedium hoc pateat & inter cæteras omnium actionum & condictionum formulas

mulas præcipue emineat, nec ulla alia lex existat, quæ plures in natura habeat causas, juxta

Oldendorp. *ad h. l. in pr.*

Locumque adeo inveniat tam in causis civilibus, quam criminalibus, tam in actionibus realibus, quam personalibus, tam in judicio petitorio, quam possessorio.

uti post Marant. *in Specul. Pract. p. 4. dist. 21. n. 4. 7. 8.* Contard. *cap. 3. n. 24. seq.* Cagnol. *n. 3.* Blarer. *ad d. l. Diffamari. cit. c. 1. n. 6.* id multorum legistarum ac canonistarum authoritate comprobat & specioſe deducit.

Cui sane consequens est, ut si quis homicidii, adulterii, veneficii, rapinæ, furti vel alterius criminis capitalis insimuletur, vel de statu, ingenuitate, nobilitate, familia, ætate, debito, possessione &c. diffametur & traducatur, vel alio modo quid in vulgus spargatur, quod in alicujus existimationis, rerum aut bonorum detrimentum cedere possit, omnibus & singulis his casibus diffamatus h. l. remedio sibi consulere & implorato Judicis officio, petere possit, ut diffamanti certus terminus assignetur, intra quem agat & de jure suo doceat, vel diffamationem probet, sub comminatione, quod si non compareat, amplius non debeat audiri, sed perpetuum ei silentium imponi.

vid. Blarer. *ad d. l. c. 5. n. 45. sqq. n. 76.* Mev. *Conf. 35. n. 16. 17.*

41 Etsi autem Praxis hæc L. Diffamari latissime patens ab Imperatore & statibus Imperii in Imperiali Cameræ judicio serio ac singulari cura ad certas ac graves causas tantum restricta sit, (nam solum in Augusto Cameræ Judicio illa Imperatoria L. Diffamari restrictio servanda verbis expressis præcepta est, aliis inferioribus Imperii judiciis interim, ex certis causis, reservata Juris communis d. l. Diffamari dispositione atque ampliatione, cum speciale in uno denotet Jus commune in contrarium.

l. 1. in fin. ff. ad municip. Gloss. *in l. fin. C. de his qui ad Eccles. confug. verb. admodum.*

42 ac dispositio Jus commune consuetudine firmatum restringens ultra verba & casum specialiter expressum extendi non debeat,

arg. l. si servum. 71. §. non dixit Prætor. 5. ff. de acq. hered. l. constitutionibus. 24. ff. ad municip.

43 expresse tamen adhuc in causis injuriarum d. l. remedio ibi quoque agere concessum est, uti videre

in Ord. Cam. p. 2. tit. 25. ubi ita habetur: *Demnach setzen und ordnen wir, daß L. Diffamari an dem Cammer-Gericht verstanden und gebraucht werden soll in friedbrüchigen, Schmach- und andern dergleichen Sachen, in denen solche Diffamation gefährlicher, betrieglicher Weis oder in andere Wege dem andern Theil zu Nachtheil und Beschwerung beschehen &c.* ibi Cisn. Gail. *1. O. 10. num. 2. 4.* Schütz. *d. disp. 7. th. 9. lit. B.* Blarer. *c. 1. n. 8.* Mund. *de diffamat. c. 4. n. 73. sqq.*

derowegen desto weniger zu zweiffeln, daß Hr. D. K. sich dieses remedii contra Magistratum Ratisbonensem, der Diffamation und verbal injurien wegen, nicht bedienen können sollte.

Es erstrecket sich aber dessen Würckung 44
nicht weiter als ad constituendum diffamanti terminum ad agendum & probandum objecta crimina, vel perpetuum ei imponendum silentium. Huc enim, secundum naturam d. remedii, unice collimare debet diffamati petitio, ut scil. diffamatori certus ad agendum vel de prætenso jure suo docendum terminus præfigatur, si minus vero egerit, ei elapso termino, super diffamatione & prætenso jure suo perpetuum imponatur silentium; Nec ultra sese extendere potest aut debet judicis implorati sententia, naturæ petitionis & libelli adaptanda

arg. l. 18. ff. comm. divid. Blarer. *c. 5. num. 26. 27.*

Also satisfactionem existimationis s. fa- 45
mæ apparenter læsæ restitutionem, & emendam civilem von einer Summa Gelds zu erlangen, ist actio injuriarum ad Palinodiam & æstimatoria zu instituiren. Illa enim is, cui factum aliquod turpe animo injuriandi objectum est, contra injuriantem intendit, ut dicta famosa reclamet, & à se injuste prolata fateatur, læsamque quodammodo existimationem actori aperte restituat. Hac vero certam pecuniæ quantitatem, pœnæ loco reo impositam, actor consequitur.

§. 10. Inst. de injur. l. 21. ff. eod. Hahn. *ad Wesenb. d. t. n. 18.* Carpzov. *Pr. Crim. p. 2. q. 95. n. 8. seq.* B. Dn. D. Lauterb. *Disp. de action. injur. recant. th. 3. 25.* ubi de integro Senatu & de Magistratibus officii sui limites excedentibus, & injuriosis verbis aliquem onerantibus, eos actione ad Palinod. quoque omnino conveniri posse, in terminis tradit.

Und können diese beyde Actiones in uno 46
libello cumuliret werden, wie auch die Extraordinaria Persecutio criminalis cum Act. ad Palinodiam.

arg. l. 7. §. 1. de cond. furt. Gail. *1. O. 65. n. 5. seqq.* Mynsi. *2. Obs. 98.* Mev. *ad Jus Lub. lib. 4. tit. 4. art. 16.* Frantzk. *Ex. 82. q. 8.* Klock. *vol. 3. Conf. 86. n. 15.* Harppr. *ad §. 10. l. de injur. n. 70.* Struv. *Ex. 48. th. 61.*

actio autem æstimatoria & extraordinaria perse-

perſecutio elective tantum concurrunt, ita ut una electâ tollatur altera.

arg. l. 14. de accuſat. l. 6. in fin. l. 7. §. 1. de injur. l. 56. §. 1. de furt. l. 2. §. 1. vi bon. rapt. Berlich. *p. 5. concl. 61. n. 1. 2.*

47 Es wollen einige zwar auch, quod idem remedium L. Diffamari cum actione injuriarum in uno eodemque libello proponi ac cumulari poſſit,

ut Ern. Cothm. *vol. 3. Conſ. 4. n. 33.* Mund. *de diffam. cap. 5. §. 2. n. 124.* aber es wird ein ſolches aus den von ihnen allegirten textibus Juris nicht bewährt, und rectius unſerm Ermeſſen nach von andern certa ratione negirt,

ut à Contardo *cap. 4. n. 99.* Schutz. *all. Diſp. 7. th. 8. lit. D.* Carpzov. *p. 4. c. 42. d. 15. & in Proceſſ. tit. 20. art. 2. n. 26. ac lib. 2. reſp. 57.* Finckelth. *Obſ. 55.*

48 Die dritte fürgelegte Quæſtion: **Ob nemlich Ihro Churfürſtl. Durchl. zu Sachſen als Reichs-Ertz-Marſchall in dieſer Sache** Judex Competens **ſeyen? belangend, wird ſich ſelbige** ex inſtituto remedio & pervulgata illa Juris regula: *Actor ſequitur forum rei,*

ex l. 2. C. de jurisdict. & l. f. C. ubi in rem act. ad quam ibid. Vultej.

deſumpta, & omni actioni communi, **leichtlich laſſen definiren.** Inſtituirt **Herr Conſulent das** remedium L. Diffamari, **ſo muß der** Magiſtratus Ratisbonenſis **als** Diffamator, (qui in hoc judicio actor cenſetur, ut vel inde patet, quod eo ipſo, dum diffamat, ad judicem diffamati provocare intelligatur

Maranta *in Spec. p. 4. diſt. 21. n. 2.*

& proinde agere velle contra diffamantem

l. 29. de jud.

ejusque foro ſe adſtringere

Schurff. *Cent. 3. conſ. 15. n. 19. 20.*)

vor ſein des Diffamati **als** rei, (ut reum enim diffamatum judicem adire in terminis tradit

Alexand. *vol. 1. conſ. 103.* quem refert & ſequitur Cravetta *conſ. 182. n. 2.* Mund. *de diffamat. in Proœm. n. 55. ſeqq. & c. 5. §. 1. n. 7. ſeqq.* & Blarer. *c. 4. n. 2. ſeqq.* dicens ad agnoſcendum, an aliquis ſit actor vel reus, non eſſe conſiderandum, quis fuerit vocatus in judicium, ſed reſpiciendum ad originariam cauſam, qua attenta Diffamator vere litem incipit &c. idque verius & in Camera Imp. aliisque judiciis, receptius eſſe, ex Gailio, Mynſingero & aliis pluribus probat etiam Græveus *concl. pract. concl. 9. conſid. 1. n. 3. ſeq.*)

Richter erſcheinen, und iſt derſelbe hoc in judicio competens judex.

Blarer. *cit. loc.* Weſ. *v. 2. conſ. 96. n. 1.*

Weilen nun **Ihro Churfürſtl. Durchl. zu** 49
Sachſen, als Reichs-Ertz-Marſchall, ex veteri inſtituto, **aller** in Comitiis Imperii **verſammleter Fürſten, Graffen und Stände des Reichs, oder deren Geſandten, wie auch anderer fremden und auſſer Reichs geſeſſenen Potentaten Bottſchafften,** Judex competens **ſeyn,**

per ſupra dicta,

und Herr Conſulent ſich auch als ein Rath und Abgeſandter Herrn Georg Philippen, Grafens zu O. bey dem Reichs-Convent allda befindet, zumalen die Schmach ihm in loco Comitiorum **angethan; Sind Ihro Churfürſtl. Durchl. auch Herrn Conſulenten** competens in illo judicio Judex contra Senatum civitatis, **der ihn alſo diffamiret.**

Inſtituirt **er aber** actionem injuriarum, 50
ſo muß er den Stadt-Magiſtrat vor ſeinem competenti judice conveniren.

per ſupra alleg. regulam. Weſ. *vol. 2. conſ. 96. n. 2.*

Was endlich die vierte Frag: **Ob das** 51
remedium ex L. Diffamari **auch nach Verflieſſung der Jahrs-Friſte ſtatt haben könne, und ob das Jahr von der geſchehenen** Inſinuation **der** Signatur, **oder des Churfürſtl.** Reſcripti **an den Churfürſtln. Abgeſandten ergangen, des Inhalts, ſich des** D. K. **wider des Magiſtrats Anmuthen anzunehmen, ſo dem Magiſtrat vor drey Monathen erſt** inſinuirt, **zu lauffen anfange?** antrifft, **ſo hat dieſelbe zwey** Membra, **das Erſte iſt:** ob das Remedium L. Diffamari **nach einem Jahr noch ſtatt habe? welches wir** intrepide **mit Ja beantworten.** Denn obwohl pro 52
negativa **angeführet werden möchte** 1. quod remedium L. Diffamari ex mente

Cothmanni *vol. 3. conſ. 4. n. 31.*

ſit præparatorium actionis injuriarum, præparatorium autem non alio jure utatur, quam id quod ſequitur; cum igitur actio injuriarum anno pereat & extinguatur,

l. 5. C. de injur. Weſenb. *de injur. n. 13.*

& remedium L. Diffamari anno extingui neceſſe ſit.

2. quod ex injuriarum fonte manet, æque ut injuriarum actio,

Blarer. *c. 1. n. 21.*

utriusque ergo eadem ſit ratio, nec plus ineſſe poſſit virtutis uni quam alteri, cum procedant ab influenti potentia unius ejusdemque cauſæ.

l. 4. de J. & J. l. 30. §. 1. de uſufr. Weſenb. *vol. 1. conſ. 4. n. 47.*

3. quod apud noſtrates ſæpe pro uno & eodem actio injuriarum & remedium L. Diffamari promiſcue ſumantur;

Harpprecht. *ad §. 2. de injur. n. 7. 8.*

So iſt doch Juri & rationi **ähnlicher,** quod 53
remedium d. l. quatenus injuriarum actioni

ni contradiſtinguitur, ſit perpetuum, nec anno pereat & extinguatur 1. quia eſt ſpecies quædam defenſionis, ac officii Judicis imploratio tantum.

Cagnol. *in L. Diffamari. n. 5.* Schurff. *cent. 3. conſ. 15. n. 19.* Cacheran. *Dec. 151. n. 5. ſeqq.* Carpzov. *Proc. tit. 20. art. 1. n. 5. 10.* Weſenbec. *v. 2. conſ. 96. n. 3.*

non odioſa ſed favorabilis & privilegiata, ſicut & aliæ actiones, quibus quis petit ſatisfieri ſuo honori.

l. 3. ff. de F. & F. ibi Bart. & Jaſ. *n. 18.* Non igitur inſtar actionis injuriarum Prætoriæ anno perit, ſed 30 annis durat, ut regulariter aliæ actiones, quæ imploratione officii Judicis conſtant

l. 3. C. de præſcript. 30 vel 40 ann.

nec ab actione injuriarum Prætoria (de hac enim tantum recte dicitur, quod anno, utili ſcil. extinguatur,

Harpprecht. *ad §. 12. I. de injur. n. 39. ſeqq.* B. D. Lauterb. *de act. injur. ad Palinod. th. 41.* Nebelkræ *Dec. 8.*)

ad hoc ſeparatum ab illa remedium & quidem civile, inferre licet

arg. l. ult. de calumn. Gail. *1. O. 11. n. 5.* Conſil. Argent. *vol. 2. conſ. 93. n. 8.*

Daraus dann dem 2= und 3ten Einwurff zu begegnen, was aber den erſten belangt, ſo kan diß Remedium nicht ſimpliciter actionis injur. præparatorium genennet werden, ſondern nur in dem caſu, ubi diffamator poſt impoſitum ſilentium non deſiſtit, ſed in obſtinatione ſua pergit. 54

Schutz. *Vol. 2. D. 7. th. 8. lit. D.*

Das andere Membrum hat ſeine unſtrittige Richtigkeit, daß nemlich quoad remed. L. Diffam. das tempus præſcriptionis à tempore diffamationis & illatæ injuriæ zu computiren. Welches ꝛc. Actum in Collegio noſtro d. 22. Octobr. Anno 1681. 55

CONSILIUM II.

De Fideicommiſſo in uno caſu relicto, & ad alterum non extendendo. De cumulatione Actionum ſibi præjudicialium.

SUMMARIA.

1. Quæſtio prima *proponitur: An, in caſu, quo duo Conjuges orbi in teſtamento mutuo ſeſe invicem heredes inſtituerunt, & maritus uxori de ſua hæreditate relicta liberrimam facultatem diſponendi conceſſit, hocce tamen addito: ut, ſi ſuperſtes ipſi ſecundo nupſerit, neque ex hoc altero conjugio liberos procreaverit, certa relictorum bonorum pars ad Teſtatoris proximos cognatos poſt mortem ſuæ uxoris hæreditario jure devolvi debeant, vid. Fact. Spec. n. 3. 4. 5. an ſc. cum maritus Teſtator præmortuus fuerit, conjux autem ejus deinde in viduitate permanſerit, hæc etiam hoc caſu, quo non nupſit, fideicommiſſo de reſtituenda parte hæreditatis proximis mariti præmortui cognatis onerata manſerit, & per conſequens teſtamentum ab ea poſtea ſuper tota hæreditate conditum invalidum dicendum ſit? an vero hoc fideicommiſſum ad ſolum caſum, quo nupſerit, reſtringendum, in caſu vero, quo non nupſit, extinctum fuerit? confer. Fact. Spec. n. 12.*
2. *Mutua Teſtamenta Conjugum, in quibus ſeſe invicem heredes inſtituunt, non habentur pro captatoriis ſed Fare Würt. expreſſe confirmata ſunt, nec Juri Communi adverſari creduntur.*
3. *Ut aliqua inſtitutio vere captatoria ſit & prohibita, quænam requirantur?*
4. *Inter Conjuges mutuas inſtitutiones mutuis affectionibus provocatas ſemper intelligi.*
5. *De quæſtione: an & quatenus ſuperſtes Conjux Teſtamentum reciprocum jam morte alterius confirmatum revocare poſſit? remiſſivè.*
6. *Quæſtio num. 1. allata latius explicatur.*
7. Deciſio: *Uxorem ſuperſtitem in caſu quo non iterum nupſit fideicommiſſo non fuiſſe gravatam, ac proinde poſtea de tota Hæreditate jure ac pro lubitu teſtari potuiſſe.*
8. Rationes dubitandi *contra hanc Deciſionem.*
   1. *Ratio ex naturali Teſtatoris affectione & dilectione majori erga proximos ſuos cognatos, quam alios uxori ſuæ conjunctos. ib.*
9. *Quæ conjectura in ultima voluntate dubia utramque facere dicitur paginam, & præponderare debere, non tantum aliis conjecturis, ſed etiam verbis probabilem dubitationem recipientibus; maxime in fideicommiſſis.*
10. 2. *Ratio: quia cauſa & ratio Fideicommiſſi ſit defectus liberorum, qui & hoc caſu adſit.*
11. 3. *Ratio: in Subſtitutionibus omnino admitti extenſionem de caſu ad caſum.*

12. 4.

12. 4. *Ratio: idque etiam in Fideicommissariis Substitutionibus obtinere; imo & hic extensionem fieri de persona in personam.*

13. *Ulterior confirmatio.*

14. 15. 5. *Ratio ex auctoritate & simili casu Alexandri ab Imola; cujus Responsum nostro casui applicatur.*

16. 6. *Ratio ex Responso Ulpiani in l. 22. ff. ad SCt. Trebell. de quo latè.*

17. 7. *Ratio: quia si hoc fideicommissum diceretur in solum casum secundarum nuptiarum relictum, sequeretur in odium harum fuisse constitutum, quod Ethnicissimum vel saltem Papismum saperet.*

18. 8. *Ratio: Quia Testator in fine Testamenti cognatos suos simpliciter appellet Hæredes Fideicommissarios, & insimul ibidem tam seriò voluntatem suam servari sub pœna injungat, nihil plane ulterius disponens de certo quodam & distincto casu, ubi Fideicommissum hoc valere non debeat.*

19. 9. *Ratio: facultatem illam uxori à Testatore concessam, liberè disponendi de Hæreditate sua, respicere tantum dispositionem inter vivos, dispositionem per ult. vol. plane concessam non esse.*

20. *Id quod exinde clarum sit, quod Testator nonnisi verbis actus inter vivos denotantibus usus sit:* verkauffen, vertauschen, verschencken.

21. *Ubi talia verba sequatur Clausula generalis:* Und sonsten damit schaffen, walten, thun und lassen ꝛc. *hanc tamen ex præcedentibus verbis esse declarandam, ut comprehendat casus similes expressis.*

22. Rationes decidendi.

I. Ratio triplicem vim habet, 1. quia Testator uxorem suam hæredem instituerit universalem purè, sine ulla temporis aut diei, conditionis vel modi adjectione, & quidem cum liberrima plane concessa dispositione, ac sub voce: eigenthumlich.

23. 2. *ex verbis:* ausdrucklicher Will und Befehl *in casu secundi conjugii.*

24. 3. *ex verbis:* Würde sie dann ohne Ehliche in anderer Ehe erzeugte Kinder *&c. conf. Spec. Fact. num. 5. it. ex verbis:* Welcher halbe Theil alsdann.

25. *II. Quod Testator in articulo 8vo, ubi de universali uxoris institutione, & liberrima ei concessa de rebus hereditariis omnibus dispositione actum, de casu perpetuæ viduitatis loquatur, patere ex eo, quod huic casui in articulo seq. 9. casum contrarium secundi conjugii opponat, per particulam:* Aber: *quæ omnino denotet contrarium, vel saltem casum diversum.*

26. *III. Sicut hi sint duo diversi casus, ita etiam in utroque diverso planè modo provisum fuisse à Testatore; in altero sc. mansuræ viduitatis de liberrima dispositione &c. art. Testam. 8. in altero verò casu futuri secundi Conjugii art. 9. de inventario conficiendo, & art. 10. ubi uxor absque legitimis in hoc secundo conjugio procreatis liberis decesserit, de fideicommisso tum demum existente.*

27. *Articulum verò 10mum, ubi de existentia Fideicommissi, cum art. 9. cohærere, ac solummodo & unicè ad casum secundarum nuptiarum pertinere, probatur 1. ex particula:* Dann.

28. 29. 30. 31. 2. *ex verbis conditionatis:* Würde sie dann *(cum ad secunda vota transierit)* ohne Ehliche in anderer Ehe erzeugte Kinder ꝛc. *ubi duo copulative requirantur: subsequens matrimonium, & defectus liberorum ex isto matrimonio. 3. ex toto contextu. 4. ex particula:* Alsdann, *quæ Latinè idem sonet ac: Tunc, & tunc demum, & vim restrictivam habeat; quod ex Auctt. probatur.*

32. *Secundum literam igitur hoc Fideicommissum in solo casu secundarum nuptiarum & liberorum inde non procreatorum esse clarissimè fundatum.*

33. *IV. Sed hoc Fideicommissum, secundum literam in solo casu secundi conjugii & liberorum inde non relictorum fundatum, neque ex conjecturata Testatoris mente ad alterum casum perdurantis viduitatis esse extendendum, facilè probari posse, dum quod Testator non expressit, noluisse potius præsumatur &c.*

34. *Cum etiam V. quo certius sit, se voluisse, ut in casu viduitatis uxor plenum, omnino liberum & in heredes transitorium dominium habeat, Testator in ipsum hunc casum, uxorem suam speciali atque insigni Legato, proximis istis Testatoris cognatis præstando, oneraverit; unde non sit præsumendum, eum hæredem præterea aliquo Fideicommisso hoc casu onerare voluisse.*

35. *VI. In casu viduitatis art. 8. nullam planè mentionem factam cujuscunque substitutionis, sed potius uxori liberrimum dominium & administrationem ibi relictam, & quidem:* eigenthumlich. *ac vocem additam:* dergestalten: *ita determinatum modum ultimæ voluntatis inferre, ut nullum sanè fideicommissum tacitum in alium casum admitti possit.*

36. *Res Fideicommisso obnoxias, non esse in dominio adeò libero, sed planè aliis obligatas, & in ipsis LL. dici* res alienas, & æs alienum. *&c.*

37. *Ex natura autem etiam ipsius Fideicommissi, quæ involvat omnino rem non esse, vel certe non liberè esse alienabilem, manifestum fieri, hic, ubi uxori concessa liberrima alienandi potestas,*

Testatorem Fideicommissum non constituisse.

38. *Et eò minus VII. quia particula:* **Alsdann** *verbis, quibus in casu secundarum nupt. Fideicommissum constitutum, immediate præmissa, & inde tam verba quam mentem Test. ad unicum istum casum restringat.*

39. *Imo, cum ista particula simul sua natura extremitatem temporis denotet, & ad conditionis eventum trahatur, Fideicommissum locum habere non posse, nisi conditiones istæ in solidum formaliter & præcise impletæ fuerint; quæ tamen in totum defecerint.*

40. *VIII. Hanc voluntatem Testat. ex eo colligi, quod etiam in casu conversò præmortuæ uxoris eodem modo testantis dici non possit, quod ipse maritus in casu viduitatis, aut etiam in casu 2. nupt. si liberi inde extitissent, Fideicommisso gravatus, sed hoc solummodo in casu 2di matrim. & inde* non *extantium libb. factum fuerit.*

41. *Unde, cum hæc duo Testamenta fuerint correspectiva, quod insit uni, alteri etiam inesse debere.*

42. *IX. Quam intentionem mariti uxor optime noverit, ac apertè declaraverit in Testamento ab eà postea A. 1662. confecto; neque autem hanc ejus declarationem planè projiciendam, utpote institutæ hæredis & Con-Testatricis, & cum nemo ex ea patiatur detrimentum.*

43. *X. In dubio semper contra Fideicommissum tanquam onus, ideoque odiosum, debere fieri interpretationem.*

44. *XI. In Fideicommissis perpetuam fere regulam esse: nunquam debere meliorem esse conditionem ejus personæ quæ minus dilecta sit; hic vero per expressam conditionem Fideicommisso adjectam constare, etiam uxoris liberos ex 2. matrim. forte procreandos prælatos fuisse sororibus Testat. & eorum liberis, & velmaxime igitur ipsam uxorem, utpote etiam solam hereditario titulo institutam. Magis honoratus Testamento magis etiam censetur dilectus. ibid.*

45. *Videri Testatorem uxoris suæ viduitatem & reverentiam inde ipsi exhibitam honorabili illa institutione & liberrimæ dispositionis concessione præcipuè remunerari voluisse.*

46. 47. *Concluditur inde: neque ex verbis neque ex mente Testatoris Fideicommissum illud ad casum viduitatis extendendum, & Testatrici inde omnino jus fuisse, pro lubitu & beneplacito testandi.*

48. *Sequuntur* Responsiones ad Rationes Dubitandi.

49. *Resp. ad 1mam: versari nos hic in voluntate, non dubia, sed perquam clara, a qua non recedendum.*

50. *Non sufficit aliquid esse in intentione, nisi sit etiam in dispositione.*

51. *Resp. ad 2dam: 1. adesse fallaciam causæ non causæ, seu potius divisionis; non enim causam & rationem esse simpliciter defectum liberorum, sed liberorum ex 2do matrim. non contractorum.*

52. *2. quia particula,* **Alsdann**, *conditionem involvat, non sufficere, causam, quæ Testatorem movit, alio modo, quam ab ipso provisum, esse obtentam, cum conditio ad amussim non impleta deficiat.*

53. *3. in ult. volunt. non procedere arg. à paritate rationis. 4. de pluribus rationibus remissivè ibid.*

54. *Resp. ad 3tiam: utique admitti eam extensionem ex præsumta mente Testat. in aliqua verisimili ratione fundata; sed hinc omnino deficere eam mentem in casu viduitatis. 2. all. Dd. loqui de directâ substitutione, non indirectâ.*

55. *Resp. ad 4tam; ipsam thesin valde esse adhuc controversam, & concessa etiam ejus veritate, hic tamen deficere mentem, & conditionem, quæ formaliter implenda fuisset.*

56. *Resp. ad 5tam: opponendo Jasonis & aliorum auctoritatem.*

57. *Resp. ad 6tam vario modo ex Menochio &c.*

58. *Resp. ad 7mam: non negandum esse odium aliquod secundarum nuptiarum, sed male ex eo inferri, quod Testator eas ergo cum Ethnicis & Pontificiis resp. damnaverit, vel proscortatione declaraverit.*

59. *Resp. ad 8vam: plane non sequi: ergo Fideicommissum in omni casu, qui contingit, locum habet &c.*

60. 61. *Resp. ad 9nam, favorabiliorem esse concessionem alienationis, quam prohibitionem, & inde concessam generaliter etiam ad ult. volunt. pertinere sec. Dd. Generalem autem hic esse concessionem ex dispositione manifestum esse. n. 61. De Clausula generali sequente post quædam specificata &c. ibid.*

62. *seq.* Quæstio IIda: *an cumulatio inepta actionum a parte adversa sit commissa, petendo in eodem Libello una cum Fideicommisso Legatum ex Testamento, in quo prohibeatur Fideicommissi petitio sub pœna privationis Legati, & inde ei exceptio præjudicii ante L. C. opponi possit? Deciditur aff.*

64. *Legatum in dubio non relictum censetur animo compensandi cum Fideicommisso.*

Facti

FACTI SPECIES.

1 Es haben weiland Johann Jacob N. Burgermeister zu Biettigheim, und Anna Magdalena, seine eheliche Haußfrau, sich ihrer Sterblichkeit und daß sie keine Kinder erinnerende, in anno 1662. ein Testamentum mutuum, bey noch gesundem Leib und richtigen Verstande, in Scriptis aufgerichtet, und von ihnen mit eigenen Händen, Tauff- und Zunamen, von Blatt zu Blatt unterschrieben, vor sieben hierzu absonderlich erforderten unverwerfflichen Zeugen, die es mit Unterzeichnung ihrer Namen und Beydruckung ihrer Pittschafften bekräfftiget, solenniliret, darin-
2 nen erstlich der Mann, Johann Jacob N. benst verschiedenen Legatis, seine Haußfrau Annam Magdalenam, zur rechten einigen Erbin eingesetzet, mit folgenden in art. 8. Testamenti enthaltenen, und daraus allhero zu setzen
3 für nothwendig erachteten Worten: **Und weilen zum achten die Benenn- und Einsetzung der Erben eines jeden Testaments Haupt-Fundament und Grundfeste ist, also und hierumben so ernenne und bestimme ich hiemit in Krafft dieses meines Testaments zu meinem wahren, unzweiffelichen und gewissen Erben und Erbnehmen aller meiner ligend und fahrender Haab und Güter, so viel über Entrichtung der Schulden und ob specificirter Legaten vorhanden und bevor seyn würde, nichts davon ausgenommen, nemlich meine hertzgeliebte Haußehr, Annam Magdalenam, dergestalten und also, daß sie solches eigenthumlich ohninventirt innhaben und behalten, davon verkauffen, vertauschen, verschencken, auch sonsten damit schaffen, walten, thun und lassen solle, nach ihrem freyen und selbst wohlgefälligen Belieben.**

4 Und ferner in duobus seqq. articulis disponirt: **Im Fall aber neundtens Sie meine liebe Haußfrau wiederum nach dem Willen GOttes zur anderwärtigen Verheyrathung schreiten sollte, so ist mein ausdruckenlicher Will und Befehl, daß sie alles verhandene Vermögen ligends und fahrends Fürstl. Würtemb. Löbl. Land-Rechten gemäß ordentlich** inventiren lassen **solle, damit man wissen möge, ob in solcher anderwärtigen Ehe etwas eingebüßt, errungen und gewonnen worden, und also solch ander Ehe-Gemächt, ob es gleich vor- oder hernach verstürbe, wissen möge, was ihme zu seiner rechtmäßigen Erbsgebühr betroffen.**

5 **Würde sie dann zehendens ohne eheliche in anderer Ehe erzeugte Kinder, auch die Schuld menschlicher Natur bezahlen, so ist mein Will, will auch besagter meiner lieben Haußfrauen befohlen haben, daß vorderist das jenige, so ihrem andern Ehe-Gemahl obgemeldter Massen den Fürstl. Löbl. Land-Rechten gemäß gebühren wird, sie auch ihme etwan Testaments- oder Donations-weis verschaffen möchte, ersetzt: alles übrige Vermögen aber für unser beeder gemein Gut gehalten: also, daß weder Zubringen noch Errungenschafft in Acht genommen, und über Abzug erstgemeldtes des andern Ehemanns Erbs-Gebühr, der halbe Theil unsers gantzen Vermögens für des Manns, die ander Helffte aber der Frauen Verlassenschafft gehalten werden solle, welcher halbe Theil alsdann auf meine beyde vorernandte Schwestern oder deren Kinder, auf Maß und Gestalt, wie vor erwehnt, erblich kommen und fallen solle.**

6 Zweytens hat die Ehefrau und Mit-Testirerin, Anna Magdalena N. auf den Fall sie vor ihrem Eheherrn das Zeitliche gesegnen würde, auch nebenst zerschiedenen ihren Befreundten und andern vermachten Legatis, ihren lieben Eheherrn zu ihrem rechten unzweiffelichen Erben und Erbnehmen eingesetzt, ebener Massen, daß er nemlich alles verlassende ligend und fahrend Vermögen, es habe Namen, wie es immer wolle, ohninventirt, auch ungeachtet ein oder andern Ehegemachts Zubringen und Errungenschafft eigenthumlich innhaben, behalten und besitzen, darvon verändern, verkauffen, vertauschen, verschencken und sonsten ins gemein damit schaffen walten, thun und lassen möge, nach seinem Willen und Wohlgefallen.

7 Doch aber, wann er wiederum nach dem Willen GOttes zur anderwärtigen Verheyrathung schreiten würde, auch gleicher Gestalt befohlen, daß er alsdann alles vorhandene Vermögen, ligends und fahrends, Fürstln. Land-Rechten nach, ordentlich inventiren lassen sollte, damit man wissen möchte &c. ut supra.

8 Wo er dann aus solch anderer Ehe erzeugte Kinder haben würde, so sollte er schuldig seyn den vier N. Kindern zu den ihnen von ihr bereits legirten 2000 Gulden, noch ferner 1000 Gulden an annehmlichen Gülten zu erstatten. Wofern aber nach seinem seeligen Hinscheiden keine (aus anderer Ehe erzeugte) Kinder im Leben seyn würden, so sollte, wann vorderist das jenige, so seinem andern Ehegemahl obgemeldter Massen den Fürstln. Land-Rechten gemäß gebühren würde, er auch ihro etwan Testaments- oder Donations-weiß verschaffen möchte, ersetzt; alles übrige Vermögen für ihr beeder testirender Eheleut gemein Gut gehalten, (also, daß weder Zubringen noch Errungenschafft in Acht genommen würde,) und davon der halbe Theil für des

Manns, die andere Helffte aber für ihr der Testirerin Verlassenschafft æstimirt worden, welcher halbe Theil alsdann ihren vier Vettern und Baasen, den N. restituirt werden sollte. ꝛc.

9 Nachdem nun der Maritus zuvor in anno 1668. verstorben, und sein Testament durch seinen Tod confirmirt, hat die Frau beschlossen sich nimmer wieder zu verheyrathen, sondern in viduitate zu sterben, dahero sich auch befugt und berechtigt zu seyn erachtet, von allem besitzenden Vermögen frey und nach Belieben ungehindert männiglichs disponiren zu können, und deme nach dicto anno 1668. ein anderwärtiges Testament, (darinn sie solches ausdrucklich zu erkennen gibt mit diesen Worten:

10 Auch von meinem Eheherrn seel. Krafft hiebevor im Junio Anno 1662. aufgerichteten Testaments beym achten Puncten mit vollkommener Macht all das Seinige eigenthumlich zu haben, zu behalten, zu verkauffen, zu vertauschen, zu verschencken auch sonsten damit zu schaffen, zu walten, zu thun und zu lassen nach meinem freyen selbst wohlgefälligem Belieben, zur einigen universal-Erbin instituirt worden, und mithin mit all meinem besitzendem von GOtt bescherten Vermögen ohn männiglichs Eintred frey zu schalten, zu walten und darüber zu disponiren befugt bin ꝛc.) aufgericht und aber Anno 1673. wieder eine andere testamentliche Verordnung von ihrem gantzen Vermögen, worunter auch des Manns seel. Verlassenschafft, gemacht, darinn sie ihres Manns seel. noch lebenden Schwester Annâ Marthâ, Herrn Johann Conrad A. Burgermeisters zu Brackenheim Haußfrauen, und theils ihren Befreundten, auch andern, unterschiedliche Legata, bey denen hernach wieder durch die beygelegte Schedas testamentarias einige Mutation geschehen, vermachet; zu allgemeinen Erben aber Herrn Johann Sebastian H. und Herrn Licentiat Johann Christoph H. ernennt und eingesetzt, denenselben ihre Frauen und Kinder substituirt, allermassen aus besagtem in anno 1673. aufgerichteten Testament Articulo 13tio mit mehrerm zu ersehen.

11 Dawider hat sich aber, auf tödtliches Ableiben dieser Witwen, Annâ Magdalenâ N. und beschehene Publication deren jetzt gedachten nunmehro auch durch den Tod confirmirten Testaments, deroselben seel. Mannes Schwester Anna Martha, Herrn Johann Conrad A. Haußfrau starck opponirt, vorgebend, ihr Bruder, Johann Jacob N. seel. habe in favorem familiæ suæ die Frau Mittestirerin in dem Testamento mutuo mit einem Fideicommisso graviret sub conditione: Si sine liberis decederet. Weilen sie denn nun ohne Kinder abgestorben, so finde das darinnen verordnete Fideicommiss anjetzo statt, und seyen benamste Heredes schuldig, ihro durchaus den halben Theil deren gesammten Verlassenschafft, (welche sie bis dato von ihres Bruders seel. Tod an uninventirt gelassen) zu theilen zu lassen, unerachtet sie Anna Magdalena nicht zur andern Ehe und Verheyrathung geschritten, seye auch sie A. mit dem von der Anna Magdalena ihr vermachten Legat der 2000 Gulden allein sich vergnügen zu lassen nicht gehalten, sondern das Fideicommiss daneben zu suchen in alle Wege berechtigt. Entstehet also unter beeden von Anna 12
Magdalena N. in ihrem Anno 1673. aufgerichteten Testament instituirten Erben und Anna Martha A. als Johann Jacob N. noch lebenden Schwester die Frage: **Ob die Frau N. von ihrem** Marito **auch** in statu perdurantis ad mortem viduitatis, **in dem von ihnen aufgerichteten** Testamento mutuo, **mit dem** onere fideicommissi gravirt **worden seye, und dannenhero ihres Gefallens über das gesammte beeder ihr Vermögen zu** testiren **nicht befugt gewesen, oder ob das** Fideicommiss **allein auf den Fall, wann sie sich wieder verheyrathen und ohn in anderer Ehe erzeugte Kinder absterben würde, geordnet, dahero sie dißfalls, da sie sich nicht wieder verheyrathet, sondern im Wittwenstand verblieben, wohl befugt gewesen von dem gesammten Vermögen zu** testiren?

Wobey ferners angefragt wird: **Ob nicht** 13
von der Frau A. eo ipso, **daß sie das mehrernannte** Fideicommissum **benebenst und zusammt dem** legato in uno eodemque libello **begehrt und bittet, eine** inepta actionum præjudicialiter à sese invicem dependentium cumulatio committirt **werde, und die** Heredes **der Fr. N. dahero berechtigt seyen,** exceptionem præjudicii ante litem contestatam **zu** opponiren, **und krafft solcher zu bitten,** interloquendo **zu erkennen, daß sie noch der Zeit ehe und dann die Strittigkeit** ratione fideicommissi **ihre abhelffliche Maß erlanget habe, auf die** actionem pro consequendo legato institutam **sich nicht einzulassen schuldig, sondern** pars adversa **damit** usque ad eventum causæ fideicommissariæ **in Ruhe zu stehen verbunden?**

DEmnach nun Uns Decano und andern Doctoribus der Juristen Facultæt bey gemeiner Hohen Schul zu Tübingen weyland Herrn Johann Jacob N. und dessen ehelichen Haußfrauen Annâ Magdalenâ Testamente übersendet, und dabey begehrt worden, wir wollten unser rechtlich Bedencken und Gutachten über obstehende Fragen begreiffen und communiciren; haben wir sothane letzten Willens Verordnungen mit Fleiß durchlesen, alles wohl erwogen und davon in unserm versammleten Collegio reiff-

lich

lich deliberirt, auch endlich wegen einer jedern Quæstion uns verglichen, wie unterschiedlich hernach folget: Und zwar die Erste Frag
1 betreffend: Ob nemlich die Frau N. von ihrem Marito auch in statu perdurantis ad mortem viduitatis in dem von ihnen aufgerichteten Testamento mutuo mit dem onere fideicommissi gravirt worden seye ꝛc.?

2 So sehen wir, daß 1. nicht de validitate des Testaments, so weyland Johann Jacob N. und dessen eheliche Haußfrau Anna Magdalena, samentlich miteinander aufgerichtet haben, disputirt, sondern beyderseits supponirt werde, daß solches zu recht gültig und beständig sey, und beyde Eheleute wohl befugt gewesen in einem Libell oder Schrifft sämmtlich zu testiren, und je eines das ander, auf den Fall seines Vorabsterbens, zum Erben seiner gantzen Verlassenschafft zu instituiren, posthabita crisi illorum, qui existimant ejusmodi institutionem esse captatoriam, seu illecebram, qua invicem Conjuges ad hereditatem relinquendam se alliciunt, quæ jure sit improbata

l. 70. ff. de hered. instit. l. 64. de leg. 1. ut differ. Sarmient. *2. select. interpret. c. 4. n. 3.* allegatus Græveo *lib. 2. concl. 117. n. 4.*

weilen dergleichen Species Testamenti in Jure nostro Provinciali Würtembergico disertim confirmirt

J. P. W. part. 3. tit. 7. p. 2. & §. als uns auch ꝛc. *seq.*

ja auch communis Dd. opinio ist, nec Juri Civili adversum esse, Conjuges in eadem membrana testari, seque mutuo heredes instituere.

per l. licet. 19. C. de pact. Connan. *l. 10. Comment. Jur. Civil. c. 6. n. 6.* Gail. *2. Obs. 117. n. 1.* Mynsi. *1. Obs. 8.* Græv. *d. Concl. 117.* ibique alleg. Alvar. Valasc. *Consult. 7.* Petr. Peck. *tr. de testam. conjug. lib. 1. c. 19. n. 1.* quod etiam hodie in frequentissimo usu ubique esse testatur Mich. Grass. *§. Testamentum. qu. 90. n. 1.* & optima rerum magistra experientia. Conf. Vultej. *vol. 4. Cons. Marpurg. Cons. 21. n. 1.* Klock. *vol. 3. consil. 102. qu. 1.*

3 cui nihil derogat, quod de captatoria voluntate sive institutione prohibita dicitur, nam ut ea prohibita sit, duo requirit JCtus

in d. l. 70. de hered. instit.

nempe ut conferatur conditio in secretum alienæ voluntatis, ex qua dependeat, & deinde, ut sit de hereditate propter institutionem heredis ab eod. obtinenda.

Donell. *lib. 6. Comm. Jur. Civ. cap. 19.*

4 Quando autem mutuis affectionibus provocantur judicia, ut sonant verba *d. l.* non est captatoria institutio, id quod inter conjuges fieri semper intelligitur

Gail. *d. Obs. 117. n. 4.*

præsumptionem enim captationis præmii amor conjugalis excludit.

Mev. *ad Jus Lub. p. 2. tit. 1. art. 10. n. 6.*

2. auch hier nicht in controversiam komme, 5 an & quousque uxor Testamentum reciprocum morte mariti confirmatum revocare valeat? de qua quæstione agunt

Mynsing. *d. cent. 1. obs. 8. n. 5.* ibi Weipert. Ludov. Fabric. Finckelthaus. *Obs. 90.* Berlich. *p. 1. dec. 92.* Richter. *p. 1. dec. 22. n. 16. seq.* Carpzov. *p. 3. c. 2. d. 12. seq. & c. 7. d. 21.* Brunnem. *cent. 2. dec. 24.* Mev. *p. 9. d. 148. & ad Jus Lub. p. 2. tit. 1. art. 10. n. 25. seqq.* Oldendorp. *vol. 4. Cons. Marp. 1. q. 3.* Vultej. *eod. vol. cons. 21. n. 6.* Klock. *tom. 3. cons. 110. n. 23.* ibique alleg.

Dann der Fr. N. heredes das fideicommiss der Fr. A. nicht wegern, ex causa testamenti vel fideicommissi ab illa revocati, sondern weil sie es in illum casum, qui contigit, nimirum si ipsa vidua maneret, nicht, sondern allein in illum casum, si ad secunda vota transiret & sine liberis ex secundo matrimonio natis decederet, geordnet zu seyn vermeynet;

Sondern daß 3. allhie allein in quæ- 6 stione: Ob des Testatoris, Johann Jacob N. Will und Meynung gewesen, daß auf den Fall seines Vorabsterbens seine Hausfrau Anna Magdalena seine einzige ungezweiffelte Erbin aller Haab und Güter seyn sollte, so daß sie dieselbe Zeit Lebens behalten, und damit nach Belieben und Wohlgefallen schalten und walten möchte; Nach ihrem Tode aber, der halbe Theil des gantzen von ihr hinterlassenden Vermögens für seine Verlassenschafft gehalten werden, und auf seine Schwestern oder deren Kinder erblich kommen und fallen sollte, so sie Anna Magd. ohne Kinder abstürbe, sie möchte eine Wittib geblieben, oder zur andern Ehe geschritten seyn, oder ob er gewollt, daß nur alsdann der halbe Theil des gesamten Vermögens auf seine Schwestern oder deren Kinder erblich kommen und fallen sollte, wann sie Anna Magdalena würde zur andern Ehe geschritten seyn, und keine Kinder aus derselben hinter sich verlassen, wann sie aber in viduitate verbleiben und absterben würde, mit dem fideicommiss nicht graviret seyn sollte?

Da wir dann, anderer baß verständigen Ge- 7 dancken keines weges fürgegriffen, der rechtlichen beständigen Meynung seyn, daß sie Fr. Anna Magdalena von ihrem, samentlich in einer Schrifft mit ihro testirenden, Ehemanne, Joh. Jacob N. mit einigem Fideicommiss

in casu perdurantis viduitatis nicht gravirt, sondern das in articulo decimo des von ihnen aufgerichteten Testamenti reciproci geordnete Fideicommiss allein auf den Fall, da sie zur andern Ehe schreiten, und ohne mit dem andern Manne erzeugte Kinder und Leibes-Erben mit Tode abgehen würde, constituirt seye, demnach, weil dieser casus sich nicht begeben oder zugetragen, sie die freye Hand gehabt, das gantze Vermögen zu verschaffen, zu vermachen, weme sie gewollt.

8 Denn ob wohl vor widrige Meynung einige scheinbare Gründe angeführet werden möchten, als 1. daß natürlicher Neigung nach sich nicht vermuthen lasse, daß der mitestirende maritus seine Verlassenschafft lieber seiner Frauen Befreundten gegönnet haben sollte, als seinen leiblichen Schwestern und derselben Kindern, die er hertzlich geliebet, und zu Bezeugung seiner brüderlichen Liebe und freundlichen Affection auch mit einem Legat bedacht; sondern seye vielmehr zu præsumiren, daß so viel näher und lieber propter sanguinis conjunctionem, (quæ insita vi caritate (quæ inter fratres & sorores summa meritò censetur,

l. nemo dubitat. 58. §. 1. de hered. inst.

ibi: *sed fraterna caritate diligitur*) homines devincit, teste Cicerone lib. 1. de offic. ob temperamentorum scil. unde mores fere trahimus, naturalem communicationem, & plerumque educationis etiam similitudinem, nec non plurimam ab ineunte ætate conversationem;) ihm seine Geschwistrige gewesen, dann der Frauen Freunde, die ihm nur verschwägert, so viel lieber werde er auch ihnen das Seinige nach der Frauen Tode, gegönnet haben; cum nemo alienas successiones suis prætulisse credatur.

l. 30. in fin. C. de fideicommiss. l. 102. de condit. & demonst. l. 6. C. de instit. & substit. l. qui liberis. §. Titius testam. ff. de libert. leg.

ob affectionem quam erga suos potius quàm erga extraneos habuisse censendum est, uti argumentum hoc in terminis testamenti mutui inter conjuges etiam ponderavit

Petr. Wesenbec. *Cons. 7. n. 32. seqq.*

und derowegen Zweiffels ohne seine Meynung seye gewesen, daß in articulo decimo Testamenti verordneter massen der halbe Theil des gantzen auf ihr der Frauen seeliges Ableiben noch vorhandenen Vermögens auf seine Schwestern oder deren Kinder erblich kommen und fallen sollte, wann sie ohne Kinder abstürbe, es geschehe solches propter viduitatem oder subsequens sterile matrimonium. Sane hæc
9 conjectura ex affectione ac favore testatoris erga sorores fluit, eoque in interpretanda voluntate ejus dubia illam meritò utramque facere paginam, ac non solum aliis conjecturis, sed etiam verbis, probabilem recipientibus dubitationem, præponderare debere dicendum videtur.

Vid. Marian. Socin. *vol. 1. Cons. 23. n. 21.* Mantica *de conject. ult. vol. lib. 6. c. 10. in fin.* Menoch. *de præsumpt. l. 4. præs. 16. n. 1.* Petr. Wensebec. *d. Cons. 7. n. 33.* Prukmann *vol. 2. Cons. 20. n. 11.* ubi dicit: *à testatore plus semper dictum quam scriptum intelligi ad excludendam extraneorum successionem.* maxime quoad constitutum ab ipso fideicommissum; cum in fideicommissis semper ea capienda sit interpretatio, quæ magis convenit menti regulatæ secundum naturalem & verisimilem ac humaniorem rationem, eò quod illi testator se conformare voluisse intelligatur, licet verba primâ fronte aliud sonare videantur,

ut Marian. Socin. *d. l.* tradit per *l. 67. §. fin. ff. de leg. 2. l. 57. §. 1. ad SCt. Trebell. l. 11. §. 9. de leg. 3.*

Debent enim verba testatoris interpretari, prout ratio naturalis & sanguinis necessitudo dictat.

Curt. sen. *Cons. 51. n. 10.* Mant. *d. l.*

Ob also wohl den Worten des Hrn. Testatoris nach das Fideicommiss nur auf den Fall des wieder Verheurathens und Absterbens ohne auffer der andern Ehe erzeugten Kinder geordnet zu seyn scheine, müsse es doch juxta conjecturatam ipsius mentem nichts destoweniger auch auf den Fall ihres Absterbens ohne Kinder im Wittwen-Stande, geordnet zu seyn verstanden werden.

Und solches 2. um so viel mehr, weilen ratio 10
& causa, quâ testator motus illo casu fideicommissi titulo dimidiam bonorum partem sororibus suis vel earum liberis restitui voluit, defectus scil. liberorum ex illa natorum, & prædilectio sororum suarum præ conjugis cognatis, auch in hoc casu vorhanden, daraus denn rechtlich abzunehmen, daß auch eadem in hoc casu testatoris intentio seye. Constat namque, ex causa & ratione fideicommissa interpretari, & vel ampliari vel restringi.

l. cum Pater. 77. §. dulcissimis. 20. de legat. 2. Bartol. *in l. pater filium. 38. §. fundum. 3. in fin. de legat. 3.* Tiber. Decian. *vol. 3. Resp. 10. n. 9. & Resp. 89. n. 19.* Paris. *vol. 2. Cons. 92. n. 46. & vol. 3. Cons. 1. n. 36. Cons. 6. n. 20. Cons. 22. n. 35. & Cons. 25. n. 29. Clar. §. Testam. q. 76. n. 2.* Id quod Paris. cit. loc. procedere scribit, tametsi ratio non fuerit à testatore expressa, sed sola possit inveniri, quocum etiam consentit Curtius jun. *Cons. III. n. 11. in fin.*

Zumalen da 3. auch magis recepta Dd. opinio, quod in substitutionibus omninò admittatur extensio de casu ad casum, ex præsumta mente testatoris in aliqua verosimili ratione fundata,

quemadmodum videre ap. Bartol. *in l. 1. ff. de vulg. & pup. substit. n. 14.* & ibid. Jason *n. 28. ac n. 59.* Roman. *Cons. 56. n. 3.* Manticam *de conject. ult.*

ult. vol. lib. 5. tit. 1. n. 14. Nicol. Intrigliol. *de subst. c. 1. qu. 17. num. 8.* Scometz. *1. var. resol. 3. n. 10.* Mich. Grass. *§. substitutio. q. 7. n. 7.* Gödd. *vol. 4. Cons. Marp. Cons, 41. n. 73. seqq.* Klock. *tom. 3. Cons. 102. n. 12.*

In quam sententiam allegari solet

l. Titius 25. §. Lucius 1. ff. de lib. & posthum. ubi institutio facta de eo, qui conditio testamento nascetur, porrigitur ad casum, quo jam natus erat tempore conditi testamenti. *l. Gallus. 29. §. Et quid si tantum. 5. eod.* in qua pariter substitutio nepotis facta in casum mortis filii extenditur ad alium casum, quo filius emancipatur vel deportatur *l. ult. C. de posth. hered. inst. l. ult. C. de instit. & subst.*

12 Und zwar 4. nicht nur allein in substitutionibus directis, sondern auch in fideicommissariis. Enimvero & in fideicommissaria substitutione extensionem de casu ad casum, ob eandem rationem & mentem testatoris, permissam responderunt

Mar. Socin. *lib. 1. Cons. 52. n. 7.* Paris. *l. 2. Cons. 92. n. 48. & lib. 3. Cons. 50. n. 55.*

imo ob eandem rationem etiam de persona ad personam extensionem fieri posse respondit

idem Paris. *cit. Consil. 50. alleg. n. 55.*

13 Cum igitur in nostra hypothesi eadem videatur esse ratio, hincque eadem esse testatoris mens & intentio, in casu quo ob perdurantem viduitatem, conjugem ipsius sine liberis decedere contigit, quæ est in casu quo ob subsequens sterile matrimonium ea sine liberis decessisset, nempe quod nullis ex ea *extantibus liberis* testator bona sua ad *sorores suas vel illarum liberos*, quos præ aliis *dilexit*, quique & alias ab intestato quoque ipsi successissent, venire maluerit; Eapropter etiam omninò dicendum videtur, quod à casu secundarum nuptiarum & non susceptorum exinde liberorum à testatore dispositio recte fiat extensio ad casum perdurantis viduitatis & non extantium inde liberorum. Cum quælibet testatoris voluntas & dispositio, reguletur à ratione, restrictive vel extensive, prout illa vel generalis vel specialis.

Alexand. *Cons. 46. n. 6. vol. 1.* Cravetta *Cons. 245. n. 2.* Mantic. *de C. U. V. lib. 6. t. 14. n. 8.*

14 Fünfftens scheinet diese Meynung nicht wenig zu bestärcken des vornehmen JCti Alexandri ab Imola Responsum, welches er in lib. 4. Cons. 100. gegeben in casu, quo Testator Thadæum & Antonium filios suos heredes instituit, & si Antonius Bresbyter factus decessisset, eum post mortem suam portionem suam Thadæo restituere voluit, evenit autem, ut Antonius non sit factus Presbyter, sed tamen sine liberis decesserit, Thadæo superstite. Respondit scil. Alexander hoc in casu consultus Thadæum fideicommissum jure petere, & ipsi omninò deberi, tametsi relictum fuerit sub ea conditione: si Antonius frater factus fuisset Presbyter & sine liberis decessisset, eòque conditio à testatore propter aliquem affectum ex ea resultantem adjecta impleri possit per æquipollens, atque necesse non sit, ut impleatur in forma specifica, cum sufficiat, ut effectus à testatore consideratus obtineatur; Conditio vero illa Antonio adjecta, si factus Presbyter decederet &c. effectum carentiæ liberorum respexerit, cui quidem effectui locus esse potuerit, etiamsi Antonius non factus Presbyter sine liberis decesserit. Cum enim & hoc 15
nostro casu testator adjectâ conjugi conditione: Si supervivens secundas contraxerit nuptias, sed nullos inde reliquerit liberos &c. effectum defectûs liberorum ex ipsa natorum respexerit, & is etiam ex viduitate, in qua sine liberis decessit, resultaverit, itidem dicendum videtur, fideicommissô sub conditione illa relicto, ob præsentem à testatore consideratum conditionis effectum, omninò locum fore.

Und noch mehr 6. per JCti Ulpiani respon- 16
sum in

l. 22. pr. ff. ad SCt. Trebell. ubi talis proponitur casus: *Titia duos ex marito suo Cajo habens filios, Mevium nempe ac Sejum, à viro divortit, filiis in potestate ejus relictis. Postquam autem Sempronio rursus nupsisset, illum heredem instituit & rogavit, ut hereditatem liberis suis in Cajo primo marito natis post mortem patris eorum, Caji, restitueret, vel ei saltem qui ex iis supereſſet, tempore mortis dicti eorum patris. Titia mortua, Cajus pater illos emancipavit, & Sempronius illis vivo adhuc patre Cajo hereditatem restituit, decedit & alter illorum, Mevius sc. patre adhuc vivo, sed tamen mox hic eum sequitur. Inde inter superstitem Sejum portionem fratri restitutam petentem & Sempronium exorta quæstio, num rectè hic repræsentaverit s. ante diem mortis Caji restituerit hereditatem Mevio & Sejo? & resp. quod sic, nam etsi fideicommissum à matre filiis relictum in tempus mortis patris, recte tamen illud à Sempronio ipsis præstitum ante mortem patris, postquam eos vivus emancipasset, quia post mortem patris mater ipsis restitui illud voluit, ne pater inde commodum aliquod haberet, & quia non credidit patrem vivum illos emancipaturum, in tempus mortis illud non dilatura, si eum ipsos emancipaturum speraſſet.* Unde quidem Dd. colligunt istam regulam, cui præcedens Alexandri ab Imola responsum ceu fundamento innititur, quod quando aliqua conditio apposita est propter aliquem effe-

ctum ex ea resultantem, ea adimpleri possit per æquipollens, modò idem effectus sequatur. vid. Brunnem. *in d. l. 22. pr.* Alciat. *lib. 3. de V. S. n. 17. 18.* Menoch, *lib. 3. Cons. 243. n. 5. & 55.* Joh. Cephal. *lib. 4. Cons. 530. n. 10.* qui in præced. num. 9. communem Dd. opinionem esse ait, quod si testator uxori reliquerit mille, si in viduitate permanserit, & post ejus mortem alium ad dicta mille vocaverit, hic vocatus censeatur, etiamsi illa nupserit, de morte nempe eum mentionem fecisse, quia cogitavit uxorem non nupturam & sic sola morte posse desinere quantitate illa uti frui, propterea tamen noluisse excludere casum quo vidua non permaneret, de quo si cogitasset, idem specificasset.

Quibus sane consequens videtur è converso, cum hic testator uxorem ex asse heredem scripserit & post mortem ejus dimidiam bonorum partem sororibus suis vel illarum liberis restitui voluerit si uxor iterum nuberet, nullos tamen ex secundo matrimonio liberos relinqueret; iis itidem illam dimidiam bonorum partem post mortem uxoris omnino restituendam esse, utut illa non iterum nupserit, sed vidua perpetuo manserit & sine liberis vidua decesserit, quia & sic effectus, quem testator consideravit, defectus scil. liberorum, secutus.

17 Eò magis 7. quia si aliter diceremus, fideicommissum scil. tantum in casum secundarum nuptiarum relictum, si videlicet sine liberis exinde natis decederet, sequeretur illud in odium secundarum nuptiarum constitutum, quod non præsumendum, quia vel Ethnicismum vel sane Papismum saperet. Ethnici enim secundas nuptias intemperantiæ infamia laborare & insatiabilis libidinis speciem præ se ferre arbitrati, inter crimina referre ausi sunt, ut patet ex isto Martialis: Quæ nubit toties, non nubit, adultera lege est. Et illo Publii: Habent locum maledicti crebræ nuptiæ. Quorum vestigia presserunt Pontifices Romani, qui benedictione sacerdotali, quæ primò nubentibus adhibetur in Ecclesia, iteratas nuptias indignas censuerunt, sané contra illud Pauli assertum

1 Corinth. 7, 39. Rom. 7. 2. 3. 1 Timoth. 5, vers. 14.

à viduis secundas nuptias posse contrahi in domino, & juniores viduas nubere, domum administrare, nullam occasionem calumniandi adversario dare debere. Und daß der mit testirende Ehemann nicht nur allein auf den casum secundarum nuptiarum, sondern auch zugleich auf den casum perdurantis viduitatis,
18 & neutro casu exsistentiam liberorum in Ordinirung des Fideicommiss gesehen, scheinet 8. auch daraus abzunehmen seyn, daß er seine Geschwistrig simpliciter Fideicommiss-Erben nennet, sub fine Testamenti, und dabey disponiret, daß wann sich eines unterstehen sollte die Disposition zu tadeln, dasselbe sein Legat und was es weiter zu gewarten, i. e. fideicommissum suum, ipso facto verwirckt haben solle. Womit er dann Zweiffels ohne nicht nur auf den einigen casum wird gesehen haben, sonsten er wohl gesetzt hätte, was er weiter auf den Fall der wieder Verheurathung des andern Ehegemächts zu gewarten,

Worzu 9. kommt, daß ob er wohl bey der 19
Erb-Einsatzung der Frauen, als ernenneten Erbin freye Macht und Gewalt gegeben mit seinem hinterlassenden Vermögen nach Belieben zu schaffen und walten ꝛc. er doch allein auf die Disposition so inter vivos geschiehet, reflectirt, und dieselbe nur, keines wegs aber die Macht davon zu testiren und einig letzten Willens Verordnung aufzurichten, concedirt. Woraus abermalen zu folgen scheinet, daß seine Intention, Will und Meynung gewesen, daß was sie überlassen würde, nach ihrem Tod zum halben Theil auf seine Geschwistrig oder deren Kinder, zum halben Theil aber auf ihre Freunde, weme sie es davon am liebesten gönnete, erblich kommen und fallen sollte, wann sie nemlich ohne Kinder die Welt gesegnete, es geschehe solches daher, daß sie im Witwen-Stande bliebe, oder sich anderwärts verheurathete, keine Kinder aber ausser der andern Ehe erzeugete. Daß er aber 20
ihro nur die Macht inter vivos frey de bonis suis zu disponiren concedirt, ergibt sich dem Ansehen nach daraus, daß die von dem testatore gebrauchte Worte: verkauffen, vertauschen, verschencken, lauter solche Worte seyn, die ad contractus & actus inter vivos gehören, und bey lebendigem Leibe geschehen und ins Werck gerichtet werden, ad jus testandi aber nicht können referiret werden. Verba enim contraxerunt, gesserunt non petinent ad testandi jus

l. 20. de V. S.

& inter actus inter vivos & actus morientium s. ultimas voluntates magna est differentia

l. f. ff. commun. prædior. c. cum dilecti. in fin. de donat.

Et licet sequatur clausula generalis: und 21
sonsten damit schaffen, walten, thun und lassen solle ꝛc. quæ videtur ampliare prædicentem enumerationem specierum, tamen & ejusmodi generalitas ex præcedenti specierum enumeratione declaranda videtur, ut comprehendat casus similes expressis, juxta

l. fin. §. fin. ff. de trit. vin. & ol. leg. c. sedes. de rescript. clem. non potest. eod. tit.

Wie scheinlich aber theils deren ange- 22
führten Ursachen seyen, so mögen sie uns jedoch in vorangezeigter unserer rechtlichen Meynung nicht irr machen. Anerwogen 1. der mittestirende maritus Joh. Jacob. N. in dem articulo octavo mutui Testamenti seine Hausfrau Annam Magdalenam pure, sine ulla temporis aut diei, conditionis ac modi adjectione, ex asse zu seiner einigen wahren unzweif-

zweiffelichen und gewissen Erbin aller seiner liegend und fahrender Haab und Güter ernennet und eingesetzet, so daß sie alles und jedes, was über Entrichtung der Schulden und vermachter Legaten vorhanden und bevor, nichts davon ausgenommen, NB. **eigenthumlich**, ohninventirt, inhaben und behalten, davon verkauffen, vertauschen, verschencken, auch sonsten damit schaffen, walten, thun und lassen solle, nach ihrem freyen und selbst wohlgefälligem Belieben.

23 2. in articulo sequenti nono disponirt: Im Fall aber seine liebe Hausfrau wiederum zur anderwärtigen Verheurahtung schreiten sollte, so sey sein NB. **ausdrücklicher Will und Befehl**, daß sie alles Vermögen ligends und fahrends, den Land-Rechten gemäß, ordentlich inventiren lassen solle, damit man wissen möge, ob in solcher anderwärtiger Ehe etwas eingebüßt oder errungen und gewonnen worden, und also solch ander Ehegemacht, ob es gleich vor oder hernach verstürbe, wissen möge was ihme zu seiner rechtmäßigen Erbsgebühr betroffen.

24 3. in sequenti artic. decimo versehen und geordnet: Würde sie dann ohne eheliche in anderer Ehe erzeugte Kinder, auch die Schuld der Natur bezahlen, so sey sein Will, wolle auch besagter seiner lieben Hausfrauen befohlen haben, daß forderist dasjenige, so ihrem andern Ehegemahl obgemeldter massen, den Land-Rechten gemäß, gebühren werde, sie auch ihme etwann Testaments oder donations weiß verschaffen möchte, ersetzt, alles übrige Vermögen aber für ihrer beeder gemein Gut gehalten: also daß weder Zubringen noch Errungenschafft in Acht genommen werde, und über Abzug erstgemeldts des andern Ehemanns Erbsgebühr, *der halbe Theil des gantzen Vermögens für seine, die andere Helffte aber für der Frauen Verlassenschafft gehalten werden solle, welcher halbe Theil* **alsdann** auf seine beyde vorernannte (und in art. 3tio mit einem Legat bedachte) Schwestern oder deren Kinder, auf Maaß und Gestalt, wie vorerwehnt (bey dem Legato in dicto art. tertio, daß sie nemlich allwegen in ihrer Mutter statt anstehen, und ihr seyen viel oder wenig, mehr nicht empfangen, dann wann die Mutter noch selbsten gelebet hätte) erblich kommen und fallen solle.

25 Woraus dann II. unsers Ermessens, der gesunden Vernunfft nach, nicht anders kan geschlossen werden, als daß der articulus octavus Testamenti, darinn der maritus uxorem pure & ex asse obvermeldter massen zur Erbin ernennt und einsetzt, daß sie nemlich alles, was über Abstattung der Schulden und Legaten bevor, nichts davon ausgenommen, eigenthumlich, ohninventirt inhaben, behalten, damit nach ihrem Belieben, schaffen und walten, thun und lassen solle, von dem Fall des unveränderten Witwenstands rede, gestalten demselben in sequenti articulo novo der widrige Fall des veränderten Witwenstands und anderwärtigen Verheurahtung entgegen gesetzt per particulam adversativam, aber, initio statim positam, cujus natura est adversari præcedentibus in facto & jure, & sic denotat alium contrarium, vel diversum saltem casum, ac amplius importat, ut uno casu existente vel plane non, vel saltem non per omnia, locum habeat dispositio facta in alio.

Gloss. & Bartol. *in l. hoc amplius. 9. §. de his autem. 1. ff. de damn. infect.* Bart. Bald. & Zach. *in l. si ita scriptum. 13. de liber. ex posth.* Corneus. *vol. 1. Cons. 94. num. 16. & vol. 3. Cons. 186. n. 5.* Strauch. *Lex. partic. jur. voc. autem. n. 1.* & ibi allegati.

26 Wie sich auch ein solches allhier ex ipsius testatoris dispositione klar ergibt. Denn wie dieses zwey unterschiedliche von dem Testatore abgesonderte Fälle seyen, viduitatis nempe in art. 8. & secundarum nuptiarum in art. nono Testamenti consideratus, also hat III. auch ein jeder seine unterschiedliche und besondere klare Versehung; Die Versehung des ersten Falls hält in sich, daß des Testatoris Hausfrau, als ernennte Erbin, alles was über Abstattung der Schulden und Legaten übrig seyn werde, nichts davon ausgenommen, eigenthumlich, ohninventirt inhaben und behalten, davon verkauffen, vertauschen, verschencken, auch sonsten damit schaffen und walten, thun und lassen solle, nach ihrem freyen und selbst wohlgefälligen Belieben. Hergegen ist im andern Fall art. 9. ausdrücklich versehen, daß sie, wann sie zur anderwärtigen Verheurahtung schreitet, alles vorhandene vermögen ligends und fahrends den Landrechten nach ordentlich inventiren lassen solle ꝛc. Et art. 10. daß wann sie dann ohne eheliche in anderer Ehe erzeugte Kinder auch die Schuld menschlicher Natur bezahlen würde, so sey sein Will, wolle auch ihro befohlen haben, daß vorderist ihrem andern Ehegemahl seine Erbsgebühr, und was sie ihm weiter gegönnt, ersetzt: alles übrige Vermögen aber für beeder tistirender Eheleut gemein Gut gehalten, und davon der halbe Theil für sein, des Manns, der ander halbe Theil aber für ihr, der Frauen Verlassenschafft geachtet werden solle, und jener halbe Theil alsdann auf seine, des Testatoris Schwestern oder deren Kinder, auf Maaß und Weis wie vorerwehnt, i. e. in duas partes æqualis, erblich kommen und fallen solle. Denn daß der artic. decimus Testamenti mit dem immediate præcedenti nono conhærire, also einig ad casum secundum, iteratarum scil. nuptiarum, gehöre, und das in solchem Articul constituirte Fideicommiss. allein auf den Fall, wann sich die hinterlassende Wittib wiederum verehlichen, und ohne aus solch anderer Ehe erzeugte Kinder absterben werde, den Worten nach geordnet, ergibt sich vielfältig aus demselben, massen erstlich darinn gleich anfangs fürkommt die Particula **dann**, quæ continuationem sermonis de secundo casu in præcedenti articulo cœpti

denotat, seu proximum præcedentem nonum articulum sequenti decimo & hunc illi iterum copulat.

Besold. *in Thes. Bact. d. voc.* dann.

28 Zweytens hat der Buchstab der Condition, sub qua das Fideicommiss geordnet, ausdrucklich: Wurde sie **dann** (cum ad secunda vota scil. transiit, per modo dicta & quia alias frustra adderentur, quæ sequuntur) **ohne eheliche in anderer Ehe erzeugte Kinder** auch die Schuld der Natur bezahlen ꝛc. und erfordert also copulative zwey requisita, daß das Fideicommiss statt finde, nemlich subsequens matrimonium & defectum liberorum ex subsecuto secundo matrimonio, quia conditio uni adjecta natura sua est individua, nec scindi potest aut debet.

l. 56. ff. de condit. & demonstr. verb. *in eo vero, quod uni sub conditione legatum, scindi ex accidenti conditio non debet.* ibi Brunnem. *num. ult.*

29 Drittens gibt der gantze Context, daß allda specifice geredt werde de casu, da sich des Testatoris verlassende Wittib werde wieder verheyrahtet, und keine Kinder von dem andern Manne erzeugt hinterlassen haben, uti patet ex verbis: Das jenige so ihrem andern Ehegemahl obgemeldter massen (scilic. in articulo præcedenti nono, stant enim verba hæc repetitive ad ea, quæ in proxime art. octav. aut alibi dicuntur, plane non referri possint.

Bartol. *in l. si idem. 11. de jdict.* Strauch. *Lex. part. jur. voc. supra*)

gebühren wird & verbis: über Abzug erstgemeldtes des andern Ehemanns Erbgebühr ꝛc.

30 Viertens ist zu notiren circa finem hujus articuli das Wörtlein **alsdann**, welches so viel ist als im Latein tunc vel tunc demum illo casu &c. & vim restrictivam habet

Alciat. *vol. 9. Cons. 44. num. 47.* Decian. *vol. 2. Resp. 13. n. 31.*

ita, ut quemadmodum vocula hæc tempori futuro adjecta, tempus illud restringit, sic casui addita, dispositionem ad casum formaliter expressum restringat

Bartol. *in l. si his legatum. 4. §. si ita scriptum. 1. ff. de condit. & demonstr. & in l. in substitutione. 31. ff. de vulg. & pup. subst.* Tib. Decian. *vol. 1. cons. 1. num. 26.* Alciat. *vol. 9. Cons. 71. n. 17.* Cephal. *vol. 3. Cons. 329. n. 31.* Strauch. *Lex. part. jur. voc. Tunc*, ibique magno numero alleg.

31 uti eam dispositionem limitare & ad solum illum casum, qui expressus est, præcise restringere, in Sacro Concilio Neapolitano decisum esse, refert

Fr. Vivius ab Aquila *dec. 513. n. 4. alleg.* Vultej. *vol. 4. Cons. Marpurg. 21. n. 14.*

atque in terminis fideicommissum limitare, ita, ut testatoris dispositio extra casum, in quo loquitur, non facta censeatur, respondit

Dec. *Cons. 336. n. 2. in fin.* alleg. Besold. *voc. auf dem Fall*

also auch daraus ferner abzunehmen, daß der Testator N. das Fideicommiss allein in casum secutarum secundarum nuptiarum & inde non exstantium liberorum de quo in hoc articulo decimo ipsi sermo, **verordnet habe.**

Und daß es den Buchstaben und Worten 32
nach allein auf den Fall ihr der Witwen anderwärtige Verheyrahtung und Absterben ohne außer der andern Ehe erzeugten Kinder verordnet sey, wird verhoffentlich niemand leichtlich abläugnen.

Daß aber das ausgeführter massen den Buchstaben und Worten nach, in hunc casum **allein verordnete** Fideicommiss, ex con- 33
jecturata testatoris mente, **auch** in alterum casum perdurantis viduitatis & inde non existentium liberorum **nicht zu extendiren, ist ebenmäßig unschwehr zu erweisen, denn zugeschweigen** IV. quod testator haud præsumatur voluisse quod non disposuit, vel verbis expressit imo quæ non disposuit, noluisse potius præsumatur

per l. Labeo. 7. §. 2. ff. de suppell. leg. l. 1. §. 11. vers. Sin autem deficientis. C. de caduc. toll. ut consulti quoque responderunt Dec. *Cons. 36. n. 3. & Cons. 89. n. 2.* Paris. *vol. 3. Cons. 3. n. 18.* Decian. *vol. 2. Resp. 3. n. 4.* Klock. *tom. 3. Cons. 103. n. 98. seq.*

quia utique expressisset, si voluisset

c. 2. x. de translat. Episcop. c. ad audientiam x. de decim.

dum ergo non expressit, cum facile potuisset, noluisse videtur

Gœdd. *Consil. Marp. vol. 3. Cons. 27. n. 35.* Dec. *vol. 1. R. 12. n. 39.* Socin. Jun. *vol. 1. cons. 128. n. 49.* Ceph. *1. cons. 46. n. 81.*

Ut sic, quod testator non dixit nec nos dicere debeamus

arg. l. si servum. 71. §. non dixit. Præt. 5. ff. de acquir. vel omitt. hered. l. commodissime. 10. ff. de lib. & posth. Cothmann *vol. 5. Resp. 7. n. 158.*

Quo argumenti genere tanquam efficacissimo usi sunt

Bald. *vol. 1. Cons. 202.* Alex. *vol. 3. Cons. 5. n. 5.* Decian. *vol. 2, Resp. 2. n. 44.* ubi ex eo, quod verosimile non est, quod cum testatori duobus in locis occasio fuerit oblata addendi aliquod verbum ex quo tertius casus, de quo dubitabatur, decidi potuisset, & id non fecerit, argumentatur & concludit, mentem illius testatoris ex hoc ipso satis esse declaratam, quod noluerit alium casum considerare. Faciunt eo, quæ noviter scripsit Hartm. Pistor. *l. 4. q. 9. num. 58. seqq.*

So ist, V. daß dieses des Testatoris **Will** 34
und Meynung gar nicht gewesen, daß seine Hausfrau, wann sie im Witwenstande verbliebe, mit dem Fideicommiss auch beschwehrt

seyn

seyn sollte, sondern, er vielmehr gewolt, daß in casu perdurantis viduitatis die fideicommissaria substitutio seiner Schwestern oder deren Kinder gäntzlich cessiren und seine Hausfrau, als ernennte und instituirte einige Erbin aller seiner Verlassenschafft dieselbe pleni, perpetui & in heredes suos transitorii dominii jure behalten sollte, in allwege ex eo zu vermuthen, weil er in hunc casum seinen Geschwistrigen sein zum dritten Theil ererbtes Väter- und Mütterliches Erbgut an ligenden Gütern, oder an derselben statt, 1000. fl. legirt, und seine Wittib hunc in eventum mit sothanem Legato beschwehrt hat, dahero nicht zu præsumiren, daß er sie noch dazu mit dem Fideicommiss auch beschwehren wollen, est enim commune juris principium, quod testator præsumatur velle minus gravare heredem, quam est possibile

text. *in l. unum ex familia. 67. §. sirem. 8. ff. de legat. 2.* cum similibus. Mant. *de conj. ult. vol. lib. 7. tit. 1. n. 9.* Marzar. *de fideicomm. p. 2. n. 6.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 10. num. 25. præs. 66. n. 4. præs. 150. n. 8. & præs. 132. n. 2.* Intrigliol. *de subst. q. 75. n. 10. cent. 2.*

35 Zumahlen läßt VI. die in casum perdurantis viduitatis besonders art. 8. beschehene Versehung nicht zu, ulla ratione zu præsumiren, daß der Testator wollen, daß auch eo casu auf seine Geschwistrigen oder deren Kindern nach seiner hinterlassenden Witwen Tod der halbe Theil des Vermögens erblich kommen und fallen sollte. Denn er sie seine viduam ja in istum casum dergestalten sine ulla substitutionis cujuscunque facta mentione, instituirt, daß sie seine wahre unzweiffeliche einige Erbin aller seiner ligend und fahrender Haab und Güter, so viel über Entrichtung der Schulden und obspecificirter Legaten vorhanden und bevor seyn werde, nichts davon ausgenommen, seyn soll, dergestalten und also, daß sie solches eigenthumlich, ohninventirt inhaben und behalten, davon verkauffen, vertauschen, verschencken, auch sonsten damit schaffen, walten, thun und lassen möge nach ihrem freyen und selbstwohlgefälligen Belieben; da die verba dergestalten und also, determinatum modum factæ institutionis cum certa qualitate notiren, welcher denn darinn bestehet, daß sie also seine Erbin seyn solle, daß sie das gantze Vermögen, so über Entrichtung der Schulden und Legaten vorhanden seyn werde, solle eigenthumlich ohninventirt inhaben und behalten, davon nach ihrem freyen und selbstwohlgefälligen Belieben verkauffen, vertauschen, verschencken, auch sonsten damit schaffen, walten, thun
36 und lassen, welcher determinirte modus kein Fideicommiss ex tacita mente testatoris zu præsumiren zuläßt, sondern vielmehr gäntzlich excludiret, gestalten die durch einen letzten Willen beschiedene und verfangene Verlassenschafft nicht des heredis fiduciarii freyes Eigenthum, sondern ein verbundenes und gleichsam fremdes Gut, welches den heredibus fideicommissariis also verbunden, daß es ihnen nicht mehr entwendet werden mag. Ita enim expresse Justinianus Imp. bona fideicommisso obnoxia res alienas appellat

in l. penult. §. 2. C. commun. de legat. ubi sic ad verbum Imp. *nemo heres ea quæ per legatum, vel pure vel sub certo die relicta sunt, vel quæ restitui aliis disposita sunt vel substitutioni supposita, secundum veterem dispositionem, putet in posterum alienanda, sed sciat hoc, quod alienum est, non ei licere, utpote* (i. e. quasi) *sui patrimonii existens alieno juri applicare: quia satis absurdum est & irrationabile, rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios transferre & alienam spem decipere.*

& æs alienum vocantur

in l. pater filium. 54. ff. ad L. Falcid.

ac fideicommissum tale æris alieni loco deducitur

l. 8. C. eod.

indeque frustra, i. e. absque commodo ei, cui debetur, relinquitur ab eo, qui debet,

l. 67. pr. §. 1. de legat. 2. JCti Argent. *vol. 1. Cons. 94. n. 3. seq.*

& prohibitio alienationis ipsi tacite regula- 37
riter inest ex ipsa ejus constitutione.

l. Marcellus. 3. §. res quæ. 3. ff. ad SCt. Trebell. d. l. fin. & Auth. res quæ. C. comm. de legat. Knipschild. *de fideicomm. fam. nobil. c. 11. n. 6.* Menoch. *de præsumpt. l. 4. c. 188. n. 1.* Decian. *vol. 3. Resp. 78. n. 22.* Klock. *tom. 3. Cons. 103. n. 190.*

& quantumvis à testatore interdum rerum restitutioni fideicommissariæ obnoxiarum alienatio permittatur

Decian. *vol. 3. Resp. 78. n. 50.* Menoch. *d. præs. 188. n. 5. seq.* Knipschild. *de fideicommiss. fam. nobil. c. 11. n. 476.*

non tamen plane libera alienandi facultas concessa intelligitur.

Knipschild. *d. c. 11. n. 478. seqq.*

Atque hinc fideicommissarius etiam regulariter præter cautionem de præstando fideicommisso, inventarium ab herede pravato exigere potest, etsi vel nulla adversus eum suspicionis causa existat.

Ant. Faber. *Cod. Sabaud. lib. 6. tit. 25. d. 25.* Carpzov. *p. 3. c. 8. d. 39.* Peck. *de test. conj. l. 4. c. 24. n. 3. seqq.* Mev. *ad Jus Lub. p. 2. tit. 1. art. 10. n. 16. seqq.*

Demnach, weil hier des Hrn. Testatoris N. Verlassenschafft in casu perdurantis viduitatis seiner Wittib in artic. octavo Testamenti solcher Gestalt deferirt worden, daß sie dieselbe eigenthumlich (i. e. pleni, liberi & irrevocabilis dominii jure, hoc enim vocabulum hoc importat in potiori suo significatu, in quo vocabula semper sunt accipienda, velut in specie decidit

Wesemb. *Cons. 2. n. 76. per l. si minor. ff.*

de evict. add. Cothmann. *vol. 5. Resp. 10. n. 191. 192. 193.* ubi itidem ex ibi à testatore usurpato verbo zueignen concluditur, Fideicommissum nullum relictum.)

und ohninventirt behalten, davon auch nach freyem selbstwohlgefälligem Belieben verkauffen, vertauschen, verschencken, und sonsten damit schaffen, walten, thun und lassen solle: also ihro liberrima potestas non tantum inter vivos, sed etiam in ultimis voluntatibus davon zu disponiren gegeben,

per ea, quæ tradunt Antecessores nostri ap. Simon. Pistor. *Cons. 20. n. 30.* post Mod. Pistor. *Consil. vol. 1.* & ipse Mod. Pistor. *d. vol. 1. Cons. 31. n. 12.* Decian. *vol. 3. Resp. 78. n. 19. seqq.* qui n. 21. ait, neminem in eo contradicere, quod concessa simpliciter alienatione, censeatur etiam concessa alienatio per ultimam voluntatem. Menoch. *lib. 3. Cons. 210.* qui plures in eam sententiam adducit rationes & Authores.

Kein Fideicommiss in eo ipso casu, ex tacita testatoris mente geordnet zu seyn, oder auch dasjenige so in casum secundarum nuptiarum & non exstantium inde liberorum constituirt, auf den Casum perdurantis viduitatis gemeynet zu seyn, kan præsumirt werden.

38 Um so viel weniger VII. weil die particula alsdann, so bey den verbis, quibus in casu secundarum nuptiarum articulo decimo Fideicommissum constitutum, & quæ illud inducunt, voran stehet, nicht nur die verba, sondern auch mentem, quæ verbis proditur, restringiret, und anzeiget, daß es nicht nur den Worten sondern auch des Testatoris Willen und Meynung nach, allein in dem casu, de quo ille & immediate præcedens articulus nonus loquitur, iteratarum scil. nuptiarum, & non exstantium inde liberorum, geord-

39 net sey, und, (quia particula ista simul sua natura extremitatem temporis denotat

c. quam sit. ubi Glossa ad verb. *Ex tunc. de elect. in 6.* Decian. *volum. 1. Resp. 1. num. 192.*

& ad conditionis eventum trahitur.

Innocent. *in c. præterea. de appell.* Klock. *tom. 3. Cons. 114. n. 37. 38.*)

nicht ehe statt habe oder finde, biß die anderwärtige Verheyrathung geschehen, und daß keine Kinder aus solch anderer Ehe erzeugt, sich ereiget, also die conditio, sub qua constitutum, quæ hæc: So sie (testatoris scil. uxor) ohne eheliche in anderer Ehe erzeugte Kinder die Schuld der Natur bezahlen wird ꝛc. quoad utrumque, subsequens scil. matrimonium, & defectum liberorum inde speratorum, gäntzlich erfüllet. Est enim ea conditionis natura, ut prius impleri quam commodum ex ea quæri debeat

l. Thais. 41. §. Stichus. ff. de fideicomm. libert. cum simil. vulgat.

& quidem in solidum, non particulariter, cum conditiones sint individuæ

l. cui fundus 56. ff. de condit. & demonstr. l. in executione. 85. §. pen. de verb. obl. Kellenbenz. *de renunciat. qu. 21. n. 9.* Klock. *tom. 3. cons. 150. n. 79.*

ac formaliter, specifice & præcise, seu ad unguem, prout verba testatoris sonant, si præsertim voluntaria i. e. libera testatoris voluntate adjecta sit conditio, ut hæc est

l. Mevius. 55. l. qui heredi. 44. pr. de condit. & demonstr. Franzk. *ad L. Gallus. Disp. 3. membr. 1. sect. 4.* Klock. *d. l. n. 78.* Decian. *vol. 2. Resp. 3. n. 45. vol. 3. Resp. 84. n. 1.*

ita ut ea non impleta in ea forma, quam verba concipiunt, deficiat dispositio, & quidem ipso jure.

l. ex facto. 17. §. si quis autem suscepe-rit. 7. ff. ad SCt. Trebell. l. cum avus. 102. ibi: *conditionem fideicommissi defeciss e. ff. de cond. & dem. l. generaliter. 6. vers. cum autem.* ibi: *evanescere substitutionem. C. de instit. & substit.* Decian. *vol. 1. Resp. 1. n. 192.* Klock. *tom. 3. cons. 103. n. 41. 42.*

in conditionibus voluntariis enim merum factum inspicimus an verbis congruat, neque curandum an sortiatur juris effectum

l. filiusfam. 114. §. cum erit. 13. ff. de leg. 1.

Et ipsæ conditiones prout ruditer concipiuntur, ita & ruditer atque ad literam impleri debent, cum à verbis testatoris in dubio recedendum non sit.

l. non aliter. 69. de leg. 3. Tib. Decian. *d. vol. 1. Resp. 1. n. 4. 5.*

VIII. Ist auch, daß dieses des Testatoris 40 Will und Meynung nicht gewesen, daß das Fideicommiss in utroque casu statt haben sollte, sondern er vielmehr gewollt, daß es allein in dem Fall, darinnen ers den Worten nach geordnet, obteniren sollte, daraus zu colligiren, daß in casu converso des Vorabsterbens der Frau Mittestirerin vor ihm dem Manne, er von ihr in casu perdurantis viduitatis iisdem formalibus, mit denen sie von ihm, zum Erben instituirt in art. Testam. decimo quinto: in casu der Wiederverheyrathung aber von ihr ihme auch art. 16. ebenmäßig anbefohlen ordentlich inventiren zu lassen, und wo er dann aus solch anderer Ehe erzeugte Kinder haben sollte, art. 17. injungirt, denen vier R. Kindern zu den vor legirten 2000 Gulden noch ferner 1000 Gulden zu erstatten, wofern er aber keine Kinder hinterlassen, wurde er auch von ihro gleicher Gestalt mit einem solchen Fideicommiss gravirt, daß über Abzug der andern Ehefrauen Erbs-Portion und was er ihr sonst geschenckt oder verschafft, das Vermögen in zwey gleiche Theil getheilet, und der eine davon alsdann den R. restituirt werden solle ꝛc. da niemand sagen wird, daß er der Mann in primo casu, viduitatis, noch auch in secundo, repetitarum nuptiarum, si exinde liberi extitissent, fideicommisso gravirt, sondern wird ein jeder gestehen müssen, daß solches allein in casu reiteratarum nuptiarum & inde non exstantium liberorum geordnet

und

und gemeinet. Dahero dann præsumptive folget, daß auch er der mittestirende Mann sie die Frau nur in illo casu reiteratarum nuptiarum & inde non exstantium liberorum mit dem in eodem geordneten Fideicommiss gra-
41 viren wollen. Nam utut non in quovis Testamento mutuo præcise servanda sit æqualitas inter Conjuges, uti imperite à nonnullis existimatum est, quos reprehendit

Berlich. *p. 1. dec. 91.* Carpzov. *p. 3. c. 2. d. 6. n. 21.* Mev. *ad Jus Lub. p. 2. tit. 1. art. 10. n. 7.*

Hic tamen eam hos conjuges servare studuisse, satis superque ex circumstantiis patet, & extra dubium versatur, eos ideo testamentum hoc reciprocum fecisse, ut unus ab alio heres scriberetur, & uxorem maritum contemplatione consentientis secum in unum voluntatis maritalis, heredem ita instituisse & onerasse, atque adeo testamentum ipsorum correspectivum esse, cui consequens jam est, illud quod uni inest, alteri quoque inesse

l. 20. ff. de vulg. & pup. subst. l. 134. §. idem respondit. ff. de V. O. l. 5. §. 6. ff. de edend. l. si ventri. 24. §. in bonis. 2. ff. de reb. author. jud. possid. Tiraq. *ad l. si unquam. in verb. donatione largitus. n. 117.* Berlich. *p. 2. dec. 157. n. 8.* Carpzov. *p. 2. c. 33. d. 5. n. 12.*

ita ut ex uno sumatur argumentum & interpretatio ad aliud.

Dec. *cons. 245. & cons. 336.* Card. Tusch. *lit. I. concl. 81. n. 9.*

42 Welche des mittestirenden Mannes Intention IX. die Frau wohl, ja am besten, gewußt, und solche in ihrem Anno 1668. nach des Mannes Tod aufgerichteten ersten Testament klar und ausdrücklich dahin geditten, daß sie vermög des in Anno 1662. mit ihrem Manne aufgerichten Testamenti mutui befugt, mit allem besitzenden von GOtt bescherten Vermögen, ohn männiglichs Einred, frey zu schalten, zu walten, und nach Belieben davon zu disponiren, wie aus ihren in facti specie angezogenen Worten zu sehen. Welche ihre, als der zugleich mittestirenden Person und mutuo instituirten Erbin Declaration dann nicht gar zu verwerffen, cum & ipsa lex quandoque heredi instituto declarationem voluntatis defuncti permittat, quando scil. ex ea nemo patitur detrimentum, licet lucrum, quod quis posset fortassis consequi, amittat.

l. Idem Julianus §. scio. de leg. 1. l. si quis servum. 8. §. si inter duos. 3. de leg. 2. Mantic. *de conj. ult. vol. lib. 3. tit. 1. n. 25.* Decian. *vol. 1. Resp. 1. n. 310. 311.*

43 Um so viel mehr X. weilen der mehrer Theil bewährter Rechts-Lehrer schliesset, quod semper in dubio, (nedum in casu claro, perspicuo & apetto,) fieri debeat interpretatio contra fideicommissum, ita ut potius removeatur, quam inducatur. Testator enim heredem vocatum liberæ successionis commodo affi-cere, & non onere aliquo gravare voluisse præsumitur.

Mantic. *de conj. ult. vol. lib. 7. tit. 1. n. 11.* Menoch. *lib. 4. præs. 67. n. 1. 2. seqq.* Marzar. *de fideicomm. p. 2. n. 5. seq.* Peregrin. *de fideicomm. art. 1. n. 23.* Fusar. *de fideicomm. substit. p. 1. qu. 29. n. 1. & per tot.* Ant. Faber. *l. 6. tit. 18. d. 4. n. 10. & def. 25. n. 10.* Cavalc. *Dec. Fiviz. 81. n. 54. & dec. 82. n. 16. p. 3.* Klock. *tom. 3. cons. 102. n. 155. & cons. 103. n. 106.* ubi plures alii allegantur, qui ita responderunt.

Est vero fideicommissum omnino onus & servitus, ideoque certo respectu odiosum, vid. Knipschild. *de fideicomm. fam. nobil. c. 7. n. 92.* Vincent. Fusar. *de fideic. substit. q. 290. n. 1.* Vultej. *vol. 1. Cons. Marp. Cons. 29. n. 132.* Dec. *Cons. 465. n. 14.*

ac nisi liquido vel ex verbis vel ex probabili aliqua conjectura constet relictum esse, haud statuendum.

Mant. *d. l. 7. tit. 1. n. 41.* Hunn. *Encycl. Jur. Univ. part. 4. tit. 24. c. 1. n. 16.*

Und XI. in fideicommissis generalis ac fe- 44
re perpetua regula ist, nunquam debere meliorem esse conditionem ejus personæ, quæ minus dilecta fuit,

l. Publius. 36. §. 1. ff. de condit. & dem. Faber. *lib. 6. t. 20. d. 14. n. 9.* Carpz. *p. 3. c. 8. d. 9.*

der Herr Testator aber per expressam conditionem fideicommisso adjectam, nemlich wann sie seine hinterlassende Wittib ohne Kinder aus anderer Ehe erzeugt die Schuld der Natur bezahlen würde, daß alsdann der halbe Theil des Vermögens auf seine Schwestern oder deren Kinder erblich kommen sollte ꝛc. genugsam zu verstehen gegeben, daß er auch die von ihr seiner Frauen in anderer Ehe erzeugte Kinder mehr geliebt als seine Geschwistrige oder deren Kinder. Woraus denn zu colligiren, daß er noch mehr die Frau selbst geliebt, juxta regulam: Propter quod unumquodque tale est, illud multo magis tale est.

arg. l. dotem. 6. de collat. bon. l. 220. in fin. de V. S. Dan. Otto. *Dial. Jur. lib. 1. cap. 7. reg. 5.*

& id merito, cum amor uxorius cæteros omnes superare debeat, propter illud DEI Opt. Max. oraculum: relinquet homo patrem suum & matrem & adhærebit uxori suæ & erunt duo in carne una, quod extat Genes. 2, 24. & repetitur *Matth. 19. Marc. 10. Ep. ad Eph. 5.* In quam etiam sententiam est illud

Propertianum *lib. 4. Omnis amor magnus, sed aperte in conjuge major.*

deßwegen er sie auch zur einigen Erbin aller seiner Verlassenschafft eingesetzt, die Geschwistrig aber nur mit einem Legat bedacht, quod iterum manifestum prædilectionis est indicium, qui enim testamento magis honoratus, magis etiam à testatore dilectus censetur.

Mascard. *de probat. concl. 67.* Fusar. *de substit. qu. 468. n. 8.*
magis autem honoratus est indubie, cui plus honorabiliori institutionis titulo relictum.
Mantic. *de conject. ult. vol. lib. 6. tit. 11. n. 24.*

45 Hat er nun in casu, da die Frau aus anderer Ehe Kinder erzeugt hätte, nicht gewollt, daß das Fideicommiss statt finde, wie dieser sein Will aus der dem Fideicommiss angehängten Condition überflüßig abzunehmen, so hat er Zweifels ohne noch weniger gewollt, daß da sie im Wittwenstand bliebe, solches statt haben sollte, sondern hat sonder Zweiffel mit der freyen in hunc casum geschehenen Institution die wittfrauliche Ehr, Lieb und Reverentz, die sie ihme ihrem verstorbenen Ehemanne damit anthäte, remuneriren wollen. Constat enim, uxorem mariti familiam, honores, privilegia omnemque dignitatem assumere
l. mulieres. 13. C. de dignit. l. fœminæ. 8. ff. de senat.
& viduam defuncti mariti nomen & dignitatem retinere,
d. l. 13. C. de dignit. ibique Brunnem. *n. 4.* Bartol. *in l. f. C. de V. S.*
ac non nubendo honorem ei exhibere, è contrario vero transeundo ad secunda vota eum vel ossa ipsius contristari
Nov. 2. c. 3. Nov. 22. c. 43.
imo quamdiu statum vidualem servat, in eodem matrimonio perseverare dici.
l. fin. C. de bon. matern. l. fin. C. de V. S. l. de emancipatis. 13. §. 1. ibi: *priorem thorum servaverit. C. de legit. hered.* Corn. *vol. 1. Cons. 52.*

46 Aus welchem allen zur Genüge erscheinet, daß das Fideicommissum quæstionis weder den Worten, noch auch des Testatoris Willen und Meinung nach in casum perdurantis viduitatis, & inde non exstantium liberorum geordnet, ist dannenhero citra imo contra ipsius testatoris intentionem ac voluntatem darauff nicht zu extendiren, quia dispositum in uno casu, in quo fit stricta interpretatio, ad alium, similem etiam effectum habentem, minime extendi debet.
Grot. *in l. Gallus. §. & quid si tantum. ff. de lib. & posth.* Menoch. *Cons. 243. n. 20.*
maxime in substitutione fideicommissaria, & quidem (ut hic) verbis restrictivis facta, tunc enim nullo modo conceditur extensio a casu dispositio ad alium,
Menoch. *d. Cons. 243. n. 34. seqq.*
sondern bey dem declarirten Willen zu verbleiben. Defuncti enim voluntatem tanquam dominam & reginam semper attendendam, textus sunt in
l. in conditionibus. 19. de condit. & demonst. l. servus. plur. 50. §. fin. ff. de leg. 1. l. 3. C. de lib. præter. l. pen. C. de necess. her. inst. ubi Baldus scribit: *Sicut venator leporem sequitur, ita judicem sequi debere voluntatem defuncti.*
neque ultimam hominis voluntatem ultra quam ipsa est a testatore declarata, extendendam consuluerunt
Socin. Jun. *Cons. 181. n. 79. vol. 2.* Dec. *Cons. 205. n. 9. & Cons. 248. n. 7.* Alciat. *Cons. 548. n. 4.*

Und hat deme nach, weil sich nicht der casus, 47
in quem illud à Testatore relictum est, iteratarum sc. nuptiarum & non relictorum inde liberorum, sondern der casus perdurantis viduitatis begeben, des Testatoris hinterlassene Wittib gut Fug und Recht gehabt von dem gantzen Vermögen pro lubitu zu testiren.

Ob nun wohl aus diesem ausgeführten 48
und dabey allegirten Rechten und Rechtslehrern obige dubitandi rationes von selbst könnten widerleget werden, wollen wir doch zum Uberfluß dieselbe nacheinander durchgehen, und auf jede absonderlich die behörige Antwort geben.

Was demnach die Erste dubitandi ratio- 49
nem belangt, so gehet dieselbe an in casu dubio, ubi verba testatoris probabilem recipiunt dubitationem; Wir versiren aber hier in casu, da der Testator seinen Willen mit klaren Worten, so gar keinen Zweiffel haben, declarirt, vid. ratio decid. 1. 2. 3. & 6. Ab his igitur non est recedendum, cum de clara mente in contrarium non constet
l. non aliter. 69. l. ille aut ille. 25. §. cum in verbis. 1. de leg. 3. Jason *in l. si ancillas. in fin. de leg. 1.*
Præstat enim inhærere verbis certis & claris, quam menti imaginariæ & non certæ.
post Bald. Tiber. Decian. *vol. 3. Resp. 10. n. 72.*
Certius siquidem argumentum voluntatis nostræ non est, quam verba cujusque, ea ergo ubi clara, conjecturis non est dandus locus.
d. l. 15. §. 1. de leg. 3. Klock. *tom. 3. Cons. 103. n. 119.*
Quod eleganter extulit Cicero: Neque oportet, inquiens, de ejus voluntate nos argumentari, qui ne id facere possimus, Judicium nobis reliquit suæ voluntatis.
Nec contra certam claris verbis declaratam voluntatem defuncti, ulla ratio habenda magis dilecti, quantacunque etiam adsit dilectionis causa.
Mantic. *lib. 6. tit. 11. n. 9.*

Et quamvis in fideicommissis voluntas conjecturata potius quam verba, inspicienda ac servanda dicatur; id tamen tum demum obtinet, si de tali voluntate per conjecturas certas & indubitatas ex verbis ipsius testamenti collectas constet, nam etiamsi constaret & probaretur testatorem ita voluisse, hoc tamen non sufficeret, nisi constaret quoque sic ipsum disposuisse.
l. quidam cum filium. 46. ubi Bald. *ff. de hered. instit.* quem textum multum ad hoc

hoc commendat & notabilem eſſe dicit Alex. *in l. 3. C. de lib. præb.* Socin. jun. *v. 1. Conſ. 72. n. 58. ſeq.* Cephal. *Conſ. 114. n. 8. & Conſ. 144. n. 4.* Honded. *Conſ. 78. n. 11.*

50 non ſufficit enim aliquid eſſe in intentione, niſi ſit etiam in diſpoſitione.

Bald. *ad d. l.*

quia voluntas in mente retenta nihil operatur.

l. ſi repetendi. 7. C. de comm. ob cauſ. Cephal. *d. Conſ. 144. n. 8.*

Neceſſe igitur eſt, ut defuncti voluntas in diſpoſitionem tranſierit, ſi aliquid operari debet, alias erit abortiva voluntas. Et ſic omnia Jura dicentia voluntatem defuncti præ omnibus ſervandam, ex hoc ita limitanda, ut obtineant in voluntate diſpoſitiva vel habente vim diſpoſitivæ, tradit

poſt. Bald. Imol. Did. Roder. Alvarado *de conject. ment. defunct. lib. 1. c. 2. n. 6.* alleg. Klock. *tom. 3. Conſ. 102. n. 152.*

Ratio horum omnium eſt, quia ſæpe erramus in conjecturanda mente tacita propter nimiam ſubtilitatem & multas rationes, quæ teſtatorem forſan moverunt, nobis vero incognitæ ſunt, nec animum diſponentis videre poſſumus

Tiber. Decian. *vol. 3. Reſol. 10. n. 71.* Mant. *de conj. lib. 6. tit. 14. n. 1.*

Eapropter quando verba teſtamenti ad aliquem caſum non poſſunt adaptari, (uti hic ad caſum perdurantis viduitatis non poſſunt adaptari) non debemus illum capere, poſito, quod præſumtio ſit apud nos, teſtatorem ita voluiſſe.

verba ſunt Pauli de Caſtro *l. 2. Conſ. 152.* relata a Klockio *d. l. n. 153.*

51 *Ad ſecundam dubitandi rationem* wird geantwortet 1. daß eine *fallacia* non cauſæ ut cauſæ, oder *fallacia* diviſionis vielmehr committirt werde, geſtalten die ratio, qua teſtator motus fideicommiſſum conſtituit, nicht ſimpliciter defectus liberorum ex illa non natorum, ſondern defectus liberorum ex ipſa in contracto ab ea ſecundo matrimonio non natorum, & prædilectio ſororum ſuarum illo caſu præ cognatis conjugis. vid. rat. *decid.* 3. & 7.

52 2. Hat der Teſtator in art. 10. Teſtam. auf eine gewiſſe Condition und Bedingung ſeine Diſpoſition und Verordnung des Fideicommiſs gegründet, als nemlich, wann ſeine Frau ohne aus anderer Ehe erzeugte Kinder die Schuld der Natur bezahlen werde, ſo ſolle alsdann der halbe Theil des über Abzug des andern Ehegattens Erbs-Gebühr überbleibenden Vermögens auf ſeine Schweſtern erblich kommen, ubi verba: So & alsdann, indubie inducunt conditionem,

Cels. Hugo *Conſil. 38. n. 19.*

Quando autem caſus eſt proviſus per modum conditionis, voluntas teſtatoris videtur reſtricta ad formam ſpecificam talis conditionis, ut ea deficiente, & non ad amuſim, prout verba ſonant, impleta, ſimul voluntatem teſtatoris defeciſſe ſtatuendum ſit

Cœpolla *Conſ. 50. n. 14.* Hottomannus *Conſ. 63. n. 9. ſeq. & conſ. 64. n. 6.* alleg. Klock. *tom. 3. Conſ. 109. n. 38.*

Conſequenter non ſufficiat cauſam, qua teſtator motus, alio medio obtentam eſſe.

3. In materia ultimarum voluntatum non procedit argumentum à paritate rationis, vix ſiquidem dici poteſt, quod extenſio locum habeat in teſtamentis, præſertim ſubſtitutionibus fideicommiſſariis, ex rationis identitate, cum illæ non rationi, ſed voluntati teſtatoris innitantur, & propterea ubi ſumus in voluntate defuncti, non opus eſt comparatione rationis ad extenſionem faciendam. Ita formaliter

Fabius de Anna *Conſ. 84. n. 27.*

Imo proviſio reſpectu caſus expreſſi facta hic ne tum quidem ad omiſſum porrigitur, quando in omiſſo etiam major eſt ratio

Cephal. *Conſ. 517. n. 28.* Honded. *vol. 1. Conſ. 7. n. 16.*

Caſus enim majorem habens rationem exprimi debet, ſi incluſum eum diſponens voluerit.

Pruckman *vol. 1. Conſ. 14. n. 95.* Seb. Otto *Conſ. 24. p. m 307.*

Zugeſchweigen 4. daß mehr andere rationes den Teſtatorem vielleicht moviret, ſo wir nicht diviniren mögen

vid. Mantic. *de conject. ultim. vol. l. 6. t. 14. n. 1. 2.*

Die dritte hält in ſich, quod in ſubſtitutio- 54
nibus admittatur extenſio de caſu ad caſum ex præſumta mente teſtatoris in aliqua veroſimili ratione fundata. Es iſt aber in rationibus decidendi zur Gnüge dargethan, quod hic omnino deficiat mens teſtatoris in caſu perdurantis viduitatis, cum ipſemet verbis ſeſe ſatis clare ad caſum ſecundarum nuptiarum & non exſtantium inde liberorum, per modum conditionis, reſtrinxerit. 2. Reden allegirte Dd. auch de ſubſtitutione directa, wir aber verſiren hier nicht in terminis ſubſtitutionis directæ, ſondern fideicommiſſariæ.

Und ob wohl in 4ta dubitandi ratione ge- 55
meldet wird, quod idem etiam obtineat in ſubſtitutionibus fideicommiſſariis; So iſt doch ſelbiger in ſubſtit. ſcilic. fideicommiſſariis etiam ex identitate rationis & præſumpta mente teſtatoris de caſu ad caſum, de perſona ad perſonam, extenſionem admitti, noch ſehr ſtrittig und zweiffelhafft, ob ſtrictam in iis obtinentem interpretationem.

poſt alios plures Menoch. *lib. 3. Conſ. 243. n. 18.*

Wir wollen aber ſetzen, daß dem ſo ſey, quia hanc ſententiam communiorem teſtatur

Michael Graſs. *§. fideicommiſſ. q. 4. circa fin.*

So kan es doch hier nicht ſtatt finden, quia non adeſt eadem ratio & præſumpta mens teſtatoris, in caſu perdurantis viduitatis fidei-com-

commissum obtinere volentis, quia restrictive disposuit in casum secundarum nuptiarum & non existantium inde liberorum, per modum conditionis formaliter implendæ.

56 Belangend 5. das Responsum Alexandri *libr. 4. Cons. 100.* so wird demselben entgegen gesetzt die Doctrina Jasonis

in l. Gallus. §. & quid si tantum 5. ff. de lib. & posth.

qui adversus Alexandrum docuit, quod si testator instituat filium heredem, eumque velit restituere hereditatem post mortem, si efficiatur Presbyter, contingat autem filium mori sine liberis non suscepto ordine clericali, ille substitutionis casus, si Presbyter factus decesserit, non extendatur ad casum si decesserit sine liberis non factus Presbyter. Idque ex sequentibus rationibus 1. quia illa conditio, si efficiatur Presbyter, est mere voluntaria, ob id non extenditur de casu ad casum, sed debet impleri in forma specifica. 2. quia is casus, si decesserit factus Presbyter, est dissimilis ab eo casu, cum decesserit non effectus Presbyter sine liberis, & propterea non conceditur extensio de casu illo ad hunc. Quam Jasonis sententiam & doctrinam probarunt

Ruinus *ad d. text. l. Gallus. §. & quid si &c.* 5. Alciat. *lib. 3. de V. S. n. 28. vers. Septimo quæritur &c.* Paris. *in annot. ad Alexand. l. 4. Cons. 100.*

57 Das Responsum JCti Ulpiani, welches in 6. dub. ratione angezogen wird, und das Fundament des Responsi Alexandri ist, daraus die Dd. colligiren quod conditio apposita à testatore propter aliquem effectum ex ea resultantem impleri possit per æquipollens, cum satis sit quod effectus à testatore consideratus sequatur, concernirend, so responderet darauff Menochius

lib. 3. Cons. 243. n. 55.

1. illam l. adeo varios intellectus & sensus recipere, referente post alios

Socino Jun. *in d. l. Gallus. §. & quidsi. 5. de lib. & posth. n. 54. 55.*

ut minime liceat eam ad rem illam allegare juxta traditionem Bartoli *in l. 3. de reb. dub.*

2. istam inde desumptam regulam non procedere in dispositione sub conditione & restrictione facta ac inde strictè interpretanda, qualis nostra, in illa enim non admitti extensionem de casu dispositio ad alium non expressum habentem similem effectum, præsertim si conditio adjecta sit voluntaria, i. e. ex libero arbitrio adjecta, ita ut ad obtinendum effectum ea non necessaria, (qualis est hæc nostra, si decesserit sine liberis, ex secundo matrimonio natis,) in qua testator non effectum, sed formam cogitat, indeque merum factum & nuda testatoris voluntas sive dispositio attenditur, non effectus consideratur.

Menoch. *d. l.* Tiber. Decian. *vol. 1. Resp. 1. n. 6. seq.* Fab. de Anna *Cons. 84. n. 4.* Klock. *tom. 3. Cons. 9. n. 93.* Franzk. *ad L. Gallus. de lib. & posth. Disp. 3. membr. 1. sect. 4.*

3. Wird falsò in subsumpt. bey diesen beyden rationibus dubitandi supponirt, daß der Testator nur defectum liberorum considerirt, denn oben bereits öffters remonstrirt, daß er nicht simpliciter carentiam sive defectum liberorum, sondern defectum liberorum ex secundis nuptiis, per modum conditionis angesehen. Ad 7. in odium secundarum 58
nuptiarum quodammodo constitutum à Testatore Fideicommissum negari nequit. Quod inde vero vult inferri, ex eo non sequitur. Non enim Testator eas planè damnavit vel prohibuit, aut inter crimina retulit, quod Ethnici fecere, nec Pontificum Rom. etiam scortationem eas dicentium, sententiam probavit hactenus, ut pro fornicatione eas habuerit, sed malevolentiam quandam saltem erga secundò nubentem per leges licitam contestatus est, fideicommisso eam, in casum non existantium ex secundo matrimonio liberorum, gravando, in quo nihil absurdi continetur, cum & Impp. Christiani, veteres imprimis, dogmatibus Doctorum Ecclesiæ informati, multas in illarum odium ediderint constitutiones, quæ extant

in tit. Cod. de secund. nupt.

Die 8. dubit. ratio schliesset gar nicht, denn 59
ex eo, daß der Testator seine Geschwistrig in una parte Testamenti simpliciter Fideicommiss-Erben genennet ꝛc. folget nicht gleich: Ergo hat das Fideicommiss simpliciter in omni casu, der sich zuträgt, Statt. Denn zu sehen, in quem casum der Testator es geordnet, & ad illum appellatio illa zu restringiren. Declaratio enim voluntatis in una parte testamenti trahitur ad alias ejus partes.

l. 3. §. sed etiam ut duos. ff. de lib. & posth.

& quod in uno dispositionis loco dicitur obscurius, ex altero ejusdem dispositionis loco declarandum.

Alexand. *Cons. 192. n. 11. & Cons. 197. n. 7. vol. 6.* Corneg. *vol. 2. Cons. 152. n. 22.* citat. Vultej. *4. Cons. Marp. 21. n. 19.* Klock. *tom. 3. Cons. 102. n. 94. seqq.*

Was endlich 9. angeführt, daß der Testator 60
seiner Frauen allein die Macht de bonis suis ipsi relictis inter vivos zu disponiren gegeben, deme ist etlicher Massen oben in 6. Decid. ratione schon begegnet, allda, zwar nur remissivè angezeigt, daß die Dd. einhellig dafür halten, quod, si facultas alienandi alicui simpliciter aut generaliter concessa, non tantum alienatio inter vivos, sed etiam per ultimam voluntatem ei permissa intelligatur, ob sie gleich darinn uneinig, an alienatione simpliciter prohibita, tantum alienatio inter vivos prohibita censeatur, & alienatio per ultimam voluntatem concessa, an verò & hæc prohibita;

ubi

uti videre apud Joh. Sanden *in tr. de prohibita rer. alienat. c.*
quia scil. favorabilior est concessio quam prohibitio, & plus est concedere facultatem alienandi inter vivos quam in ultima voluntate, ut sic non possit non eo quod plus est concesso, concessum quoque esse quod minus est.

Menoch *lib. 3. Cons. 210. n. 11. 12.* Ernest. Cothman. *vol. 5. Resp. 14. n. 23, 24.*

61 Daß aber der Testator seiner Frauen generaliter die freye Macht zu alieniren concedirt, kan niemand läugnen, der die Wort: verkauffen, vertauschen, verschencken, und sonsten damit schaffen, walten, thun und lassen, nach ihrem freyen selbst wohlgefälligen Belieben, recht ansihet und betrachtet, massen die letztere dergleichen universalia verba seyn, quæ restrictionem ad actus inter vivos non admittunt. Ja es scheinen dieselbe ihro expresse zu geben die Macht zu testiren, Erben einzusetzen, zu legiren und sonst davon per modum ultimæ voluntatis zu disponiren, denn das Wort Schaffen correspondirt verbo dare, relinquere, ordinare, disponere, welches Worte seyn, die in Testamenten pflegen gebraucht zu werden.

vid. Wehner. *voce Schicken und Schaffen.*

derowegen die regula: Clausula generalis sequens post quædam specificata restringitur ad specificata vel his similia, hie nicht angehet, denn dieselbe expresse also limitirt wird, quando talia verba universalia ita adjecta sunt, ut non recipiant restrictionem illam à Gabriel *lib. 6. comm. concl. tit. de reg. jur. concl. 4. n. 36.*

sondern heißt hier vielmehr: Species generi non derogat, sed potius genus speciem ampliat, utut primum speciei & postea generis facta sit mentio

l. 45. l. 46. de leg. 3. Barbos. *lib. 17. c. 43. axiom. 1.*

nam ideo generalis clausula est subjecta, ut alii modi alienandi quoque comprehenderentur,

Glosf. *in clem. 1. de præscript.* Cagnol. *ad lib. 1. de R. J. n. 26.*

quod & indicat verbum Sonst, quod ejus videtur esse virtutis & potentiæ, ut comprehendat etiam dissimiles expressis alienandi modos.

62 Anjetzo die andere angehängte Frage:

Ob nicht von dem adversa parte eo ipso daß er das mehrerimeldte Fideicommissum benebenst und zusammt dem ihm von der Frau N. in ihrem letztern Testament verschafften Legat, wie solches hernach per schedam testamentariam verringert und auf 2000 Gulden gesetzt, in uno eodemque libello begehrt und bittet, eine inepta actionum præjudicialiter à se invicem dependentium cumulatio committirt werde und die heredes der Frau N. dahero berechtiget seyen exceptionem præjudicii ante L. C. zu opponiren ꝛc.?

noch mit wenigem zu berühren, so ist bey Uns kein Zweiffel, daß die Frau N. solch Legat einig und allein aus der Ursach, weil sie bey ihr versichert gewesen und gewußt, daß sie von ihrem seel. Manne in diesem sich begebenen Fall, da sie in perpetua viduitate geblieben, und als Vidua gestorben, sine ullo fideicommissi onere zur einigen Erbin instituirt, der Frau A. oder deren Kindern vermacht, damit die ihro von ihrem Manne, der Frau A. Bruder seel. dadurch bezeigte eheliche Affection zu remuneriren und gegen sie seine Schwester zu erkennen, damit sie doch auch in hoc casu, über das, was der Bruder ihro selbst in Testamento mutuo eum in eventum legirt gehabt, noch nach ihrem der Frau N. Tode, etwas weiters des Bruders wegen geniesse; Und wann sie vermeint, daß sie hoc casu mit einigem Fideicommiss gegen sie gravirt, solches gewiß nicht verlassen hätte, wie solches die dem Legato in ultimo Ao. 1673. aufgerichteten Testament, angehängte Clausul, damit die Frau Testirerin, weil sie besorget, es 63
möchten ihr, der Legatariæ, etwan die Gedancken aufsteigen, das ihr vom Bruder in casum secundarum nuptiarum & inde non exstantium liberorum constituirte Fideicommiss zu suchen, das Legat in eventum talis contraventionis mit der Privation verpönt, klar zu erkennen gibt sequentibus formalibus: **Und wann mithin in Worten oder Wercken, vor oder nach meinem Tode, es geschehe gleich unter was Schein oder Gestalt es wolle, durch sie selbst oder jemand anders, sie Legatarien oder eines von ihren Kindern hierwieder thun und sich mit dieser gethanen Verschaffung nicht vergnügen zu lassen gedencken wollten, oder widrig bezeigen thäten, so solle alsdann dieses Verschaffte so viel als wäre ihrer insgesammt nie gedacht worden, erachtet, und ohne einige inn- und ausser Recht pflegende Wider- und Gegen-Rede auf die inbenamte Erben gefallen, und sie Legatarien und ihre Kinder dessen gäntzlich verlustiget seyn.** Woraus erscheinet, daß die Frau Testirerin gleichsam eo animo das Legat vermacht, daß die Legataria solch Legat mit der Hoffnung, so sie in casu secundarum nuptiarum & inde non exstantium liberorum zum Fideicommiss gehabt, compensiren sollte, und ihre Erben sub pœna privationis legati weiter nicht beunruhigen. Derowegen die Exceptio præjudicii optimo maximo jure ante Litem contest. kan opponiret werden. Es wird aber vermuthlich pars adversa sich da- 64
mit nicht gleich abweisen lassen, sondern etwann repliciren, quod legatum in dubio non intelligatur relictum animo compensandi cum

fideicommisso, quod ab ipsa testatrice post mortem ipsi, (ex opinione sua) restitui debuit

l. Lucius Titius. 123. pr. de leg. 1.

maxime quia illud est debitum voluntarium ex quasi contractu, hereditatis scil. aditione, ortum ducens, cum quo legatum relictum non compensandum esse Dd. omnes unanimiter agnoscunt.

Coras. *3. Miscell. 1.* Duaren. & Brunnem. *in l. 22. §. 3. sol. matrim.* Fachin. *5. contr. 33.* Carpzov. *p. 3. c. 13. d. 29.* Berlich. *p. 3. concl. 27. n. 49.* Mantic. *de conject. ult. vol. l. 10. t. 2. n. 2. & 15.*

Deme denn zwar leicht ex ante dictis & traditis Manticæ d. tit. 2. n. 16. & seqq. zu begegnen, es würden aber, wann man indessen causam principalem ruhen lassen wollte, nur die Kosten mit Verlängerung des Processes vergrössert, dann der Judex doch super hoc puncto consuliren würde, derowegen es fast am besten seyn wird, zugleich cum causa principali fideicommissaria diese Exception zu prosequiren.

Welches ꝛc.

Actum in Collegio nostro den 14 Januarii Anno 1682.

CONSILIUM III.

De Præscriptione & Transitione Actionis vi bonorum raptorum, & Actionis injuriarum æstimatoriæ.

SUMMARIA.

1. *De transitione Actionis vi bonorum actorum, & aliarum ex delictis privatis activâ, seu in heredes Actoris.*
2. *De ejusd. Vi bon. rapt. Actionis transitione passivâ in heredes Rei sive deliquentis.*
3. *Per Litis Contestationem omnes Actiones perpetuantur & fiunt transmissibiles, quæ aliâs temporales & non transitoriæ fuerunt. conf. n. 11. 12.*
4. *Judex Præscriptionis Exceptionem à Partibus omissam ex officio supplere tenetur, si ex Actis appareat, Actionem Præscriptione esse extinctam. Et secus faciens Judex contra jus & conscientiam judicare dicitur; ac ejusmodi sententia nunquam transit in rem judicatam.*
5. *Tempus belli in materiâ præscriptionis non prodest Actori, nisi fuerit simul justitium.*
8. *Solutio ex conjecturis & præsumptionibus quoque probari potest; maximè, si debitum antiquum, incertum & illiquidum. Non minima autem factæ solutionis conjectura est, quando per plures annos fuit omissa solutio, ut & ex diuturno creditoris silentio.*
9. *De diversa prolongatione Actionum perpetuarum & temporalium, quæ fit per L. C.*
11. 12. *De Actionis injuriarum præscriptione & transmissione.*
13. *Actio injuriarum civilis æstimatoria cumulari non potest cum criminali.*
15. *Nisi altera ad vindictam non tendat.*

Nachdeme mir die von denenselben zugeschickte und anjetzo verschlossen zurück kommende Acta zu Handen kommen, habe ich selbe, so bald es anderer obhabender Geschäfften halber seyn können, von neuem best-möglichst untersuchet, und aus fleißiger deren Durchlesung ersehen: Wie daß den 6ten Aug. An. 1638. bey damahls schwührigen Läufften und gefährlichen Kriegs-Troublen weyland Herr Johann Jacob Heller, J. U. L. und gewesener Fürstl. Marggr. Badischer Rath und Vogt der Grafschafft Eberstein, so dann weyland Herr Melchior Molitor, J. U. C. und gewesener Gräflicher Gronßfl. Rentmeister, wegen grosser Unsicherheit und beförchtender Plünderung von Gerspach nach Horb, sich sammt Weib und Kindern, ihre beste Mobilien mit sich führend, retiriren wollen, auch bereits glücklich zu Altensteig arriviret, allda sie sich in die zwey Tag bey Ihro Gräfl. Gnaden von Kandell aufgehalten und endlich allda 4. Botten mitgenommen, die ihnen den Weg bey der Nacht (weilen es bey Tag unsicher zu marchiren war) nach Horb zeigen sollten; Als sie nun bey Nagold bey finsterer Nacht vorbey passiret, und bald darauf in die Thalheimer Strassen kommen, hätten sie in einem Thal etliche Schüsse, und daß etliche geruffen, ihr Catholische Kayserliche Dieb, gut Schwedisch, mach nieder, mach nieder, gehöret, welche gleichbalden mit blossen Degen und grossem Geschrey auf sie zugelauffen, dardurch sie in solchen Schrecken gerathen, daß die 4. bey sich habende Botten entloffen, gedachter Herr Heller nebst des Molitors Frau und Kindern von Pferden gesprungen, und 3. gesattelte Pferde nebst einem Paar Pistoll im Stich gelassen, Herr Molitor aber der zimlich voran geritten, sich auf die Seiten mit seinem Pferd gewendet in Meynung nach Horb zu kommen, und allda Hülff zu suchen, sich aber betrogen gefunden, und in einem Wald sammt seinem Pferd pernoctiren müssen, ohnerachtet er aber von seinem Pferd verjaget worden, habe er doch solches zu früh auf fleißiges Durchsuchen des Walds

Walds von etlichen Bauren wiederum gefunden, wie ers verlassen, hierauf nacher Horb sich begeben, und allda Botten ausgesendet zu erkundigen, wer die Thäter gewesen, da sich dann bald ergeben, daß 4. Nagolder Burger Namens Hanns Treiber, Jacob Hafner, Hanns Jacob Langjahr und Jung Hanns Günter, so dann ein Metzger von Haiterbach Lamparter genannt, wie auch ein zu Nagold im Quartier ligender Lieutenant diß Spolium begangen.

Worauf nach fleißiger vorhergehender Inquisition von Herrn Vogt zu Nagold das Factum nacher Stuttgardt an Ihro Durchleucht berichtet und gnädigst resolviret worden, daß die 4. obbenamste Burger (dann der Soldat durchgangen) von dem Procuratore fisci zu Nagold ob spolium commissum criminaliter sollen accusiret werden, welches nicht allein beschehen, sondern es haben auch die Spoliati Herr Licentiat Heller und Herr Molitor durch ihren damahligen Gevollmächtigten Herrn Georg Zieglern Stadtschreibern von Gerspach zwey unterschiedene Actiones instituiren lassen, nemlich Actionem vi Bonorum raptorum in quadruplum, und actionem injuriarum æstimatoriam, da der Fürstl. Marggr. Rath die Injurien und eingenommenen Schrecken 300 Reichsthaler, der Rentmeister aber 200 Reichsthaler geæstimirt, und solche ihnen zuzusprechen gebeten, das Hülfferichterliche Amt hierüber implorirend. Worauf die Rei litem contestiret und mit nahmhafften Umständen so viel selber bekannt und gestanden, daß sie zwar anfangs mit ihren Feuer-Rohren zu Abwendung etlicher streiffender Reuter ausgangen, nachdeme sie aber vernommen, daß die Amtleut von Gerspach bey nächtlicher Weil vorbey marchiret, hätten sie einhelliglich bey sich beschlossen, auf sie los zu gehen, wie sie dann der Metzger von Haiterbach, Nahmens Lamparter, abwegs geführet, daß sie den Amtleuten noch vorkommen, und sich auf einen Berg in einen Hohlweg gemacht, einhellig schliessende, so bald die Reitende herbey kommen würden, auf sie, jedoch ohne Schaden, los zu brennen, welches auch geschehen, darauf den Berg hinab gelauffen, allda drey leere Pferd, einen Fuchsen, einen Sand- und Weiß-Schimmel gesattelt sammt einem Waid-Sack mit Rechnungs-Geschäfften angetroffen, sonsten aber weder von Felleisen, Kleinodien, Paarschafft noch anderm, wie das Namen haben möchte, nichts gefunden. Die Pferd hätten sie unter sich getheilet, davon dem Langjahren und dem Metzger das Sand-Schimmelin: dem Lieutenant und Hannß Güntern der Fuchs: Treibern und Hafnern aber das Weiß-Schimmelin worden, welches sie verhandelt, namlichen Langjahr das seinige einem Secretario bey der Armée, der Lieutenant den Fuchsen unter das Haßlangische Regiment vertauscht, Treiber und Hafner das ihrige um 25 fl. nach Oeschelbronn verkaufft, den rothen Sattel und Zeug hätten sie dem Herrn Vogt Schweickarden verehrt, den andern vertauscht, der dritte aber seye von vorbeyreisenden Soldaten mit genommen worden, die Brieff aber samt dem schwartzen Sack dem Herrn Beamten unversehrt nacher Gerspach gesandt, im übrigen konnten und wollten sie mit Treu und Eiden betheuren, daß sie von Kleinodien und andern Mobilien nichts gesehen noch gefunden. Klägere sind bey ihrer intention geblieben, und haben kurtzum auch Silber und Kleinodien von den Beklagten haben wollen, deßwegen sie eine Specification des erlittenen Schadens übergeben, und sich ad præstationem juramenti in litem erbotten. Beklagte haben nochmahlen regerirt, sie wollten mit leiblichen Eiden erhärten, daß sie weiters nicht als die drey gesattelte Pferd sammt einem Waid-Sack mit Rechnungen angetroffen; Worauf in der Sach beschlossen, und von E. E. Gericht zu Nagold diese Urthel auf gehabten Rath eingeholet worden, daß ratione actionis criminalis die Delinquenten mit der pœnâ Relegationis auf ein Jahr lang sollten angesehen werden. Belangend aber das mitbeklagte Spolium, so ist von berührtem Gericht den 22. April. A. 1640. interloquendo erkannt worden, daß der Beschluß ex officio solle rescindiret seyn, und was Herr Ziegler im Namen seiner Principalen ratione prætensarum rerum spoliatarum ihren eingelegten Specificationibus gemäß (ausser dessen, was die Beklagte selbst bekanntlich) zum Fürstand ihres Rechtens und besserer Erläuterung der Sachen beweisen und darthun könnte, daß solches auf Articul und Fragstück gehöret werden sollte, alsdann in puncto delationis juramenti in litem ratione damnorum, interesse & injuriarum ferners geschehen sollte was recht ist. Nach Eröffnung dieser Urthel befindet sich weiters nichts in den alten Actis, daß etwas wäre gehandelt worden, da so wohl die Aa. als die Rei darüber endlich mit Tod abgangen, biß Herr Johann Friderich Sartorius Marggr. Bad. und Gräfl. Wolckensteinischer Vogt und Rentmeister der Grafschafft Eberstein, des verstorbenen Molitoris Tochtermann Ux. N. eine Fürstl. Remission zu Stuttgardt den 28. Novembr. an. 1677. ausgewircket, dadurch die Sach an dieses Löbl. Stadt-Gericht remittiret worden, und den 6. Nov. A. 1678. erstmahls vorkommen, da prævia legitimatione personarum & reassumtione litis in statu quo der Hr. Kläger durch seinen Hrn. Procuratorem und Advocatum vortragen lassen, wie daß nach der zu Nagold den 22. April 1640. ausgefällten Urthel sein Schwähr seel. aus defect anderer probationen ad præstationem juramenti Zenoniani sich offerirt hätte, deswegen gebeten, dasselbe entweder pro præstito anzunehmen, oder ihne A. ad juramentum Credulitatis zu admittiren. Reorum Heredes aber haben excipirt, daß diese Sach schon längsten authoritate

tate Sereniſſimi ſopiret, und gebetten, daß das jurament weder pro præſtito zu halten, noch die Heredes ad juramentum Credulitatis zu admittiren, womit beede Theil in hoc puncto beſchloſſen, da dann in dieſer Remiſſions-Sach den 10. Decemb. 1679. folgende Interlocutoria ergangen, daß in puncto delationis juramenti Zenoniani ratione prætenſarum rerum ſpoliatarum daſſelbe umb des erfolgten Klägers Schwährs Tods willen pro præſtito nicht anzunehmen, noch Kläger zu ſelbigem anerbottenen maſſen zuzulaſſen, ſondern er die prætendirte abgenommene Sachen ordentlich durch Inſtrumenta oder lebendige Zeugen zu Fürſtand ſeines Rechtens beyzubringen ſchuldig ſeyn ſolle, darauf ferners geſchehen ſolle, was recht ſeyn würde.

Hierauf hat Klägers Hr. Procurator weiters vorgetragen, daß weilen er mit anderer Probation nicht aufkommen könne, müßte er ſolches in ſo weit geſchehen laſſen, nachdeme aber Ao. 1640. zu Nagold eine Interlocutori ergangen, daß dasjenige, ſo die Beklagte ſelbſt geſtanden, nicht zu erweiſen, ſondern zu reſtituiren ſeye, die Reſtitution aber noch nicht geſchehen, als bitte er die Beklagte zur Reſtitution deſſelbigen, was ſie ſelbſt bekannt, cum Intereſſe anzuhalten; So ergeben auch die Acta, daß gleich anfangs eine actio injuriarum æſtimatoria ſeye inſtituirt worden, worinn noch nicht geurtheilt, wolle deswegen auch umb Deciſion derſelben gebetten, und mit Wiederholung aller Actorum in paſſibus utilibus und Contradicirung des Widrigen beſchloſſen haben. Beklagte haben regerirt, daß dieſe gantze Sach ſchon vor 40. Jahren principali authoritate ſeye ſopiret worden, ja die Klägere hätten ſich mit Wegnehmung etlicher den Beklagten gehörigen Sachen ſelbſt bezahlet; ſo ſeye auch ex reſolutione Sereniſſimi Ducis an Unter-Vogt zu Nagold in A. 1663. reſcribiret worden, daß die ſpolirte Sachen ſollten reſtituiret werden, ſey alſo kein Zweifel, man werde dem Fürſtl. Befehl ſchuldigſte Parition geleiſtet, und die geſtandene Sachen gewiß reſtituiret haben, damit ſie gleichfalls hinterſetzet.

1 Hierüber nun meine Rechtliche Gedancken zu eröffnen, ſo iſt aus bevorſtehender narratione facti zu erſehen, daß von denen Aa. zwey Actiones ſind inſtituiret worden, nemlichen Actio vi bonorum raptorum und injuriarum æſtimatoria.

Anlangend die erſte Action, ſo ſcheinet unnoth zu ſeyn viel zu melden de Tranſitione illius actionis activa, ob nemlich der Actorum heredes befugt ſeyn ſolche zu inſtituiren.

Quoniam ſatis ſuperque notum eſt, quod omnes actiones ex privatis delictis deſcendentes, quæ competunt pro rebus ablatis recuperandis & vindicandis delictis, quibus aliquid ex patrimonio fuit ademtum, activè, hoc eſt in Creditoris heredes & ſimiles ſucceſſores tranſeant

l. 1. §. 1. ff. de priv. delict. §. 1. Inſt. de perp. & temp. act.

Per delictum enim de bonis defuncti aliquid deminutum eſt.

Bach. *tract. de act. Diſp. 5. th. 5.*

ita ut hæc ſententia procedat, ſive actiones hæ per litis conteſtationem in judicium fuerint deductæ ſive non,

d. §. 1. Inſt. de perp. & temp. act. Bachov. *cit. loc.*

ſive ſint merè pœnales, ſive rei perſecutoriæ, ſive mixtæ, id eſt partim pœnales partim rei perſecutoriæ, qualis eſt actio Vi bonor. raptor. hoc in caſu inſtituta.

l. 2. §. fin. ff. Vi bon. rapt. Dn. Lauterbach. *in Diſp. de Tranſit. act. th. 27.*

Ratione Tranſitionis paſſivæ, ob nahmlichen dieſe actio contra Delinquentium heredes könne inſtituiret werden, iſt es zweiffelhaffter. 2

Manifeſti enim eſt juris mixtas actiones, quæ ſcil. rei & pœnæ habent perſecutionem paſſivè, hoc eſt adverſus heredes Delinquentium regulariter non tranſire, id quod expreſſe ſancitum legitur

in L. 111. ff. de R. J. ibi: In Heredem actiones non tranſire quæ ſunt pœnales ex maleficio.

ubi exempli loco vi bonor. rapt. actio ſubjicitur. Et quamvis dicta regula quoad has mixtas actiones limitetur, ſi aliquid ex delicto ad ſucceſſores pervenerit, quod pro ea quantitate, quatenus rei perſecutionem continent, ex æquitate adverſus Rei heredes concedantur.

L. 23. §. 8. ff. ad leg. Aquil. l. 5. ff. de calumn. ibi: Turpia lucra heredibus extorqueri.

Ne ſc. cum alterius damno, quod eſt iniquum, locupletentur.

l. 14. ff. de condict. indeb.

Expreſſè tamen ad Vi Bonor. rapt. excipitur

in L. 2. §. ult. ff. vi bon. rapt.

ubi ſingulariter à Prætore introductum legitur, ut ea adverſus ſucceſſores, ne in id quidem, quod ad eos pervenit, detur.

Allein ſolches gehet nur an quando actiones per litis conteſtationem non ſunt in judicium deductæ, ſi verò ſunt conteſtatæ, actiones morte alias perituræ perpetuantur, in heredes transmittuntur, atque ita ratione hominum producuntur. 3

§. 1. Inſt. de perp. & temp. act. B. Dn. Lauterb. *in d. Diſp. th. 36.* Dn. D. Bardili *in Diſp. de litis Conteſt. th. 89.*

ſive ſint civiles ſive prætoriæ; pœnales, rei perſecutoriæ, ſivè mixtæ.

L. 26. ff. de O & A. l. 164. ff. de R. Jur. l. un. C. ex delict. defunct.

Quoniam per litis conteſtationem inducitur quædam quaſi Novatio, quæ Dd. dicitur neceſſaria

Dn. D. Bardili *cit. Diſp. th. 90.* Idem *in Exercit. Theoret. pract. 27. Concl. 1.*

quia nolens volens debitor ad eam compellitur, & judicium in invitum redditur,

L. 83.

L. 83. §. 1. ff. de V. O. Treutler *Vol. 2. Diſp. 29. th. 5. lit. e.*
& Reus ex nova cauſa incipit teneri.
arg. l. 3. §. 11. ff. de pecul. Bach. *d. tr. de act. Diſp. 5. th. 4.*
Hinc generaliter Ulpianus & Paulus reſpondent: Omnes pœnales actiones poſt litem inchoatam ad heredes tranſire.
L. 26. ff. de O & A. l. 164. ff. De R. Jur.
Et Calliſtratus, ſciendum eſt, inquit, ex omnibus cauſis lites conteſtatas & in heredem ſimilesque perſonas tranſire.
L. 58. ff. de O & A.
Nec non Cajus: Omnes Actiones, quæ morte aut tempore pereunt, ſemel incluſæ judicio ſalvæ permanent. Quod etiam de actione hoc in caſu inſtituta expreſsè conſtitutum eſt in ſæpius allegato
§. 1. Inſt. de perp. & temp. act.
Weil nun hierfalls auch Lis vorlängſten conteſtirt, ſcheinet Klägers Intentio deßwegen gnugſam fundirt zu ſeyn.

4 Deſſen aber jedoch ohnerachtet bin ich der ohnvorgreifflichen rechtlichen Meynung, daß Kläger wenig oder nichts wider jetzt Beklagte möge obtiniren oder erhalten.

1. Quia Actio vi bonorum raptorum, quæ alias ratione tripli temporalis ſive annalis
l. 2. §. 13. ff. vi bon. rapt. l. 35. ff. de O & A. pr. Inſt. de vi. bonor. rapt. act.
hîc vero per litis conteſtationem tricennalis facta
l. 9. §. 3. ff. de Jurejur. Dn. D. Bardil. *cit. Diſp. th. 87.*
hoc in caſu quoad triplum per Præſcriptionem eſt ſublata.
Eſt enim tempus tricennale hoc in caſu diu præterlapſum, ſive id connumeretur à tempore litis conteſtatæ cum
Dn. Brunnem. *in Proceſs. Civ. cap. 14. n. 22.*
ſive ab ultima cognitione, quâ lis eſt intermiſſa cum
Dn. D. Bardili. *cit. loc.* Umm. *Diſp. ad Proceſs. 12. n. 20.*
Id quod ex Actis transmiſſis abundè apparet. Lapſus autem temporis jure præfiniti ipſo jure liberat ab actione ipſoque jure actionem extinguit,
l. 17. §. 6. ff. de injur. l. 3. C. de præſcr. 30. vel 40. ann. Zanger. *de Except. pag. m. 9. n. 18. p. 340. n. 8.* Carpz. *J. F. p. 1. conſt. 25. def. 1. n. 5.*
ita ut Judex præſcriptionis exceptionem à partibus non allegatam ex officio ſupplere teneatur ſi ex Actis apparet tanti temporis lapſus, ex quo ſecundum jura actio perit & extinguitur,
Mev. *p. 7. deciſ. 182. n. 1.* Carpz. *cit. loc. n. 6. & 7.* Zanger. *d. p. 340. n. 8.* Berlich. *Concl. pract. 58. n. 6. & 15.*
ſecusque faciens Judex contra conſcientiam & jus judicet
Mevius. *d. l.*
& ejusmodi ſententia nunquam in rem judicatam tranſeat, ſed ſemper, non obſtante rei judicatæ exceptione, tractari poſſit.
arg. l. 1. & l. 2. C. ſi ex fals. inſtrum.
Hinc dicitur, quod is qui tempore liberatur, ſimilis ſit ei qui ſatisfecit.
L. 45. §. ult. de adm. & peric. tut.
Und wäre das tempus tricennale auch com- 5
plirt, wann man gleich das tempus belli wollte abziehen, welches doch hoc in caſu nicht kan abgezogen werden.
Ex Actis enim ſatis apparet, Actores ſemper copiam Judicis habuiſſe, ſuperque hoc ſpolio tum ratione actionis Criminalis, tum ratione Civilis à Judice Nagoldenſi fuiſſe cognitum.
Noti autem Juris eſt quod tempus belli non ſit deducendum, quando quis copiam Judicis habet, & non juſtitium fuit, ceſſante enim ratione legis, ceſſat ejus diſpoſitio.
Everard. *in Topic. legal. loco 85.* Struv. *Exerc. 43. th. 26.* Brunnemann. *Conſ. 133. n. 253.* Carpz. *p. 2. dec. 116.*
Apparet itaque ex hactenus dictis, hanc actionem ratione Tripli ob lapſum temporis ab Actoribus contra Reos non poſſe intentari.
Quod autem ſimplum concernit, ratione 6
hujus actio hæc eſt quædam perpetua.
pr. Inſt. l. 4. pr. ff. Vi Bonor. rapt. Joh. Harpprecht. Franzk. Vinn. *ibid.* Amad. Eckold *in Comm. ad ff. h. t.* Dn. D. Simon. *in Tract. ſuo abſolut. de temp. præſcr. th. 109.*
adeoque per litis Conteſtationem facta quadragenaria
l. 1. §. 1. C. de ann. Except. l. ultim. C. de præſcr. 30. vel 40. ann. Dn. D. Bardili *in d. Diſp. th. 87.*
quod tempus hoc in caſu nondum eſt completum ſi computatio fit à tempore litis intermiſſæ.
Es kan aber auch ratione ſimpli des Herrn 7
Klägers Intention contra Delinquentium heredes nicht ſtatt finden, weilen
Vors andere aus denen überſandten Actis faſt nicht anders zu ſchlieſſen, als daß die Reſtitutio rerum ſpoliatarum & à Reis confeſſarum längſten geſchehen. Maſſen dann des Herrn Klägers Schwäher weyland Herr Melchior Molitor mehr nicht dann ein Pferdt in der Plünderung verlohren, welches an einen Secretarium bey der Armée verkaufft worden und lang zu Wildberg geſtanden, deßwegen als ihme Molitori das Geld vor das Pferdt hat ſollen überſchicket werden, bittet er um reſtitution des Pferdts ſelbſten, weilen ſolches noch bey Handen, wie ſolches in deſſen eingegebener eigenhändiger Specification
Faſc. Act. 2. n. 18.
klärlich zu ſehen:
ibi: Dieweil das Pferdt noch bey handen zu Wildberg bey einem Secretario biß dato aufgehalten, wird unterthänigſt gebe-

ten an statt der Gelder, dasselbige mit Sattel, Zeug und Hulfftern wiederum zu überantworten.

So ist unterm dato Stuttgardt den 10. Septemb. 1639. ein ernstlicher Befehl von Ihro Hochfürstln. Durchl. Hertzog Eberharden Christmildigsten Angedenckens an den Vogt zu Nagold ergangen, daß was bey ihnen, den Delinquenten, von den geraubten Waaren noch zugegen und gefunden werden mögte, solches den beraubten Personen also gleich wieder zuzustellen.

Vid. *Fasc. Act. 1. n. 44.*

Daß deßwegen gantz kein Zweifel der damalige Unter-Vogt wird diesen Hochfürstl. Befehl bester massen respectiret und unterthänigste Parition geleistet haben, wohl wissende, quod Principi non obediens pro rerum circumstantiis modo graviori modo mitiori pœnæ subjiciatur

Tob. Otto Tabor *in Thesaur. suo loc. com. voc. Princeps.*

8 Ferner thut auch Graf von Candell, gewesener Ober-Vogt zu Nagold und Altensteig, an Ihro Hochfürstl. Durchl. unterthänigst berichten, daß das Felleisen, worinn das Geld und Silber-Geschirr gewesen, geliefert, und mehr befunden worden, weder die Beambte gewust haben, so habe auch ein Bott sein Pack behalten und den Spolirten alles geliefert.

Fascic. Act. 1. n. 21.

Nicht weniger ist eine unterthänigste Relation bey den Actis befindlich, worinn enthalten, daß dem jetzigen Stadtschreiber Schweickard viel Schuld beygemessen wird vorenthaltener völliger Restitution, weilen er Sattel und Pistol à rapina vorbehalten, wolle aber solche restituiren.

Daß also aus dem Wörtlein Völliger die Restitution des Pferdts bis auf Sattel und Zeug gar wohl zu schliessen, weilen die Beklagte nichts genommen als 3. gesattelte Pferdt und wenig Rechnungen, und sonsten nichts restituiren können.

Ejusdem Tenoris sunt etiam verba sequentia: ibi: Zumahln die geklagte Stuck theils wieder gut gethan, theils die Specification des Verlusts nicht gestanden.

vid. *Fascic. Act. 1. n. 12.*

9 So ist vors dritte auch ex diuturno silentio nicht anders zu colligiren, (solutio enim conjecturis & præsumptionibus quoque probari potest,) maxime si debitum antiquum, incertum & illiquidum uti hic

Freyer *tr. de solut. c. 11. membr. 4.* Masc. *de probat. concl. 1318. n. 26.* Carpz. *J. F. p. 2. const. 29. def. 11. & lib. 5. Resp. 104. n. 12. seq.*

als daß die Restitution rerum spoliatarum geschehen, indeme die Acta ergeben, daß man in 37. Jahren nichts mehr gefordert, ohnerachtet die Actores offt im Land gewesen und Gütern der Nähe gehabt.

Notum autem est quod solutum præsumatur debitum quando per plures annos solutio fuit omissa.

Menoch. *de præsumt. 135. num. 2. & 19.* Idem *Cons. 579. n. 6.* Mev. *p. 4. decis. 354. n. 4. p. 1. decis. 79. n. 1.* Carpzov. *p. 2. const. 29. def. 1. n. 1.*

nemo enim quis suum facile jactat

l. 25. ff. de probat.

quæ conjectura factæ solutionis pro non minima habetur etiam

ab Excell. Dn. D. Bardili *in Concl. Theor. pract. exercit. 28. concl. 14.* & Casp. Klockio *vol. 2. Cons. 80. n. 19. seqq.* qui multa pro hac temporis conjectura adducit.

præsertim si creditor alias diligens fuerit in exigendis debitis

Laud. Bardili *cit. loc.* Freyer *in tr. de solut. num. 76.*

welches von dem Hrn. Molitore seel. mit Fug kan gesagt werden, indeme bey den Actis sehr viel unterth. Suppliquen pro restituendis rebus ablatis an Ihr Durchl. zu finden, wie auch viel andere Missiven, so er an den Hrn. Vogt zu Nagold deßwegen hat abgehen lassen, vermuthlich also nicht geruhet, bis er Satisfaction bekommen. Absonderlich aber kan auch ein gutes argumentum factæ solutionis daher genommen werden, daß ebenmäßig die Hellerische so lang und bishero nichts gefordert, welchen doch 2. Pferdt abgenommen worden, und sind bißhero noch ruhig.

Dieser Decision mag einigen Abbruch nicht 9
gebähren, was oben ist eingestreut worden: Quod omnes actiones post litis contestationem contra heredes transeant, & tempore alias perituræ perpetuentur per

l. 139. 164. de R. J.

dann diesem Dubio schon bey der ersten ratione decidendi sein Recht geschehen, allwo mit mehrern angeführet worden, daß sich diese Action ratione tripli verjähret, in dem A. in die 37 Jahr facta computatione ab ultima cognitione intermissæ litis nichts gefordert. Et est quidem verum, quod litis contestatio actiones temporales reddat perpetuas, ita tamen ut actionem annalem, qualis est Vi bon. rapt. ratione tripli ultra 30. annos non extendat

Dn. D. Bardili. *cit. loc. th. 87.* Brunnem. *ad l. 9. §. 3. de jurejur.*

actionem vero tricennalem sive cui spatium 30. annorum regulariter est præfinitum, ad annos 40. porrigat.

l. ult. C. de præsc. 30. vel 40. ann. l. 1. §. 1. C. de ann. except. post Obrecht. Umm. Dn. Bardili *cit. l.* Brunn. *ad dd. ll.*

Und obschon diese angestellte actio angereg- 10
ter massen ratione simpli perpetua ist, und post litem contestatam bis auf 40. Jahr zu extendiren, welche Zeit hier noch nicht verflossen, so ist doch bey der 2. und 3. Rat. Decid. so viel beygebracht worden, daß das Simplum schon längsten restituiret, und deßwegen nicht kan

kan doppelt gefordert werden, quoniam bona fides non patitur ut idem bis exigatur

l. 57. ff. de R. J. c. bona fides. 83. de R. J. in 6to.

Siquidem æquitati contrarium est idem bis exigere

Dn. Ludw. & Dd. *ad d. l. 57. de R. J.*

11 Auf die andere Action nun zu kommen, welche von den Klägern ist instituiret worden, (dann ratione actionis Criminalis es schon längstens seine Richtigkeit) so gibt das Nagolder Gerichts-Protocoll, daß cum act. Vi bon. Bon. rapt. zugleich injuriarum æstimatoria in libello cumulirt, und hat Hr. Molitor seine injuri auf 200. Rthlr. æstimiret, mit Bitte ihm solche zu adjudiciren, und ist dieses petitum in specie auch von des Hrn. Sartorii Procuratore vor dem wohllöbl. Remissions-Gericht repetiret worden.

Ob nun wohl diese Actio injuriarum æstimatoria regulariter annalis

l. 5. C. de injur. ibi: injuriarum actio annuo tempore est præscripta: Dn. Lauterb. *disp. de injur. th. 29.*

& quia est pœnalis, ad meram tendens vindictam nec active nec passive transitoria

l. 1. §. 1. ff. de priv. del. l. 2. §. 4. ff. de Collat.

12 So hat es doch ein Ansehen, daß des Klägers Intention hoc in passu gegründet seye.

Quia & hic lis itidem est contestata, post illam vero hæc actio in bonis esse incipit & ad heredes transit

arg. l. 28. ff. de injur. l. 13. eod.

Constat enim ex supradictis, quod per litis Contestationem actiones tempore perituræ perpetuentur

d. l. 139. de R. J. l. ultim. de Fidejuss. & Nom.

id quod expresse etiam de injuriarum actione

in l. 13. ff. de injuriis

dicitur: ibi: semel autem lite contestata hanc actionem sc. injur. ad successores pertinere.

2. quia plures actiones cumulari possunt, licet earum una sit Civilis altera Criminalis, ita quidem una alteri non præjudicet

L. un. C. quando Civ. Crim. præjud.

13 Dessen dennoch ohnerachtet bin ich der ohnpræjudicirlichen Meynung, daß auch hoc in casu Klägers Intention nicht angehet aus nachstehenden Rechts-Gründen,

1. weilen die Beklagte in ihrer Verantwortung ausdrucklich aussagen, daß sie keine injurias ausgestossen, viel weniger animum injuriandi gehabt

Vid. Fascic. Act. 1. n. 7. Rubr. der Spolianten Verantwortung, ibi: seyen von ihrer Keinen die klagende Schmachwort weder gedacht noch ausgesprochen worden.

deßwegen dem Actori die Probation dessen obgelegen,

Ei enim, qui agit, incumbit probatio, non qui negat,

l. 2. l. 21. ff. de probat.

welches aber klagender Seiten im geringsten nicht geschehen,

cum tamen qui accusare volunt, probationes habere debeant, ita, ut actore non probante, qui convenitur obtineat, etsi nihil ipse præstet

l. 4. C. de Edendo.

sive ut Brunnemannus hæc ultima verba explicat: etsi Reus nihil pro sua innocentia probet vel præstet

quem *vid. ad d. l. 4.*

2. Quia injuriarum actio non potest cumulari cum criminali, quoniam ambæ ad vindictam tendunt

Bocer. *cl. 6. disp. 11. n. 84. lit. b.* Brunn. *ad l. un. C. quando actio Civ. Crimin. præjud.* Gail. *l. 1. O. 65. n. 3.*

ita ut una alteram elidat

d. l. un.

Nun geben die Acta klar, daß die Beklagte von dem Procuratore fisci zugleich criminaliter accusiret und mit der pœna Relegationis angesehen worden.

3. Quia hæc Actio æstimatoria hoc in 14
casu per præscriptionem (welches argument allein sufficient) etiam est sublata. Ex Antedictis enim constat actionem annalem per litis contestationem factam perpetuam ultra 30. annos non posse extendi

per tradita Dn. D. Bardili *disp. cit. th. 87.*

Nun sind aber gleichfalls auch hier 37 Jahr ab ultima cognitione, qualis est intermissa, längst verflossen, und deßwegen die actio gantz und gar ausgeloschen, ita ut Rei per superius dicta ipso jure ab ea sint liberati

l. 3. C. de præsc. 30. vel 40. ann. Berlich. *Concl. pract. 58. n. 5.*

Und ist dieser Assertion nicht zuwider, was 15
bey der 1. Rat. Dubit. angebracht worden, quod hæc actio æstimatoria per litis Contestationem facta sit perpetua, dann daraus gantz nicht folget, daß sie deßwegen ultra 30. annos zu extendiren und sich nicht verjähren könne.

Vid. supra allegat LL. & Dd.

So hindert auch die andere Objection nichts, quod plures actiones possint cumulari, etiam Civilis cum Criminali, dann dieses angehet quando utriusque finis est diversus & non utraque ad vindictam pertinet

Vid. Cujac. *in Paratit. C. qu. Civ. actio Crim. præjud. & lib. 20. obs. 26.* Brunn. *ad d. l. un. C. qu. civil. act. crim. præj.* Ant. Matth. *tr. de crim. lib. 47. tit. 1. c. 4. & tit. 3. c. 2. n. 5.*

Taceo quod etiam duæ pœnales non possint cumulari.

Könnte demnach in Consideration dessen und anderer bey der Sach fürlauffenden Umständen auf gnädigste approbation folgende Sententz denen Partheyen eröffnet werden.

Urthel.

IN der Fürstl. Remissions-Sach zwischen Hrn. Johann Friedrich Sartorio, Marggräfl. Bad. und Gräfl. Wolckensteinischen Vogten und Rentmeistern in der Graffschafft Eberstein Ux Nom. A. Eins: So dann Hannß Treibern von Nagold hinterlassenen Erben, Marx, Michel und Johannes Treibern, sammt der beyden letztern Pflegern, Georg Dietzen und Christian Härtern, cum Conss. in actis benannt Rr. andern Theils wird auf Klag, Antwort und all ander Gerichtlich Fürbringen, nach gethanem Rechts-Satz, genommenem Bedacht, und gehabten Rath, mit Urthel zu Recht erkannt, daß Beklagte von angestellten Klagen zu absolviren, wie wir sie dann hiemit davon absolviren und lossprechen, die Unkosten aber aus bewegenden Ursachen gegen einander compensiren und vergleichen.

Welches meinen Hoch- und Vielgeehrten Herren zu desiderirten Rechtlichen Nachricht in gegenwärtiger Sach dienstfr. anfügen, und nebst Ergebung Göttl. Gnaden-Schirms verbleiben wollen

Meiner Hoch- und Vielgeehrten Herren ꝛc.

Dat. Tübing. den 7. Febr. 1682.

CONSILIUM IV.

De Juribus & Privilegiis Collegiorum novis & singularibus concessionibus non interveniendis.

SUMMARIA.

1. *EX usu Reipublicæ est, ejusdem artis & professionis homines in certa redigi collegia*, Zünfften, Gülden und Innungen, *quo communis & privata utilitas eo magis promoveatur, & simul subordinata certarum personarum curâ & vigilantia Magistratuum majores curæ & sollicitudines aliquomodo subleventur.*
2. *Jus braxandi cerevisiam non est merè personale, sed plerumque ipsis ædibus inhæret, & tanquam jus reale possessorem sequitur.*
   Verbo Opificii cerevisiæ quoque coctio comprehenditur. ibid.
3. & 6. *Erectis semel in utilitatem publicam Opificum Collegiis, fini quoque convenit, ut quod artis aut opificii sui est, sibi solis vindicent, aliisque extraneis id interdici postulent.*
4. *Qui in Collegium recipitur, eo ipso etiam tacitè promittit, quod se Statutis Collegii conformare velit.*
5. *Certus ordo & circulus, quoad unumquemque Collegarum exercitium braxandi pervenit, omnino curatè servandus.*
7. *Privilegium, quo certus pro commodo publico in collegii litteris fundationis constitutus ordo intervertitur, & in præjudicium tertii tendit, per sub & obreptionem impetratum esse præsumitur, ideoque hoc ipso jure pro nullo habendum.*
8. *Principe contra factum suum proprium vel Antecessoris sui veniente, prima concessio, ex quâ alicui jus quæsitum est, sustinetur in suo vigore, secundâ, in quâ prima revocatur, non obstante, quia Princeps præsumitur circumventus vel facto impetrantis vel oblivione ante constitutorum ob negotiorum molem.*
9. *Hanc præsumptionem, Principem hoc casu esse circumventum, esse juris & de jure.*
11. *Princeps nequidem ex plēnitudine Potestatis jus quæsitum tertio sine causa auferre potest.*
12. *In quâvis Principis concessione clausula: salvo jure tertii, subintelligenda.*
13. *Nec remunerationis causa Princeps contra jus tertii alteri quid concedere potest.*
    Debet Princeps de suo largiri, non de alieno; cum de alieno largiri, sit species Tyrannidis. ibid.
14. *Etiam clausula: ex plenitudine Potestatis, nihil operatur in præjudicium tertii; præsertim ubi nulla causæ cognitio, eorumque quorum interesse vertitur, citatio præcesserit.*
15. *Princeps quantum possibile est omnium commodis prospicere debet & major est utilitas & necessitas conservare totum collegium, quam gratificari uni & alteri cum detrimento corporis universi.*
16. *Tranquillitati civitatis æque contrarium ac à jure alienum est, æqualitatem in cives justam non servare.*
17. *Nihil sanctius servari debet, quam quod universitatis privilegiis continetur.*
18. *Privilegia certis Collegiis concessa omnino servanda, nisi utilitas Civitatis aliud postulet, ut cui Collegiorum utilitas cedere debet.*

Urthel.

IN Sachen der sämmtlichen Braugenossen zu Bosingfeld, Imploranten an einem, entgegen und wider Christoph Stuckenbergen, und Heinrich Kneesen, Imploraten am andern Theil; Erkennen wir Gräfliche Lippische Landdrost, Cantzley-Director und Räthe allem Fürbringen nach, auf eingeholten Rath fremder Rechtsgelehrten, zu recht, daß Imploraten des absonderlichen freyen Brauens und Krugens sich gäntzlich enthalten, hingegen aber mit dem ordentlichen Reigebrauen gleich andern begnügen lassen, und also Imploranten in ihrem Brau-Amte, zu deren Schaden und Nachtheil, in keinem Weg ferner turbiren und beeinträchtigen sollen, die von beyden Theilen aufgewandte Unkosten aus bewegenden Ursachen gegen einander compensirend und vergleichend.

Daß gegenwärtige Urthel ꝛc.

RATIONES DECIDENDI

SO Uns zu Abfassung sothaner beykommenden Urtheil in Sachen der sämmtlichen Braugenossen zu Bosingfelde contra Christoph Stockenberger und Heinrich Kneeser daselbst bewogen, seynd folgende:

1 Erstlich, so befindet sich aus der von Imploranten bey ihrer andern Bittschrifft sub lit. A. producirten Beylage, daß weyland ꝛc. Hr. Simon Graf und Edler Herr zur Lippe ꝛc. in A. 1605. gewissen Einwohnern des Fleckens Bosingfeld die Brauer-Amts-Gerechtigkeit gegeben, also, daß nicht ein jeder, sondern sie in berührter Beylage specificirte Einwohnere, die sothane Amts-Gerechtigkeit erhalten, allein, zu besserer Fortsetzung ihrer Nahrung, in besagtem Flecken Bier brauen und verkauffen sollen, und sich keimand anders unterstehen, deren Handthierung oder Gewerbs zu gebrauchen, es wäre dann, daß er sich mit in ihren Gülden begeben, und deßwegen zuvor bey Gnädigster Herrschafft und ihnen qualificirt gemacht hätte; Damit aber gute Ordnung gehalten würde, und nicht einer dem andern in seiner Nahrung vorgrieffe, sollten sie sich befleissigen gut Bier zu brauen, und nicht einer vor dem andern eher brauen, sondern solches auf der Reige gehen lassen, wie es in andern Städten und Flecken der Grafschafft gebräuchlich, ausgenommen Caspar Kramern, welchem bewilligt, neben dem Hamelischen Kruge zu brauen, damit allezeit zwey Krüge wären. Welcher Innungs-Brief in allen Puncten und Clausuln zu erst von Weyland ꝛc. Hrn. Joh. Bernhardt, Grafen und Edlen Herrn zur Lippe ꝛc. Christmiltern Gedächtniß in Anno 1651. besage lit. B. hernach von Weyland ꝛc. Herrn Herman Adolph, Grafen und Edlen Herrn zur Lippe hochseeligsten Angedenckens, in A. 1664. besage lit. D. und wieder von Anno 1668. von dem jetzt regierenden Hochgebornen Grafen und Herrn, Herrn Simon Heinrich, Grafen und Edlen Herrn zur Lippe, ꝛc. ꝛc. gnädigst renoviret und confirmiret. Welches dann wohl und weißlich gethan und angeordnet von weyland Herrn Graf Simon, dem Aeltern, und dessen Successoribus. Nam ex usu Reip. esse, ejusdem artis & professionis personas in certa Collegia, in gewisse Zünfften, Gülden und Innungen, redigi, ad sustinenda communicanda & promovenda suæ professionis compendia, omnes fere agnoscunt. Cum enim Magistratus, etiam vigilantissimi, sollicitudinem superet, omnia pari cura inspicere, observare & disponere, & tamen in iis cujuslibet desideriis frenum non laxari publice interest, plurimum Reip. conducit, (ad meliorem ordinem & distinctionem eorum, qui eadem tractant,) singulis negotiis & artibus deditos, in collegia redigere, quibus Seniores præsint, ut quæ ad ea pertinent, subordinata cura vel ipsi moderentur vel ad Magistratum referant.

Mev. *ad Jus Lubec. part. 4. tit. 13. art. 3. n. 1.* Fritsch. *de Colleg. Opific. part. 1. cap. 2. n. 1. 2.* qui & alias utilitates illorum innuit.

Und haben 2. ex concesso Jure Collegii die 2
in der Concession specificirte Innwohner ermeldten Fleckens, und die so ihnen in ædibus succedirt, (nam jus braxandi cerevisiam non esse mere personale, sed plerumque ipsis ædibus inhærere, & tanquam jus reale possessorem sequi, probat

Carpz. *p. 2. c. 6. d. 6. n. 7. & c. 41. d. 15. n. 5.* Mev. *ad Jus Lub. lib. 3. tit. 12. art. 12. n. 9.* Fritsch. *de Oenopol. c. 2. n. 34.* Tabor. *de Jure Cerevis. cap. 2. §. 7.* Zyth. à Bude *de jur. braxand. part. 1. c. 1. n. 4. 5.*)

so dann die, so nachgehends mit Gnädigster Herrschafft Bewilligung das Amt gewonnen, alleine, was darzu gehörig, zu üben, und können die erhaltene Amts-Gerechtigkeit oder jus opificii (verbo enim opificii coctionem cerevisiæ quoque comprehendi ex illius definitione & communi vulgi judicio probat

Zythand. à Bude *d. tr. p. 1. cap. 2. n. 90.*)

andere, die nicht Amtsgenossen seyn, sammt dessen Ubung verbieten. Ut enim ideo opificia in 3
certa collegia distincta & singulis sua jura, privilegia & officia attributa sunt, ut quisque ea, quam didicit & profitetur, functione contentus in & ex ea victum quærat, alios non turbet aut mediis ex sua arte victum quærendi privet, ita isti fini atque prudenti instituto majorum hoc quoque convenit, ut

quod artis aut opificii sui est, opifices sibi solis vindicent, aliis qui nec artis nec collegii sui sunt, id interdici efficiant.

Richter. *part. 2. dec. 80. n. 38.* Berlich. *p. 2. dec. 150. n. 33.* Mev. *p. 9. dec. 100. n. 2. & cons. 49. n. 10. cons. 51. n. 58.* Brunnem. *ad l. 3. ff. de colleg. & corp. n. 6. & cons. 57. n. 11.* qui omnes agnoscunt Jus Collegii facultatem cæteros, qui non sunt de collegio ab exercitio artis suæ, excludendi præbere.

4 3. Seynd alle Amtsgenossen obligirt und verbunden, sich des Amts, darinn sie aufgenommen, Ordnungen und Statutis gemäß zu bezeigen. Quicunque enim in Collegium aliquod recipitur, tacite quasi, dum recipitur, promittit recipientibus, quod se statutis Collegii conformare velit, proinde id etiam servare, & omnia, quæ reliqui Collegiati faciunt, ipse quoque præstare debet.

Berlich. *d. dec. 150. n. 28.* Brunneman. *d. cons. 57. n. 17.*

5 Weil nun bey Aufrichtung dieses Braueramts von Weyland Herrn Graf Simon, dem Aeltern, die heylsame Ordnung gemacht, daß nicht einer vor dem andern herbrauen, sondern solches auf der Reige gehen lassen sollten, wie es in andern Städten und Flecken der Grafschafft Lippe gebräuchlich, damit also niemand dem andern in seiner Nahrung vorgrieffe, dieselbige auch von dessen Successoribus in Regimine gnädigst confirmirt, so seynd alle und jede Amts- oder Zunfft-Genossen dabey zu verbleiben und dieselbe zu halten schuldig, zumalen, da solche Ordnung auch ausser der Grafschafft an andern Orten gehalten wird, daß daher Zythander à Bude schreibt, in hoc ordine formam braxandi consistere, huncque omnino servandum esse, nec quenquam anticipare posse, cum anticipatio in Jure nostro sit valde odiosa, per eam totus braxandi ordo invertatur, & quam certissimum reliquis exin oriatur damnum ac ex hoc querelæ vel centum, & discordiæ inter Collegiatos perpetuæ, quæ non possint non Collegio esse nocivæ.

d. tr. part. 1. c. 4. add. Brunnem. *Cons. 141. n. 19.*

Ausser dem Simon Kramern und dessen Successoren, so gleich bey der ersten Aufrichtung der Zunfft von dieser Ordnung eximirt und erhalten, nebenst dem Hamelischen Kruge (Bier auf Bier) zu brauen, damit allezeit zwey Krüge allda im Flecken seyn möchten, welches ihm auch in allen erfolgten Confirmationibus bestättiget.

6 Und demnach 4 dieser von Weyland Herrn Graf Simon, dem Brauer-Amt gegebene Innungs-Brief gleichsam Lex fundamentalis des Amts ist, daraus dessen und deroselben, die darinn und darunter seyen, Recht, Macht, Gewalt, Freyheit und Commodität zu æstimiren, ist darauf insonderheit und fürnemlich zu sehen in Strittigkeiten, so sich unter ihnen, oder zwischen ihnen und andern, so nicht eben Amts-Genossen seyn, ereigen und das jenige, was zu dem Amt und dessen Ubung gehörig, concerniren, gestalten daraus das Brauer-Amt und sämmtliche Braugenossen ein Jus quæsitum erlanget, so sie wider manniglichs Beeinträchtigung zu vindiciren und zu behaupten in allwege befugt, die hohe Obrigkeit auch sie dabey omnibus modis zu schützen gehalten. Enim vero concessiones Juris Collegii jus quæsitum facere & tam concedentes, quam eos, quibus concessum, ad observantiam ejus, quod pacto quasi publico placuit, adstringere, si ita jus collegii concessum, ut non liceat aliis, quam qui sunt de collegio, nec illis aliter quam hoc vel illo modo, opificium in loco exercere, probat,

Mev. *part. 1. dec. 56.*

Ob also wohl Implorati 5. vorschützen, 7 daß sie von weyland Hrn. Hermann Adolph, Graffen und Edlen Herrn zur Lippe ꝛc. mit eben dergleichen Privilegio, als Simon Kramer, begnadiget, gestalten die mit der Exceptionis loco eingerichten unterthänigen Bitte sub n. 1. producirte Beylage klar ergebe, daß von hochermeldtem Hrn. Graffen, Hermann Adolph ꝛc. Christoph Stückenbergen und dessen Erben wegen deren von ihm in seinem getragenen Vogt-Amt geleisteten treuen Dienste, neben der Freyheit von allen oneribus und Beschwerden, auch diese Libertät und Macht ausdrücklich gegeben, daß er und seine Erben auf der ihm zu bauen angewiesenen Stätte sich des Bierbrauens und Sellens zu ihrem Besten bedienen, wie auch Wein, Brandtewein und Hamelisch Bier, ohn manniglichs Verhinderung daselbst schencken und auszapffen mögen ꝛc. nicht weniger aus der andern Beylage sub n. 2. klar zu ersehen, daß von erst hochermeldtem Hrn. Graffen ebenmäßig Heinrich Knesen auf sein unterthänigs Suchen und Anhalten ex gratia vergönnet, und dieses privilegium ihm und seinen Erben gegeben, daß er und sie zwar forthin in gemeinem Brauer-Amt verbleiben, dennoch aber nicht eben an die Reige oder Ordnung gebunden, sondern berechtiget seyn sollen in Krafft dessen, so offt und viel als sie vermögen zu verzapffen, Bier bey Bier in Vorrath zu brauen ohne jemands Sperr- und Beeinträchtigung ꝛc. So mag doch solches ihnen wenig zu gute kommen, in Ansehung die rechtliche Vermuthung, daß sothane privilegia, so zu keinem geringen præjudiz der gesamten Braugenossen gereichen, als wodurch ihnen ihr jus quæsitum entzogen und abgenommen, der pro commodo publico in literis fundationis Collegii constituirte ordo intervertirt, und die Nahrung andern gesperret oder geschmälert wird, per sub- & obreptionem expracticiret worden. Nam concessionem in præjudicium tertii factam subreptitiam præsumi, tradit ac probat in terminis

post Iserniam, Menoch. *Cons. 426. n. 27.* Klock. *vol. 1. Cons. 6. n. 235.* Brunnem. *Cons. 1. n. 174.* Gail. *2. O. 55.* ibique Bernh. Græveus.

Idque

Idque quia Princeps non præſumitur cuiquam, etiam infideli, jus ſuum quæſitum auferre velle.

JCti Argent. *vol. 1. Conſ. 2. num. 36. ſeqq.* ibique alleg. *& vol. 2. Conſ. 30. n. 61.* Vultej. *vol. 4. Conſil. Marp. 20. n. 79.* Mev. *Conſ. 108. n. 71.* Quò facit *l. 4. C. de emancip. lib.* ubi ipſimet Impp. reſcribunt: non eſſe moris Imperatorii, aut ſolere Principem in cujusquam injuriam beneficia tribuere; & illud egregium Theod. Imp. dictum ac effatum: Munificentiam noſtram nulli volumus extare damnoſam, ne quod alteri tribuitur, alterius diſpendiis applicetur, nec inferri à quoquam volumus, quod alteri noſtra largitate contulimus, ne, quod dictu nefas eſt, bene meriti munus innocentis contingat eſſe diſpendium, quod refert

Caſſiodor. *lib. 2. variar. 17. pag. 62.*

Si ergo caſu eveniat, ut per privilegium ab ipſo alicui conceſſum alii jus quæſitum auferatur, præſumitur hoc per circumventionem & importunitatem potius, quam per voluntatem dediſſe ac feciſſe.

Felin. *in c. conſtitutus. x. de reſcript. & c. cum olim. de rejudic. n. 5.* Klock. *tom. 1. Conſ. 7. n. 292.* Argent. *d. Conſ. 30. n. 62.*

Ideoque tale privilegium per ſub- & obreptionem ac importunas preces impetrantis elicitum, ipſo jure eſt nullum.

Brunnem. *ad l. 8. C. de Murileg. n. 3. & Conſ. 1. n. 156.* Mev. *Conſ. 50. n. 81. & Conſ. 102. n. 10.* Menoch. *de A. J. Qu. l. 2. cent. 3. caſ. 201. n. 2.*

8 Et inde 6. Dd. communiter ſtatuunt, quod Principe contra factum ſuum proprium vel anteceſſoris ſui veniente, prima conceſſio ſuſtineatur & maneat in ſuo vigore, ſecundâ, in qua prima, ex qua alicui jus quæſitum eſt, revocatur, non obſtante, quia, ut dictum, Princeps præſumitur circumventus vel facto impetrantis, male enim interdum inſtruitur & informatur,

v. l. 1. C. de petit. bon. ſublat. l. 6. ibi: *minus inſtructis precibus. C. de aquæduct. c. fin. de reſcript. in 6.* Gail. *1. O. 14. num. 6. & 2. O. 58. n. 8.* Brunnem. *Conſ. 1. n. 158.*

vel oblivione antegeſtorum aut conſtitutorum, quæ ob negotiorum multitudinem non ſemper in numerato habere poteſt.

l. prædia. C. de locat. præd. civil. Gail. *d. O. 55. n. 9.* Brunneman. *d. Conſ. 1. n. 161.* & poſt plures alios Klock. *t. 2. Conſ. 21. n. 9. 10.* Herm. Vultej. *Conſ. Marp. vol. 4. Conſ. 46. n. 249.* ex Alex. Raudens. *vol. 2. Conſ. 1. n. 420. & ſeq.* ſubjiciens: ubi Princeps contra

9 factum ſuum vel Prædeceſſoris ſui venit, adeò poſterius geſtum non valere,

& Principem circumventum præſumi, ut talis præſumptio etiam ſit juris & de jure, quæ non admittat probationem in contrarium, idque teſtari omnes *in c. cum olim. x. de re jud.* & approbaſſe conſulendo Roman. *Conſ. 298.* Ruin. *vol. 4. Conſ. 98. n. 22.* Weſenb. *Conſ. 4. n. 36.* Pruckman. *v. 1. Conſ. 39. n. 41. ſeqq.* quibus etiam ſubſcribat Mynſing. *3. O. 61.* monens, hoc tanquam ſingulare non eſſe contemnendum, quia ſæpe in aulis evenire ſoleat, ut Princeps per importunitatem petentium revocet, quod ſervare tenebatur, & concedat, quæ concedenda non erant, nec ipſe concederet, niſi perſuaderetur aut inverecunda ac importuna impetrantis petitione fatigaretur.

Demenach die geſamte Braugenoſſen bey 10
ihrem in anno 1605. von weyland Graff Simon auf die Brau- und Krug-Gerechtigkeit erhaltenen Privilegio, ſo von weyland Graff Johann Bernhard, und weyland Hrn. Herman Adolphen, Graffen und Edlen Hrn. zur Lippe ꝛc. ſelbſten, in allen Puncten und Clauſulen gnädigſt confirmirt, nicht nur allein quoad ipſum Jus Collegii ac Opificii, ejusque liberum exercitium, & hinc competentem facultatem excludendi ab eo alios, qui non ſunt de collegio, ſondern auch quoad ordinem braxandi ab ipſis Collegiatis ſervandum, inibi pro bono publico ita determinatum, ut nulli præterquam Sim. Cramero, toties, quoties velit, braxare liceat, unangeſehen deren dawider von Imploraten erlangten Privilegien, wider ſie in allwege zu ſchützen und zu manuteniren.

Um ſo viel mehr 7. weil auch ein Fürſt oder 11
anderer Herr nicht kan de Jure einem tertio ſine cauſa ſein jus quæſitum nehmen und einem andern geben, ne quidem ex plenitudine poteſtatis, ut pluribus probant

Ferd. Vasqu. *lib. 1. controv. illuſtr. c. 5. n. 15. ſeqq.* Schrader. *tr. feud. p. 4. c. 1. n. 29.* ubi teſtatur de communi. JCti Argent. *vol. 2. Conſ. 57. n. 149. ſeqq.* Brunnem. *ad l. 31. ff. de ll. n. 10. ſeqq. & Conſ. 1. n. 177. 271. ac Conſ. pen. n. 21. 339. ſeqq.* Vultej. *Conſ. Marp. vol. 4. Conſ. 16. n. 470. ſeqq.*

Unde in quavis Principis conceſſione 8. 12
clauſula: ſalvo jure tertii, ſubintelligenda, ſemper enim ipſe in conceſſionibus ſuis intelligitur jus tertii velle eſſe ſalvum

poſt Tiraquellum, Camill. Borellum, Cravettam, Klock. *tom. 1. Conſ. 10. n. 80. 81. 82.* Brunneman. *Conſ. 1. n. 235. & Conſ. 131. n. 123. it. ad l. un. C. de Metrop. Ber. n. 3.* Mev. *Conſ. 63. n. 18. 30.*

Und ob wohl 9. dawider eingewendet wer- 13
den möchte, daß ſo viel den Stuckenberg concernirt, eine juſta cauſa ſich finde, meritorum ſcil. remuneratio, darum deſſen privilegium

wohl bestehen und auch in præjudicium tertii, der Braugenossen nemlich, extendiret werden möge:

argum. traditorum à Brunnemanno *Conſ. pen. n. 96. j. 312.*

So viel aber den Knesen belange, so habe dessen privilegium die clausulam de plenitudine potestatis, quæ pariter operetur in tertii præjudicium

juxta Tiber. Decian. *vol. 1. Resp. 18. n. 279. seqq.* Jac. Phil. Portium. *Conſ. 107. n. 44.* Nattam. *Conſ. 636. n. 159.*

So mag doch dieser keines den Stich halten, nicht das erste, dann kein Fürst oder Herr ob remunerationem alteri faciendam dem dritten sein Jus entziehen oder sonst auf andere Weg verwenden kan, uti hoc docet

Petr. Ant. de Petra *de jur. quæſ. non tollend. fol. 597.* post Afflict. *in c. 1. §. similiter. n. 30. 2. F. 51.* ubi notat sententiam Dd. statuentium Principem ex causa remunerationis posse rem unius alteri dare, quam sequitur Tiraquell. *in l. si unquam. verb. donationem largitus. n. 43. C. de revoc. don.* Ant. Gabriel. *lib. 3. tit. de jur. quæſ. non toll. concl. 1. n. 38. &c.* non videri aliquo pacto sustineri in puncto juris posse.

Debet enim Princeps remunerationis causa de suo largiri, non de alieno

Hippol. Riminald. *Conſ. 18. n. 124.* Joh. Franc. de Ponte *Conſ. 4. n. 60.*

Imo aliena largiri speciem Tyrannidis esse, per quam contaminetur Principis liberalitas & magnanimitas, formaliter scripsit

Elbert. Leonin. *Conſ. 99. n. 6.* cit. Klock. *tom. 1. Conſ. 7. n. 346.*

Et hanc sententiam etiam ipsemet approbat quodammodo

Brunnem. *Conſ. 1. n. 277. seqq.*

14 nicht auch das letzte, denn solche Meynung gantz irrig und falsch, nil quicquam enim illa clausula operatur in his, de quibus Princeps disponere non potest, & cum de præjudicando juri alterius quæstio est, præsertim si, ut hic, nulla causæ cognitio intervenerit, & concessionem privilegii illorum, de quorum præjudicio & interesse agitur, citatio haud præcesserit, uti pluribus probant

Vultej. *vol. 4. Conſ. Marp. 46. n. 252. seqq.* ibique alleg. Hunn. *Encyclop. Jur. Univ. p. 1. t. 6. c. 2. n. 16.* & ibi citati.

15 10. Gibt eine bewegliche causam decidendi, daß die Imploranten beständig vorgeben und behaupten, daß wann Imploraten Bier auf Bier zu brauen, und frey zu krugen zugelassen werden sollte, sie alle Nahrung an sich bringen, Imploranten das Brodt vor dem Munde gleichsam wegnehmen, und der Mittel zu leben berauben würden, daß also das Amt zu Grunde gehen müßte. Welches nicht allein an sich unbillich und den Rechten entgegen, sondern auch dem bono publico höchst-schädlich, dahero billich und fürträglich, daß Imploranten bey ihren erlangten Rechten und Befügniß, so sie aus dem Innungs-Brief ratione der Ordnung im Brauen haben, geschützet, hergegen Imploraten angehalten werden, sich gleich ihnen mit dem ordentlichen Reigebrauen zu begnügen, damit beyde Theil zugleich ihre Nahrung haben mögen. Convenit hoc boni Magistratus officio, ceu qui parentis vicem plebi exhibere, & subditos liberorum loco tueri;

l. 4. C. de defenſ. civit.

ideoque in omni tempore subjectorum commoda tam investigare, quam quomodo iis mederi possit, procurare

l. 23. pr. C. de nupt.

& quantum est possibile omnium commodis prospicere debet.

l. 34. C. de inoff. testam.

Id quod malè observaretur, si concederetur uni atque alteri ob emendicatum privilegium toti Collegio præripere media sibi suisque victum quærendi & necessaria civitati subministrandi, aut si committeretur, ut per unum & alterum tot utiles & boni cives supprimerentur, & mediis sustentandæ vitæ & artis destituerentur.

Mev. *Conſ. 63. n. 49.*

Nam major est utilitas & necessitas conservare totum Collegium, quam gratificari uni & alteri cum intertrimento corporis universi.

Und würde es sonst 11. widrigen falls zwi- 16
schen der Gemeine und Amts-Gliedmassen eine grosse Ungleichheit abgeben und zu burgerlicher Ruhe wenig dienen, wann einem mit Verstattung dessen, so dem andern zugehörig, aufgeholffen, der ander bey ermanglendem Schutz bey dem Seinigen und erleidenden Eintrag von andern untergedruckt würde. Quod quam contrarium est concordiæ civium & tranquillitati civitatis aut municipii, tam etiam alienum est à jure, quod æqualitatem valde amat

l. illud. C. de collat. l. fin. C. comm. utriusque jud.

eamque in omnibus servari jubet

l. pen. C. comm. div.

ideoque non vult præcipi cæteris, quorum par conditio esse debet,

l. 6. §. 7. ff. quæ in fraud. cred.

sed exigit ex utraque parte æqua lance æquitatem servari

l. 21. §. 1. C. de repud. Mev. *Conſ. 63. n. 16.*

Zu geschweigen, quod 12. nihil sanctius 17
servari debeat, quam quod universitatis privilegiis continetur, amor & obsequium erga Superiores, membrorum inter se quies & concordia, salus & vigor ordinum, omnium justa harmonia, singulorum spiritus & victus &c. ut hinc non immeritò tales Prærogativas sibi servari magni faciant Provinciales

l. 4. §. 5. ff. de offic. Proconſ.

iisque violatis multum turbarum enascatur, & tota universitatis compages non minus con-

conturbetur, quam ex unius membri ægritudine totum corpus langueſcit.

Mev. *Conſ. 50. n. 2.*

18 Welcher angeführter und anderer, Kürtze halben mit Stillschweigen übergehender Ursachen wegen wir vermeinen, daß gegenwärtige Strittigkeit durch beygehende Urthel wohl terminiret und entscheiden werden könnte; zumalen 13. weilen ex actis nicht zu sehen, daß die Gemeine im Flecken Bosingfelde zugenommen und stärcker worden, als sie vorhin gewesen, auch die Strasse gänger als vormals, daß derwegen zwey Krüge an dem Orte zu wenig, ob sie gleichwohl vor diesem genugsam gewesen, also utilitas publica exigirt hätte, daß mehr aufgerichtet und angeordnet worden wären, oder noch würden, dann in solchem Fall hätte die hohe Obrigkeit wohl ein anders wider die erste Ordnung constituiren, und indulgiren können. Nam etsi, jure Collegii explicato suprà modo conceſſo, Magiſtratus aut Princeps velut ex pacto publico conditionem, quam ipſe appoſuit, Collegio ſervare ſit obligatus, attamen ſi illa ex poſtfacto ad noxam Reipubl. vel univerſitatis divergat (utilitati enim civitatum jura Collegiorum cedant *l. 1. ibi Bartol. ff. de Colleg. & Corp.*) commerciorum uſibus, vel ipſius Collegii commodis contrarietur, aut alia cauſa obligationis vinculum ſolvens accedat, haud prohibetur de ſemel ſtatutis recedere atque aliud, quod utilius videtur, ſurrogare

Mev. *part. 1. dec. 56. & p. 5. dec. 229.*

Allein, wie gemeldt, ist davon in Actis nichts befindlich, derowegen es bey obiger Decision verbleibet.

Welches ꝛc. ꝛc. Actum in Collegio Noſtro d. 6. April. Anno 1682.

CONSILIUM V.

De dolo negotio per ſe ſubſiſtenti & inde Actioni doli cauſam dante; Item de Transactione generali, an in ea dolus remiſſus cenſeatur?

SUMMARIA.

1. *Notabilis caſus de dolo cauſam dante.*
2. *Dolus cauſam dans contractui per ſe ſubſiſtenti dat locum Actioni de dolo.*
3. *Et quamvis cum alio quam inducente contractus ſit celebratus, ſi modo ille tertius, dolum committens ſit ſolvendo.*
   Quamvis etiam ipſe, qui contractum iniit cum decepto, doli particeps fuerit. ibid.
4. 5. *Conciliatores Transactionum an & ipſi ex iis, ſi forte eorum mentio facta, rei transactæ exceptionem allegare queant.*
6. *De Transactionis ſubſtantia eſſe, ut ab eo, cui aliquid remittitur, pro illo viciſſim aliquid alteri, qui remiſit, datum vel promiſſum ſit.*
7. *Transactio cum unō inita non prodeſt alteri, cum quo non eſt transactum, etiamſi ſinguli in ſolidum teneantur.*
8. *Transactio de re certa ſtricte eſt explicanda, nec ad alias res temere extendenda, etiamſi generaliter additum ſit: nihil à te petam amplius, vel germanice:* Wir wollen hiemit gantz von einander entledigt seyn.
9. *Transactio enim relationem habet ad litem, quæ per eam deciſa eſt, non ergo ad id, quod in lite non fuit, extendenda.*
10. *Generaliter facta Transactio ad doli remiſſionem non ſufficit, niſi certò & ſpecialiter de ejus remiſſione conſtet; alias in omni diſpoſitione, & ſpeciatim in Transactione, etiam genere, ſemper exceptus intelligitur.*
11. *Inſtrumentum ſe ad aliud referens ex hoc interpretationem accipit, quia inſtrumentum relatum eſt principale, & relatio relatum ponit in referente quale eſt relatum, non aliud, nec aliter, nec alterius juris.*
12. *Unde tametſi in relato aliter ſcriptum, quam in referente invenitur, relato, & non referenti, ſtandum.*
14. *Transactio, ad quam ineundam quis dolo inductus eſt, omnino reſcindi poteſt.*

Als uns Decano und andern Doctoribus der Juristen Facultät bey gemeiner Hohen Schul zu Tübingen folgende Facti Species ihres wörtlichen Innhalts zugesandt worden, mit Begehren, wir wollten über die derselben zu End angehengte zwey Fragen unser rechtliches Gutachten, doch dermalen weil periculum in mora ohne weitläuffige Anführung der rationum dubitandi & decidendi, bey aufwartendem Boten ertheilen, so haben wir nicht unterlassen, zu freundlicher Willfahr, nach fleißiger derselben Durchlesung davon gleichbalden, in unserm versammleten Collegio, reifflich zu deliberiren, und auf die Facti Speciem sammt Beylagen lit. A. & B. (welche wir zu dem Ende præmittirt,) und die daraus gezogene zwo Fragen vor Recht gehalten, wie unterschiedlich folget.

FACTI SPECIES.

ES hat Lazarus Günsburger ein Jud vorigen 1681sten Jahrs den 30. Sept. Hrn. Andreä R. Burgern und Handelsmann zu Augspurg eine Perlen-Schnur von 1800. Stück à 11. Kr. das Stück angetragen und gegen theils Waaren theils baarem Geld pro 330. fl. verkaufft, mit Vermelden: er Hr. R. könte bey seinem amico in Nürnberg, mit deme auch er, Jud viel zu negotiren hätte, diese Perlen wiederum anbringen, massen folgends auch geschehen, und hat Hr. R. diese Perlen Schnur nacher Nürnberg versandt, selbige auch allda ohne Verlust verkauffet. Gleich darauf aber, als diese Perlen zu Nürnberg verkaufft worden, kam bemeldter Jud, und wollte eben diese Perlen, das Stuck à 12. Kr. oder wenigst 11 und ein halben Kr. ihme Hrn. R. an Mann bringen helffen. Nun aber hat Hr. R. hernacher erfahren, daß diese Perlen das Stuck nur 2 und ein halben Kr. oder höchst 3 Kr. werth gewesen, und daß, allen hierunden erzehlten Umständen nach, der boshafftige Jud dem gedachten Nürnbergischen Amico, zu dem Ende selbsten die Perlen so hoch muß aberkaufft oder angebracht haben, damit zu einem weit grössern Perlen-Kauff der Hr. R. angefrischet, und, wie dann auch geschehen, um vieltausend Gulden betrogen werden möchte: Gestalten dann bald darauf den 9. Octobris, er Lazarus Günsburger ihme Hrn. R. zu verstehen gegeben, möchte wohl eine Perlen-Schnur von 2000 Stück à 16 oder 18 Batzen das Stück haben, wüste selbige bey einem fremden Grafen allhier zu Augspurg anzubringen; worüber Hr. R. repliciret, wann er dergleichen bekäme, wollte ers ihne Juden vorhero sehen lassen: Entzwischen aber hat ein anderer reicher Jud bey einem vornehmen Mann, allhie zu Augspurg sich befraget, wie der R. beschaffen, ob er auch eine gute Schlappen ausstehen könte? als nun die Antwort mit ja, und daß der R. von guten Mittlen wäre, ausgefallen, ist wenig Tag hernacher, den 13 Oct. ein anderer Jud von Venedig, Nahmens Jacob de Lazaro, zu dem Hrn. R. gekommen, ihme eine Perlen-Schnur von 2081 Stück angetragen, als nun Hr. R. zu ihme vermeldet, wollte diese Perlen zuvor jemanden sehen lassen, zu dem Ende auch aus dem Hause gehen wollen, sihe, so stunde vor seinem des R. Haus Eingangs bemeldter Jud Lazarus Günsburger, welchen dann Hr. R. in Meynung daß er ihme zu diesem Perlen-Kauff recht einrathen sollte, mit sich in sein Haus in ein a part Zimmer genommen, und diese Perlen-Schnur sehen lassen, worüber sich dieser Günsburger gleich verwundert, und vermeldet, wo er, Hr. R. diese gar schöne Waar bekommen, sollte sie ihme vertrauen, wollte trachten dem fremden Grafen solche zuverhandeln: Nachmittags kam dieser Jud Günsburger wieder, hatte aber den Grafen nicht angetroffen: Welches er auch also bis in den 4ten Tag getrieben, endlichen aber zu Hrn. R. vermeldet, der Graf wollte vor ein Stück 1 fl. geben und mit lauter Louis-blanc à 1 fl. 30 kr. auszahlen, er, Jud, getraute aber wohl das Stück à 16 und einen halben Batzen an Mann zubringen, der Hr. R. sollte nur diese auch andere kleinere und grössere Perlen, auf sein des Judens Wort kauffen, und ein schön Sortiment einhandlen, sollte es aber niemanden weiters sagen, er Jud Günsburger, wollte ihme R. alles wieder verkauffen, und noch vor Weyhnachten 5000 Rthlr. baar Geld lösen: Wann aber Hr. R. die Perlen kauffte, so wollte er Jud Günsburger selbige allemahl verpitschieren, damit selbige niemand anderer zu sehen bekommen möchte: allermassen auch geschehen, und hat dieser Jud, Lazarus Günsburger, bis aller Handel mit gedachtem Venediger Juden, Jacob de Lazaro vorbey und geschlossen worden, jedesmahl die Perlen verpitschirt, und darbey versprochen, wollte H. R. alles verkauffen und an Mann bringen, sollte nur die Perlen niemanden sehen lassen; und dörffte ihme Juden Hr. R. keine Provision geben, bis er 500 fl. verdienet habe. Weilen dann dieser Jud Günsburger ihme Hrn. R. die Perlen nicht allein gelobt, und zu kauffen angefrischet, sondern auch versprochen selbige mit Vortheil wiederum an Mann zu bringen, so hat daraufhin er Hr. R. mit dem Venediger Juden contrahiert, und um etlich und 20000 fl. Perlen, theils um baares Geld, theils gegen andern guten Waaren, von ihme eingethan. Als nun der Jud Lazarus Günsburger, versprochener massen die Perlen an Mann bringen sollen, und aber der Verschleiß nicht erfolget, hat Hr. R. nacher Hamburg und anderswohin geschrieben, in Meynung an dergleichen Orten die Perlen zu verhandlen, zu dem Ende auch einige darvon dahin verschickt. Es ist ihme aber in Antwort bedeutet worden, daß die Perlen um ein namhafftes weniger werth wären als er sie erkauffet; woraus dann Hr. R. vermerckt wie gräßlich und hoch er von beeden besagten Juden angesetzet und s. h. betrogen worden; dahero dann er darauf den 26 Jan. diß Jahrs den Venediger-Juden Jacob de Lazaro zu Pfensen in Arrest nehmen lassen, und ihne um 7000 fl. (wiewohlen zwar erst hernacher der Schaden sich weit grösser befunden) Schaden angeklagt, wofür auch der Jud Bürgschafft geleistet: des folgenden Tags kam der Jud Lazarus Günsburger zu Hrn. R. abermahlen unter der Larven eines guten Freunds, und sagte, der Jud Jacob de Lazaro habe nacher Günßburg, an das dasige Ober-Amt, eine Stafetta abgehen lassen, und darinn aeklaget, was Gestalten man ihne arrestiren lassen, und daß Herr R. ihne, den Arrestirten, den Tag zuvor ermorden wollen: (woran doch Herr R. nie-

niemalen gedacht) weiters, seye von gedachtem Ober-Amt wiederum eine Stafetta zuruck gekommen, mitbringende, daß der R. und der Jud nacher Güntzburg citirt worden, allwo sie die Sach rechtlich ausüben, zuvor aber jeder um 10000 Gulden Caution leisten müßte, und werde man jedwedern in ein Stüblein setzen, und er, Herr R. froh seyn, wenn er wiederum los käme: Item, so werde auch dem arrestirten Juden nimmermehr gesprochen werden, ihme R. etwas hinaus zu geben; Ferner fügte der Jud Lazarus Günßburger hinzu, der Jud Jacob de Lazaro hätte gleichfalls an Ihro Hochfürstl. Durchl. zu Lothringen nach Ynsprug eine Stafetta abgeschickt, dahero dann, sagte dieser Jud, es am besten seyn würde, wann sich Herr R. mit dem Venediger-Juden vergleichen, er, der Arrestierte, los gelassen und die Bürgschafft aufgehebt würde;

Hierauf nun, his & similibus falsis & dolosis persuasionibus metuque inducto R. und weilen zumalen sein des Herrn R. hierzu erbettener Beystand, auch selbsten mit dem Juden den Vergleich ein gerathen, ist der hierbey sub Lit. A. copeylich angeschlossene Vergleich und Transaction beschehen, ihme, Hrn. R. ein Ring pro 100 Reichs-Thaler werth, und noch 200 Gulden bar Geld, folgends auch der Vergleich, in dem burgermeisterlichen Amt, wie aus Lit. B. zu ersehen, ad Protocollum gegeben worden: Und hat Herr R. um so viel ehender auch den Vergleich eingegangen, weilen sein vermeinter Assistent, so ein Notarius Publicus, ihme vermeldet, es wäre ihme Assistenten von hohen Orten bedeutet worden, dem Hrn. R. zu vermelden, er sollte sich vergleichen, dann die Stadt Augspurg mit höchst-gedacht Ihrer Durchl. zu Lothringen sich deßwegen nicht gerne würde abwerffen, so möchte auch der sich anspinnende Proceß lang erdauren; sollte dahero Er R. per transactionem von dem Juden nehmen was er könnte: worbey dann noch dieser Umstand beyzufügen, daß in währenden Vergleichs-Tractaten der Jud Lazarus Günßburger, ihne Herr R. s. h. betriegen, und ihme einen hundert Thaler werthigen Ring für 1000 Reichs-Thaler angeschlagen und dafür um 500 Reichs-Thaler Perlen zuruck nehmen wollen. Ingleichem wie der Vergleich geschrieben war, sagten beede, der Jud und Notarius, man sollte bey dem Herrn Burgermeistern nicht vermelden, auf was Weiß und Art die Partes sich miteinander verglichen hätten: Bey Angebung des Vergleichs aber in dem Burgermeisterlichen Amt, hat kein Theil, wie etwan sonsten gebräuchlich, angelobet.

Weilen dann der hierinn angeführte Contractus respective emtionis-venditionis, und permutationis, prævio dolo, qui ei causam dedit, geschlossen und vollzogen, und darauf præexistente læsione enormissima transigiret worden; so hat Herr R. (auf verständiger Leute Einrathen, diesen casum auf eine Hohe-Schul einer Löbl. Juristen-Facultät überschicken und anbey um die danckbare Gebührs-Erstattung) über nachfolgende Rechts-Fragen, jedoch zu Gewinnung der Zeit, und weilen periculum in mora, dermalen ohne weitläuffige Anführung der rationum dubitandi & decidendi, sich belehren lassen wollen

1. **Was von diesem casu nach Ausweis der Rechten zu halten, und ob nicht aus denen in facti specie vorgekommenen Umständen, und weilen sonderlich dem mit dem Juden getroffenen contractui dolus causam gegeben, und er Hr. R. darbey enormissime lædirt worden, die darauf auch per dolum & incussum metum erfolgte Transaction mit Fug Rechtens rescindirt und annullirt, einfolglich der Jud Lazarus Günsburger (indeme der andere Jud Jacob de Lazaro nicht mehr bey der Stelle) wegen geleisteter Caution und beschehenes Versprechens die Perlen zu verkauffen, und weilen er mit dem andern Juden den Gewinn participirt, ihme Hrn. R. den erlittenen grossen Schaden zu ersetzen, von Rechts wegen, auch was gestalten, angehalten werden könne?**

2. **Ob nicht, weilen die von dem Juden vor die Perlen angenommene Waaren bereits alle distrahirt, Hr. R. die noch vorhandene und fruchtlos daligende Perlen bey ereignender Occasion, dem etwann künfftig wider den Juden anstellenden Processui unnachtheilig, so gut als möglich verkauffen könne und möge?**

Was nun hievon die

Erste Frage

Was von diesem casu nach Ausweis der Rechten zu halten, und ob nicht aus denen in facti specie vorgekommenen Umbständen und weilen sonderlich dem mit dem Juden getroffenen Contractui dolus causam gegeben, und er Herr R. dabey enormissimè lædirt worden, die darauff auch per dolum & incussum metum erfolgte Transaction mit Fug Rechtens rescindirt und annullirt, einfolglich der Jud Lazarus Günßburger (in dem der ander Jud Jacob de Lazaro nicht mehr bey der Stelle) wegen geleisteter Caution und beschehenen Versprechen die Perlen zu verkauffen, und weilen er mit dem andern Juden den Gewinn participiret, ihme Hrn. R. den erlittenen grossen Schaden zu ersetzen von Rechtswegen, auch was gestalten, angehalten werden könne? 1

belanget,

belanget, so ist aus allen in facti specie angeführten Umbständen wann selbige verificiret werden können, gnugsam abzunehmen, ja Sonnenklar zuersehen, daß der Jude Lazarus Günßburger sich insonderheit darauff beflissen, wie er Hrn. Consulenten R. möchte anführen, und deswegen ihne zu diesem mit dem Venediger Juden, Jacob de Lazaro, getroffenen Contract, den er sonst nie eingegangen, mit ihm auf sein Zureden einzugehen, zu seinem daraus hoffenden Vortheil, recht doloſè inducirt, indem er nach dem ersten zwischen ihm und Hrn. R. getroffenen Perlen-Kauff, wodurch er ihn dem Ansehen nach sicher zu machen gesucht, ihn Hrn. R. beredt, daß er gerne möchte eine Schnur Perlen von 2000. Stucken, das Stuck à 16 oder 18 Batzen, haben, wüßte solche bey einem Grafen wohl anzubringen; und wie in 4 Tagen darauff der andere Jud von Venedig ihme Hrn. R. eine Schnur von 2081 Stucken gebracht, worumb er Günsburger Jud, Zweiffels ohne wohl gewußt, und es mit ihm angelegt, auch darauff vorhin jenes nur geredt gehabt, sich vor der Thür præsentirt, ihn Hrn. R. sich stellend, als wüßte er nichts darumb woher sie kämen, zu dem Handel angereitzt, sagend: er solle nur dieselben und andere mehr, kleinere und grössere auf sein Wort kauffen, und ein schön Sortiment einhandlen, sollte es aber niemand weiters sagen, er wollte ihm Hrn. R. alles wieder verkauffen, und noch vor Weyhnachten 5000 Rthl. baar Geld lösen, wann aber Hr. R. die Perlen kauffte, so wollte er Jude dieselbe allzeit verpitschieren, damit selbige niemand anders zu sehen bekäme, welches er auch gethan und jedesmahls die eingekauffte Perlen verpitschiert, mit dem dabey gethanen Versprechen, Hrn. R. alles zu verkauffen, und mit gutem Vortheil an Mann zu bringen, sollte es nur niemand anders sehen lassen, wodurch er Hr. R. dann also inducirt, daß Er umb etlich 20000 fl. Perlen von dem Venediger Juden theils umb paar Geld, theils gegen andere gute Waaren eingehandelt, nachgehends aber befunden, daß er damit umb die 7000. fl. und darüber von dem Juden angesetzt und betrogen.

2 Dessentwegen den ihm Hrn. Consulenten wider ihn Juden Lazarum Günsburgern, ohn einigen Zweiffel die actio doli wegen des so grossen erlittenen Schadens zugewachsen ist.

Qui enim dolo tertii ad contrahendum inductus & deceptus est, subsistente contractu, contra decipientem actione doli agere potest, ut consequatur quod sua interest, non fuisse deceptum.

l. 7. pr. verb. dandam &c. & §. pæn. ff. de dol. mal. l. fin. §. f. ff. de eo per quem fact.

Quod non tantum Juri

in alleg. *txx. & in l. 4. §. item quæritur si debitor meus 20. de except. dol. l. 2. ff. de proxim.*

sed & rationi ac æquitati, ne scil. ipsi tertio malitia sua sit lucrosa, alteri vero contrahentium damnosa existat, convenire probat Bargal. *de dolo lib. 2. div. 6. p. 199.*

Struv. *Ex. 8. th. 29.* Dn. Collega D. Kurrer. *Disp. de dolo caus. dant. th. 33.*

cum contra æquitatem naturalem esse dicatur, ut alicui per occasionem juris sua prosit caliditas

l. 1. §. 1. de except. dol.

& quis ex alieno damno lucretur.

l. 28. de dol.

e contra vero æquissimum existimetur, dolum cujusque quoquo modo puniri, & quæ ei, qui illum admisit, obesse.

l. 11. §. 1. de dol. mal. & mal. except.

& ampliat, ut etiamsi pars participaverit de 3
dolo, debeat tamen prius conveniri tertius, si fuerit solvendo.

d. l. 7. §. pen. de dol. mal. ibi: *& puto non competere si paratus sit reus.*

communem opinionem esse inquiens si tertius ille non sit solvendo agi debere contra principalem in causa lucrativa non autem in onerosa, nisi participasset de fraude,

Bargal. *d. l. p. 200.*

Ob es aber wohl ein Ansehen gewinnet, daß 4
nachdem er Hr. R. den andern Juden, mit dem er contrahirt gehabt, zuforderst wegen des erlittenen Schadens angefesselt, sich aber durch Vermittelung des Jud Günsburgers mit demselben solcher Gestalt verglichen, daß Hr. R. gegen Empfahung und Annehmung eines Rings und 200 fl. baar Geldts aller seiner wegen getroffenen Handels gehabten Forderung renuncirt, allermassen das Instrumentum sub lit. A. besagt, daß sie sich auf ewig verglichen, daß keiner wider den andern noch deren Erben, weder jetzt noch inskünfftig unter was Prætext es immer geschehen könnte, sollte oder möchte, als etwan wegen grosser oder grösserer Ubervortheilung, Læsion, Forcht oder Zwang, oder sonsten, wie es Nahmen haben kan oder mag, einigen Spruch und Forderung haben soll, kan oder mag, auch die von ihm Juden Jacob de Lazaro præstirte Caution wieder cassirt und aufgehoben, und so dann ferner der Jud Lazarus Günsburger ins künfftig an Verkauffung der Perlen nicht mehr gebunden, sondern alle von einander entledigt sein sollen ꝛc. Die actio doli, so Hrn. R. wieder den Juden Lazarum Günsburgern competirt hat, durch den mit dem Juden Jacob de Lazaro getroffenen Vergleich zugleich remittirt und aufgehoben sey, weil es scheinet, daß er Jud Lazarus Günsburger mit unter dem Vergleich begriffen, in dem es heißt: **daß auch Lazarus Günsburger ins künfftig an Verkauffung der Perlen nicht mehr gebunden, sondern alle von einander entledigt sein sollen,** und noch klarer in dem Instrumento lit. B. gemeldt wird:

„ daß Hr. A. R. mit seinem Advocato und
„ Jud Lazarus Günsburger im Amt erschienen
„ und einmüthig angezeigt, wie daß wegen des
„ zwischen Hrn. R. und dem Juden Jac. de La-
„ zaro von Venedig, auch Lazaro Günsburgern
„ beschehenen und vollzogenen Baratto halber

„ ein

„ ein Zweyspalt sich ereignet, weswegen sich „ dato die Partheyen miteinander güttlich ver„ einbahret und verglichen, daß kein Theil an „ dem andern weiter nichts zu suchen noch zu „ fordern habe: Da sich auch einige Mißgünstige hervor thun sollten, die ihme Lazaro Günsburgern deshalben übel wollten, so sey auch ausgemacht, daß alles todt, ab, und verglichen bleiben solle ꝛc.

So halten wir doch beständig dafür, daß Hr. R. ohngeacht des mit dem Juden Jacob de Lazaro durch Vermittlung des Juden Lazari Günsburgers, getroffenen Vergleichs, die ihm wider den Juden Lazarum Günsburgern zugewachsene actionem doli wider denselben noch wohl erheben und instituiren könne und selbige ihn durch die getroffene Transaction keinesweges benommen und aufgehoben seye.

5 Dann, wie das Instrumentum Transactionis lit. A. ausweißt, so seynd die Partes transigentes Hr. R. und der Venediger Jude Jacob de Lazaro, den Hr. R. nachdem er vermerckt und erfahren, wie er angeführet worden, in Arrest nehmen lassen, und um 7000. fl. Schaden angeklagt gehabt, gewesen, der Jud Lazarus Günsburger aber ist nur eine Mittels-Person gewesen, die sich interponirt und den Vergleich zwischen jenen beyden zuwegen gebracht, massen 1. in ermeldtem Instrument gleich in principio ausdrücklich gesagt wird: **Wir Ends unterschriebene bekennen hiermit, daß wir auf Unterhandlung Hrn. Lazari Günsburgers Judens, uns wegen des im October vorigen Jahrs zwischen einander fürgegangenen Tausches unterschiedlicher** *Pretiosen* **und Wahren** (welcher Tausch unzweifflich und ohn disputirlich zwischen denen beyden, nemlich Hrn. R. und Jacob de Lazaro vorgangen,) **vergltchen ꝛc.** Daraus klar zu ersehen, daß jene beyde transigirt, dieser aber der Mediator gewesen.

2. Ist die Strittigkeit, welche per transactionem sopirt und decidirt worden, dazumahl auch zwischen jenen beyden, Hrn. R. nemlich und dem Juden Jacob de Lazaro gewesen, gestalten Hr. R. den Juden Jacob de Lazaro wegen 7000. fl. Schadens belanget gehabt, derwegen der Jud Jacob de Lazaro ihne Hrn. R. von der Action zu kommen, durch den Juden Lazarum Günsburgern einen 100. Rthl. wertigen Ring und 200. fl. baaren Geldes gegen seiner Erlassung und Abstehung von der wider ihn intentirten Klag offerirt, so er Hr. R. angenommen, und dagegen die action so er wider ihn intentirt gehabt, fallen lassen, also sie beyde de lite inter ipsos per institutam actionem cœpta transigiret. Weil es dann diese Bewandtnüß, daß der Jude Lazarus Günsburger nur eine Mittels-Person gewesen, vor sich selbst aber mit Hrn. R. keinen Vergleich wegen dieser ex ipsius dolo wider ihn de jure compentirenden action doli mali 6 getroffen, welches so viel weniger kan gesagt werden, weil ex facti specie nicht erscheinet, daß er Jud Günsburger Hrn. R. ichtwaß pro remissione hujus actionis gegeben oder promittirt, cum tamen de transactionis substantia sit, ut ab eo, cui aliquid remittitur, pro illo vicissim aliquid alteri, qui remisit, datum vel promissum sit

l. 38. C. de transact.

So kan Hr. R. non obstante initâ trans- 7 actione cum Jacobo de Lazaro, diesen Lazarum Günsburger ob commissum ab ipso dolum, quo eum alias non contracturum ad contrahendum cum illo induxit, noch gar wohl actione illa doli conveniren, und mag er Jud Lazarus Günsburger sich wider selbige keines weges exceptione transactionis schützen. Certi enim ac indubitati est juris, quod transactio cum uno facta non prosit aut patrocinetur alteri, cum quo non est transactum, etiamsi in solidum singuli teneantur

l. 1. C. de transact. ibi Sichard. & Brunnemann. *l. 3. §. fin. ff. eod.* Vinn. *de transaction. cap. fin. num. 1.*

Und ob wohl scheinet als wäre er Jud Laza- 8 rus Günsburger in solchen zwischen Hrn. R. und Juden Jacob de Lazaro zuwege gebrachten Vergleich mit eingeschlossen, weil ausdrücklich in dem Instrumento Transactionis lit. A. gemeldet: **daß auch Hr. Lazarus Günsburger ins künfftig an Verkauffung der Perlen nicht mehr gebunden, sondern alle von einander entledigt seyn sollen,** und solches noch klarer in dem Instrumento lit. B. enthalten in obangeführten Worten: So ergibt sich doch, wann man die Worte des Instrumenti Transactionis etwas genauer ansihet, daß ihm von Hr. R. einig und allein die Obligation, so er Hr. R. aus seiner promission die Perlen wieder an Mann zu bringen, acquirirt gehabt, keines weges aber die actio doli remittirt, und seynd die folgende verba generalia: **Sondern sollen alle von einander entledigt seyn,** viel zu schwach darzu, daß man daraus inferiren wollte, daß auch die actio doli, so ihme Hrn. R. dadurch, daß er von ihm Günsburgern den Contract mit Jacob de Lazaro einzugehen inducirt worden, zugewachsen, zugleich remittirt wäre.

Nam constat pactum liberatorium ac transactionem specialem de re certa initam stricte accipienda nec ad alias res temere extendenda esse, etiamsi generalia addita sint verba: *nihil à te petam amplius*, vel: wir wollen hiemit gantz von einander entledigt seyn.

l. 5. l. 9. ff. l. 31. C. de transact.

Cum transactio relationem habeat ad li- 9 tem, quæ per eam deciditur, quicquid ergò in lite non fuit, ad id transactio non potest extendi: In controversia autem tum non fuit, an Lazarus Günsburger actione doli

teneretur vel non, sed ipse se tantum ad venditionem unionum ac margaritarum obstrictum putavit, proinde à necessitate illa vendendi coemptos uniones liberationem quæsivit & eam quoque ex tenore Instrumenti Transactionis obtinuit, minimè verò remissionem actionis de dolo, de qua tum inter partes ne quidem cogitatum, impetravit, cum ne gry de illa in instrumento habeatur, sublata autem ipsa non censeatur, nisi de admisso dolo specialiter sit transactum.

l. 4. C. de transact. ibi Gothofred. *lit. b.* & Brunneman. *n. 2.*

10 Generaliter enim facta transactio ad doli remissionem non sufficit, cum remissa actione non videatur dolus remissus, nisi expressim vel satis urgentibus clausulis remittatur, aut ex certa remittentis sententia eum remissum esse constet.

l. 35. ff. de pact. ibi Brunnem. Covarruv. *lib. 2. var. resol. cap. 14. n. 4. vers. primum.*

Et dolus in qualibet dispositione videtur excluſus

l. 60. §. 4. mandat.

Uti in specie in transactione, quantumvis generali, eum semper exceptum intelligi probant

Mynsing. *c. 4. Obs. 37. in fin.* Wesenbec. *part. 2. Cons. 52. n. 65. per l. 5. ff. de transact.*

11 So wenig aber als aus dem Instrumento Transactionis lit. A. zu bringen, daß zwischen Hrn. R. und diesem Juden Lazaro Günsburgern ein Vergleich ratione hujus actionis doli vorgegangen, dadurch dieselbe aufgehoben, so wenig kan solches auch aus dem andern Instrumento lit. B. erzwungen und dociret werden, denn solches nur blos dasjenige referirt, was vor zwischen Hrn. R. und dem Juden Jacob de Lazaro durch Lazarum Günsburgern den 28. Jenner anno 82. nach dem Instrumento lit. A. abgehandelt und verglichen, adeoque tanquam Instrumentum sese referens ad Instrumentum Transactionis lit. A. ex illo tanquam relato interpretationem accipit. Cum enim dubium non sit principale esse Instrumentum lit. A. ad quod fit relatio, minus autem principale Instrumentum lit. B. quod sese ad illud tacite refert, rationis utique est, ex illo hoc declarationem recipere

l. 44. de vulg. & pup. substit. Treutler. *vol. 1. Cons. 12. n. 4. seqq.*

quia relationis ea est natura, ut referens secundum relati naturam reguletur,

Auth. Si quis in aliquo. C. de edend. Cacher. *dec. 110. n. 3.* Vultej. *1. Cons. Marpurg. 15. n. 21.*

& relatio relatum ponat in referente quale est relatum, non aliud, nec aliter nec alterius juris.

Argentræus *ad Consuet. Britann. art. 418. gl. 1. n. 6.*

12 Hinc tametsi aliter in relato scriptum quam in referente inveniatur, relato & non referenti standum esse communiter tradunt, quia tum error in referente videtur;

Alexander *vol. 1. Cons. 46. n. 7.* quem ut & alios refert Cravetta *Cons. 956. n. 3. & Cons. 969. n. 33.*

Et dispositionem relativam non attendi debere, sed relatum, qn. de ea constat, in tantum, ut si aliter referens loquatur quam relatum, ad relatum respiciendum sit, docent quoque

post Castrens. Aretin. Paris. Grammat. Cephal. Menochium, Surd. *Cons. 313. n. 50.* Klock *tom. 3. Cons. 102. n. 5. 6.*

Deme nach das Instrumentum lit. B. nichts 13
wircken würde, wann es gleich nicht mit dem Instrumento lit. A. zusammen gebracht werden könnte, es läßt sich aber mit selbigem diß Orts gar wohl concordiren, gestalten die verba finalia: **da sich auch einige Mißgünstige herfür thun sollten, die ihme Lazaro Günsburger deßhalben übel wollten, so sey auch ausgemacht, daß alles todt ab und verglichen bleiben solle,** sich wohl in sano suo sensu also expliciren lassen: Da sich auch einige Mißgünstige hervor thun sollten, die ihme Lazaro deßhalben übel wollten, daß er diesen Vergleich zwischen denen beyden principal-Transigenten zuwege gebracht, so sey auch ausgemacht, daß doch alles todt ab und verglichen bleiben solle, was nemlich verglichen. Wegen deren aber Hrn. R. wider Lazarum Günsburgern competirenden actionis doli ist, wie bereits remonstrirt, nie nichts verglichen. Derowegen dieselbe salva illa transactione noch wohl instituirt werden kan.

Und wann gesetzten Falls dieselbe auch spe- 14
cialiter, wie erfordert wird, per transactionem aufgehoben worden wäre, so ist doch kein Zweifel, daß die getroffene Transaction nicht wieder rescindirt werden könnte und sollte, wann zu erweisen, daß er Jud Lazarus Günsburger ihn Hrn. R. dolo ad transigendum sic inducirt hätte, und die argumenta persuasoria, so er gebraucht, falsch wären.

l. 4. l. 19. C. de transact. Mant. *de tac. & ambig. convent. lib. 26. tit. 8. n. 8.* Richter. *dec. 87. n. 14. 15.*

Die andere Frage:

Ob nicht, weilen die von dem Juden vor die Perlen angenommene Waaren bereits alle distrahirt, **Hr. R. die noch vorhandene und fruchtlos daligende Perlen bey ereignender** Occasion, **dem etwann künfftig wider den Juden anstellenden** Processui **unnachtheilig, so gut als möglich verkauffen könne und möge?**

beantworten wir ebenfalls mit Ja. Denn, weil Hr. R. per traditionem ex causa jure probata, permutationis sc. factam Dominus der Perlen worden, kan er dieselbe wohl dem wider den Juden anstellenden Proceß unnachtheilig so gut als möglich verkauffen, wann er nur

nur 1. ihm Juden ſolches ſein Vorhaben, ehe es werckſtellig machet, teſtatò denuncirt und ſuper actione ſibi contra ipſum competente proteſtirt; 2. die Perlen vor der Obrigkeit von Verſtändigen æſtimiren und die æſtimation beſchreiben läßt, ſo dann 3. die Verhandlung in Beyſeyn ehrlicher Leute vornimmt, die wie hoch ſie verkaufft bezeugen können. Welches ꝛc. Actum in Colleg. noſtro d. 18. Sept. anno 1682.

CONSILIUM VI.

DE

Teſtamento mutuo ſeu Reciproco inter Conjuges confecto, per unius mortem confirmato, à ſuperſtite Conjuge vero iterum revocato, ut & de Expenſis Reo ab Actore in caſum mutati libelli ante omnia refundendis.

SUMMARIA.

Præmittitur Species Facti a num. 1. usque 10. incl.

11. Tota vis libelli in quonam conſiſtat, hic demonſtratur.

12. Actor ob quamcunque libelli mutationem Reo exinde damnum paſſo ad expenſarum refuſionem tenetur.

13. In quonam ratio palmaria hujus conſiſtat & quomodo proceſſus, ſi Actor libellum poſt litem à Reo conteſtatam mutaverit, conſideretur?

14. An hæc expenſarum refuſio etiam tunc ſi Actor liti renunciaverit, obtineat & quando?

15. Ceſſat expenſarum reſtitutio ſi Actor, ob novam poſt emergentem cauſam, de qua ipſi prius conſtare non potuit, liti renunciat.

16. Temerarius litigator, non obſtante litis renunciatione, ad expenſarum refuſionem ſemper tenetur.

17. 18. & 19. In primis ſi prius fuerit admonitus à judice, ad cujus curam & ſolicitudinem ſpectat ut lites præcaveantur aut amicabiliter componantur, qua ſpreta, temerariæ litis pœnam merito talis ſuſtinet.

20. Pro temerario litigatore ille præprimis habetur, qui, poſt initam transactionem, alteri de novo litem movet.

21. An etiam condemnatio in expenſas in lite inter Conſanguineos & Affines exorta obtineat & quando?

22. An temerarium litigatorem advocati culpa ab expenſarum condemnatione liberet, & cur non?

23. Contra negligentem & minus cautum Advocatum parti læſæ regreſſus datur.

24. Sententia.

25. Legatum non prius valet niſi hæres exiſtat, qui illud præſtet.

26. Quæ in teſtamento relinquuntur, ex aditione hæreditatis demum valent.

27. Dies incertus quando conditionem facit.

28. Abſurdum eſt, ab eo caſu aliquid incipere, in quo debet finiri.

29. Uſusfructus omnium bonorum ad dies vitæ legatus, & poſt mortem ejus alius hæres inſtitutus, an valeat?

30. 31. & 32. Rationes pro affirmativa.

33. Uſufructu legato, heres pure inſtitutus cenſetur.

34. & 35. Ratio hujus in quonam conſiſtat?

36. Teſtamentum mutuum ſeu Reciprocum à Conjugibus confectum, conſideratur ac ſi duo ſeparata Teſtamenta a duabus diverſis perſonis fuiſſent condita.

37. 38. & 39. Rationes hujus adducuntur.

40. & 41. Quid ſentiendum de hac Doctorum opinione, ſecundum quam marito & uxori, inter ſe conveniendi facultas datur, ut alter de rebus alterius teſtetur.

42. Quælibet diſpoſitio ſecundum mentem diſponentium judicanda venit.

43. Verba cujuscunque negotii ſolicite ſunt ponderanda.

44. Verba geſſerunt contraxerunt non pertinent ad teſtandi jus, actum namque illius interrumpere dicuntur.

45. Ex clauſulis inſtrumento ſubjectis facile cujuscunque negotii natura dijudicari poteſt.

46. An hæredi ſocietatis continuatio poſſit injungi?

47. Naturæ ſocietatis maxime contrariatur, ſocium a perceptione fructuum excludere velle.

48. Teſtamentum mutuum ſeu Reciprocum quousque a conjuge ſuperſtite & ad ſecunda vota tranſeunte valide poſſit revocari?

FACTI SPECIES.

1 ES hat weyland Georg Dünckelacker, gewesener Bürger zu Sindelfingen, mit seiner andern Ehe-Frauen, weyland Anna Maria Freybergerin, von Schönenberg aus dem Hertzogthumb Mecklenburg gebürtig, in Anno 1655. den 4ten April. ein Testament, so die Rechtsgelehrten Reciprocum, oder, etlicher Meynung nach, besser Mutuum nennen, aufgerichtet, und darinnen ihrer beeder Vermögens und künfftiger Verlassenschafft halber unter andern die Verordnung gethan, daß sie beyde Ehegemächte dem vom Testatore in erster Ehe mit Elisabetha Werckmännin gezeugten Sohn Michel Dünckelackern, ihre eigenthumbliche Wohnbehausung sambt aller derselben Zugehördt, Recht und Gerechtigkeit ꝛc. bey dem obern Thor ꝛc. wie nicht weniger zwey Mansmatt der besten Wiesen, unter denen er die Wahl, solche seinem Belieben und Gefallen nach herausser zu nehmen, haben sollte, dergestalt, daß nach ihrer beeder Tode ihme solche Stück zu einem freyen und beständigen Voraus unverhindert männiglichs gefolget werden sollten, prælegiret, so dann daß, so viel nach Abstattung solcher Stuck und noch einiger anderer gewissen Persohnen verschafften Legatorum, die Succession und Vererbung ihrer beeder hinterlassender Vermögens Substanz betreffe, weil sie jederzeit in gutem Ehelichen Vertrauen miteinander gelebet, und dasjenige, so sie durch GOttes Segen erlangt, und bekommen, noch, alldieweil sie das Leben haben, billig ihrer beeder recht Eigenthumb seyn solle, demnach von ihnen das überlebende Ehegemächt vollends, bis zu seinem tödtlichen Hintritt, bey dem gantzen Gut und dessen vollkommenen Besitz-Nutz-niessung und Administration die Tag seines Lebens beständig und ohn Eintrag ihrer eingesetzten Erben, bevorab seiner Dünckelackers Ehelicher Kinder, als welche das geringste bis dahin nicht zu prætendiren haben sollten, im Fall er vor der Mit-Testirerin abstürbe, verbleiben und derentwegen im wenigsten nicht angefochten werden; Wann aber das andere Ehegemächte auch die Schuld der Natur bezahlen würde, alsdann aller und jeder ihrer gantz vollkommener Verlassenschafft, es seye liegends oder fahrendes, und hätte Nahmen, wie es immer wolle, so über Entrichtung obiger Legaten noch bevor seyn würde, ausserhalb 200. fl. welche die Mit-Testirerin ihrem Belieben und Gefallen nach anderwerts zu vertestiren, zu vermachen und ihrem freyen Willen nach damit zu handlen ihro per expressum vorbehalten, zu Universal-Erben die von ihme Testirer in erster Ehe erzeugte zwey Kinder, nemlich obernandter Michel Dünckelacker und Anna Dünckelackerin, itzo Hanß Jacob Rappen zu Tübingen Hauß-Frau, oder im Fall deren nicht mehr Lebens, dero Kinder instituiret und eingesetzet seyn sollten; mit ausdrücklichem fernern Vorbehalt diesen ihren letzten Willen zu allen und jeden Zeiten, begebender Gelegenheit nach, zu ändern, zu mindern, zu mehren, oder so offt es ihnen gefällig seyn würde, gar zu cassiren.

Darauf die Freybergerin zu erst die Schuld der Natur bezahlet, und durch ihren Tod solch aufgerichtetes Testamentum mutuum, so viel sie und ihre Erbschafft, auch mit verschaffte Legata concernirt, bekräfftiget.

Als aber er Dünckelacker hernach noch öffters zu anderwertiger Verheurathung geschritten, und erst in der letztern mit seiner itzmahligen hinterlassenen Wittiben besessenen sechssten Ehe wieder von GOtt mit zweyen Kindern gesegnet worden, hat er vor sich ein anderwärtiges Testamentum in Anno 1680. den 12 Augusti aufgerichtet, darinnen er denen zweyen in letzter Ehe erzeugten Kindern 1. zu Gleichstellung deren von den alten Kindern empfangener Heurath-Gütter 12 Morgen Ackers und 2 und ein achtel Mansmatt Wiesen prælegiret. 2

2. Denselben ferner, ausser sonderbahrer Vätterlicher Zuneigung, und weilen sie noch klein und unerzogen, eine Behausung samt einem Kuchen-Gärtlein im so genannten Lutzen-Gäßlein, und noch etliche andere in §. weiter und zum sechssten ꝛc. dicti Testamenti benahmste Stücke, so samt den vorigen und der dabey enthaltenen zu Beinstein stehenden Haus-Schuld à 218 fl. dem Waysengerichtl. Anschlag nach sich summariter auf 2240 fl. belauffen sollen, zum Voraus verschafft.

3. den beyden alten Kindern auch 3 Morgen und ein halb Viertel Weingardts auf Beinsteiner und Korbemer Marckung, so ihnen hiebevor schon eingeraumt gewesen, zu einem Voraus zu behalten legiret.

So dann 4 der Erb-Succession halber disponirt, daß der Sohn Michael mit denen in erstern mit Anna Maria Freybergerin aufgerichteten Testamento mutuo verschafften ansehnlichen Prælegatis und andern in posterioris Testamenti F. Und weilen fürs siebende ꝛc. angeführten, bey sein des Testatoris Lebzeiten von ihm empfangenen Stücken und Posten für seine übrig betroffen gehabte Erbs-Portion gegen andern seinen Geschwistrigten sich vergnügen, und weiters nicht zu prætendiren sich unterstehen solle. Falls er aber

aber sich damit nicht allerdings ersätti-gen lassen wolte, so solle ihme von dem in angezogenem Testamento mutuo verschafften Voraus und Erbs-Institution weiters nicht dann jenige Portion so ihm von der verstorbenen Freybergerin Seel. gebühre, zustehen, das übrige aber alles, was die inserirte institutionem heredis für seine Testatoris Person anlange, wolle er Krafft der letztern Disposition zu ihme gezogen und also um so weit cassirt und annullirt haben, daß er itzo 5. zu seinen wahren, rechten und ohngezweiffelten Erben aller und jeder seiner noch übrig verbleibenden Substantz instituire 1. Seine Haus-Frau Margarethen 2. die mit ihro erzeugte 2. Kinder Caspar und Georg. 3. Seine 2 alte Kinder Michel und Annam, (jedoch so viel den Sohn Michael betreffe, solle derselbe aus gewissen exprimirten Ursachen auf gedachten Fall allein pro legitima instituirt seyn,) daß so viel die Frau und junge Kinder concernire, sie ihre angebührende drey, wie auch die Tochter ihren vierten Theil völlig, der Sohn Michel aber nur seinen Pflicht-Theil den Land-Rechten nach hindannehmen und empfahen.

Bey deren nun auf sein erfolgtes tödtliches Ableiben, den Fürstl. Württembergischen Land-Rechten gemäß, vorgenommenen Inventur, und hierauf auf dem Papier gemachten ordentlichen Abtheilung, hat sich ergeben, daß die gantze Massa über Abzug der bezahlenden Schulden sich summariter erloffen auf 4171 fl. 39. kr. wovon aber abzuziehen gewesen 1. der alten Kinder Mütterliches erster Ehe

199 fl. 20. kr.

2. die noch unabgefertigte Prælegata in dem ersten Dünckelacker- und Freybergischen Testam. begriffenen Anschlag nach à 895 fl.

3. Der alten Kinder in solchem Testament erblich anerstorbene völlig Stieff-Mütterliche Substantz, Krafft des hierüber gemachten Theilers, weilen dem Mit-Testatori Dünckelackern dem Buchstaben nach nur der Ususfructus legirt, à 1866 fl. 53 kr.

4. der alten Kinder noch absonderlich gehabte und vergliechene Prætensiones à 54 fl.

zusammen 3015 fl. 13 kr.

Uber welchen Abzug nur noch bevor und übrig verblieben 1056 fl. 26 kr.

Da hingegen sich der jüngern Kinder im letztern Testament verschaffter Voraus alleinig belossen auf 2240 fl. also sich um 1183 flor. 34 kr. höher erstreckt, als die deductis deducendis übergebliebene Massa gewesen.

3 Dahero der Theil- und Waysen-Richter, sehend daß auf solche Weyse dem letztern Testament kein Satisfaction geschehen könnte, die Sach beederseitlich zum gütlichen Vergleich veranlaßt, und es endlich auch auf starckes bewegliches Zusprechen dahin gebracht, daß die alte Kinder sich erklärt, mit dem anerstorbenen Recht-Mütterlichen, und dann im Testament ihnen verschafften Stieff-Mütterlichen, jedoch mit Einwerffung ihrer Heurath-Gütter neben jenseits gesetzten und zu 54. fl. moderirter Prætension, wie auch deren im letzten Testament legirt und schon vorhero bey Lebzeiten des Vatters tradirt gewesenen Korb und Beinsteiner Weingardten für alle Ansprach und Forderung, doch mit Vorbehalt der in ihrem Vigor verbleibenden Prælegaten, gäntzlich contentiren zu lassen, dargegen die ihnen gebührende Vätterliche Erbs-Portion so sie zu 300. fl. bedinget, denen jungen Kindern an statt ihrer, jedoch mit einem sonderbahr im Protocoll dabey angehengten Reservat einig und allein zukommen solte, welches beederseitig ist acceptirt und also die Sach völlig verglichen, auch sothaner Verglich der Billichkeit gantz gemäß gehalten, und Waysen-gerichtlich confirmirt, folglich darauf die würckliche Abfertigung der alten Kinder, und Theilung zwischen ihnen und der Wittib und ihren Kindern vorgenommen worden und per lortem zu allerseitigem Contento geschehen.

Unerachtet dessen allen aber hat die Wittib 4 in hernachgefolgter Zeit, aus anderer Leute Instigation, den Kindern erster Ehe einige controversiam movirt, und wider sie klagend fürgegeben, daß sie und fürnehmlich unter ihnen der Michael Dünckelacker, ihres Seel. Vatters letztes Testament zu impugniren, und daß er weiter zu testiren nicht befugt gewesen, sondern bey dem in zweyter Ehe aufgerichteten Testament es in allem sein Verbleiben haben müsse, und Krafft dessen sie und ihre Kinder (deren Pfleger als Mitklagere angegeben, so jedoch sich dahin erklärt, daß nie ihr Will und Meynung gewesen, sich in einen so beschwehrlichen kostbahren Proces, zu ihrer Pfleg-Kinder Nachtheil einzulassen, vermög Beylag Act. num. 3.) von ihres Seel. respect. Ehe-Manns und Vatters Verlassenschafft zu excludiren und abzuweisen seyen, zu bestreiten sich vermessentlich unterfangen; da doch der bewehrtesten Meynung der Rechts-Gelehrten und täglichen Observantz nach ein von zwey Eheleuten untereinander aufgerichtetes Testament nach des einen Todt von dem andern pro sua parte durch anderwärtige Disposition gar wohl geendert und gar cassirt und aufgehoben werden könne, (welches mit vielen Rationibus in der Klag stabilirt,) demnach gebeten in Rechten zu erkennen und zu sprechen, daß der Seel. Georg Dünckelacker sein erstes Testamentum zu revociren wohl befugt gewesen, folglich sein letzteres in Rechten kräfftig und beständig, die Beklagte auch nach solchem mit ihro Klägerin eine Abtheilung

theilung zu treffen schuldig, oder im Fall fernerer halsstarrigen Verweigerung ihrer Erbs-Portion verlustigt seyn sollen, und das zwar mit Abtrag Kosten und Schadens.

5 Auf welche Klage die Kinder erster Ehe ihre rechtliche Gegen-Antwort eingebracht, darinnen sie contestiren daß ihnen nie in Sinn kommen zu disputiren, ob ihr Vatter Seel. befugt gewesen, das mit ihrer Stieff-Mutter, der Freybergerin, aufgerichtete, und so weit es sie betroffen, mit ihrem Tod bekräfftigte, Testament, so weit es ihn angangen zu ändern, weniger aber sein letzt gemachtes Testament in Streit sonderlich zu ziehen, wohl wissende, daß einer befugt seye, sein entweder allein, oder mit seinem Ehe-Gatten, aufgerichtet Testament, zumahlen nach dessen Tod, nach Belieben zu ändern, sondern solch sein Testament an seinem Orte gelassen, und nur desjenigen, was von ihrer Stieff-Mutter der Freybergerin Verlassenschafft, ihnen eigenthümlich zugekommen und angefallen, ihr Seel. Vatter aber vermög solchen Testaments, bis an sein seeliges End nießlich bey sich behalten, Auslieferung begehret, so ihnen auch der Theil-Richter zugesprochen und ordentlich verwiesen. Und ob sie neben solchem auch noch wohl dasjenige, so ihnen aus des Vatters Seel. eignen in der letzten Ehe sehr geschmählert und abgenommenen (an welcher Einbuß Klägerin den halben Theil zu tragen schuldig, nach

Fürstl. Wirt. Landr. p. 4. t. 4. rubr. von der Einbus. §. da aber)

Vermögen, so ihnen als seinen leiblichen Kindern Krafft seines letzten Testaments angefallen, zu suchen und behalten befugt gewesen, so hätten sie sich doch auf Einrathen und Zusprechen guthertziger Leute, und aus Mitleyden, denen beyden unerzogenen Stieff-Geschwistrigten zum besten, dessen auf gewisse Maß begeben. Weil sie Kr. dann nur das Freybergerische, ihnen, als deren heredibus ex asse, alsobald nach derselben seel. Tod angefallene, Eigenthum gesuchet, von des Vatters Vermögen absondern lassen, und so gar von seinem das ihnen Krafft seines letztern Testaments angefallene nicht einmahl behalten, sondern solches denen unerzogenen Geschwistrigen aus Mitleyden überlassen, Klägerin auch alles, was in ihrer Petition ist, so viel nemlich ihr aus dem letzten von ihnen Kr. nie angefochtenen Testament gebühret, eingeraumt bekommen und würcklich hat, Kr. aber gar nichts davon possediren sey ihr Begehren gantz ungereimt, und agire sie revera sine actione, cum ipsi nec hereditatis petitio, nec familiæ erciscundæ actio contra ipsos competat, neque ulla etiam ratione competere valeat. Und ob sie Klägerin wohl mit ihren ohngegründten Actionen ein Absehen auf das von der Freybergerin herrührendes Vermögen habe, nachdem jedoch dasselbe einig und allein aus ihrem Testament auf sie Kr. gefallen, der Vatter seel. aber gantz nichts eigenthumliches daran gehabt, so habe er auch in seinem letzte Testament davon, wie die natürliche Vernunfft mit sich bringet, nichts disponiren, noch ichtwas auf die Klägerin oder ihre mit ihm erzeugte zwey Kinder davon transferiren können, consequenter komme auch davon nichts in familiæ erciscundæ judicium. Gelange dannenhero an den Hrn. Richter ihr der Kr. dienstrechtliches Bitten die Klägerin mit solchem ihrem Begehren à limine judicii abzuweisen, und in alle deswegen aufgeloffene Kosten und Schaden zu condemniren, cum implorat. solita.

Daraufhin Klägerin eine weitläuffige so ge- 6
nannte Replic und Deduction-Schrifft eingegeben, darinn dero Patronus causæ zu stabiliren suchet, daß alt Georg Dünckelacker seel. mit seiner andern Ehefrauen, der Freybergerin, in dem aufgerichteten Testamento mutuo eine universalem, & quidem in specie omnium bonorum, societatem eingangen, vermög deren von beeder zusamen gebrachten Eigenthums-Gut und Errungenschafft ein Theil so viel, als der andere haben, und also zu Erhaltung beständiger ehelicher Liebe und Treu, in allem, so lang sie beede würden leben, ein gemeinschafftliches Wesen seyn und bleiben, nach beeder Tod aber solch Gut mit einander auf seine Kinder und Kinds-Kinder kommen solle, adjecto pacto, daß wann eines von ihnen Eheleuten gestorben, nicht allein die Kinder mit dem Uberlebenden die Societät und communionem bonorum bis zu dessen auch erfolgten Tod continuiren, sondern auch das Uberlebend à tempore prius demortui conjugis den usumfructum aller gemeinsamen Güter ad dies vitæ suæ behalten solle, (welches er per omnia causarum genera weitläuffig, aber wie unnützlich, also ohne Noth ausführet,) daraus inferirend, daß demnach der seel. Georg Dünckelacker über die Helffte des gantzen Vermögens, was nemlich er und sein zweytes Weib als die Freybergerin, eigenthumlich zusammen in die Ehe gebracht, und damit in währender Ehe errungen und dann zur Zeit der seel. Freybergerin Absterbens von solchen ihrer beeder gantzen Gut verhanden geweßt, zu testiren befugt gewesen, welches er dann auch in dickbesagtem Testamento reciproco würcklich gethan, itzo aber solch Testament, so weit dasselbe ihn angangen, wieder revocirt per posterius d. 12. Aug. 1680. rite confectum, worinn er abermahl nicht nur über die Helffte des Dünckelacker- u. Freybergerischen gantzen Vermögens sondern auch was er hernach weiters eigenthumlich erlangt, ordentlich testirt, welches Kr. unbillich impugniren und noch anbey ihre vom Testatore empfangene Aussteuren und Heurathgüter zu conferiren renitiren wider den ausdrucklichen Befehl des Testatoris in besagtem letzten Testament, so den Fürstl. Land-Rechten durchaus conform.

v. §. so viel nun &c. 4. & §. zum fünfften &c. 5. de Testam. j. F. P. W. p. 4. tit. 13. §. im Fall auch &c.

„ Dahero der Klägerin nochmahliges hoch-
„ flehentliches Bitten in Rechten zu erkennen
„ und zu sprechen, daß alt Georg Dünckelacker
„ und seine zweyte Haußfrau Anna Maria eine
„ gebohrne Freybergerin, eine recht kräfftige
„ Societatem conjugalem omnium bono-
„ rum in specie cum pacto in continenti adje-

„ cto

„ cto gemacht, und er Dünckelacker daß mit „ gedachter seiner Haußfrauen den 4. April „ 1655. auffgerichtete Testamentum recipro- „ cum seines theils zu revociren befugt gewesen, „ auch dasselbe seines theils würcklich revocirt „ und cassiret, hingegen das sub dato den 12. „ Aug. 1680. mit Bestand Rechtens wohl- „ kräfftig verfasset, und mit seinem Tod confir- „ mirt habe, und daß Kr. ihre empfangene Aus- „ steur und Heurathgüter zu Berechnung des „ Stieff-Mütterlichen Guts, dafern sie dassel- „ be erben, zu conferiren schuldig und verbun- „ den, hingegen Kr. sambt und sonders in die „ vom Vatter besagtem letzten Testament gesetz- „ te pœnam privationis gefallen seyen, und sol- „ ches alles mit Abtrag Kostens, Schadens „ und Versaumniß, implor. &c.

7 Darwider Kr. eingewendet, daß dieses in Warheits Grund keine Replic, sondern eine gantz neue Action und Klag. Gestalten in der ersten Klag-Schrifft einig Wort nicht gedacht von ihrer Stieff-Mutter Seel. ihnen allein erblich hinterlassenen Verlassenschafft, weniger, daß sie mit ihrem Vatter jemahlen eine Societatem bonorum omnium in specie eingegangen, und demnach Kr. als ihre heredes ex asse jemanden von ihrem in dem vom Vatter Seel. agnoscirten Testament verlassenen gantzen Vermögen was mitzutheilen schuldig gewesen, hingegen werde dieses in der sogenannten Replic zum Fundament gesetzt, sey auch darauff fürnemlich petiret, seye also keine Replic, sondern eine gantz neue, à priore toto cœlo diversa und gantz geänderte Klage, welche, da auf die vorige schon Antwort gegeben worden, ererst einkommen, deßwegen Kr. darauff, ehe und bevor die Klägerin allen, wegen voriger also geänderter Klag von ihnen auffgewendten Kosten abgetragen, zu antworten sich geweigert, vermög klaren Inhalts

F. W. Landr. *p. 1. t. 19.* §. und mag ꝛc. *fol. 103.* bittende Klägerin anzuhalten die bißher auffgewandte Kosten, so sich ihrer beygelegten Specification nach auff 37. fl. belauffen, ihnen förderlichst zu refundiren.

8 Worauff Klägerin endlich nach langem cunctiren durch ihren Kriegs-Vogt sich erklährt, den Proces ferner nicht fortzuführen, weil ihre Advocati die Hand gantz von ihr zögen, und müsse sie geschehen lassen, was der Herr Richter hierinn spreche, sie wolle aber hinkünfftig, wann ihre Kinder zu mehreren Jahren und völligem Verstand kommen werden, gäntzlich ausser der Schuld seyn, und dem Herrn Richter die Verantwortung überlassen.

9 Weil nun die Beklagte beständig darauff beharren, daß ihnen die von der Klägerin durch ihre erhobene nachmahls erneuerte Klag causirte Unkosten refundirt werden möchten, hat der Herr Richter für rathsam und nöthig angesehen, zu Versicherung seiner Person und Verhütung aller ferneren künfftigen Vorwürffe, dergleichen er von der Klägerin schon vernehmen müssen, einig kurtzes decisivum Consilium von uns Decano und andern Doctoribus der Juristen Facultät bey gemeiner Hohen Schul zu Tübingen, hierüber was so wohl in puncto à Reis petitarum expensarum zu sprechen, als von der Haupt-Controvers, und zwischen Beklagten und der Klägerin, auch dero Kindern, Waysen-Gerichtlichen Verhandlung und Theilung, den Testamentlichen Dispositionen und verordneten Rechten nach, zu halten seyn möchte, einzuhohlen und zu begehren.

10 Welchem Verlangen dann zu folge, wir, so balde es anderer obhabender Geschäffte halben seyn können, in unserm versammleten Collegio, nach fleißiger Verleß- und Uberlegung der gesammten uns überschickten Actorum Judicialium und beygelegten Testamentlichen Dispositionen, von der Sache nach Nothdurfft deliberirt, und einmüthig dafür gehalten, daß, so viel den ersten Puncten der von Kr. erforderten Kosten, darinn der Herr Richter dißmahl bey solcher der Sachen Bewandtniß, nachdem nemlich die Wittib sich expresse dahin erklährt, daß sie den Proces nicht weiter fortführen wolle, also eo ipso liti aut instantiæ renunciret, allein einen Spruch zu geben, die Haupt-Sach aber und Principal-Strittigkeit ohndeterminirt und auf sich also beruhen zu lassen hat, betrifft, Klägerin sich à necessitate die von ihr denen Beklagten mit ihrer erhobenen und geänderten Klage verursachte Kosten ihnen zu refundiren keineswegs entschütten möge.

11 Dann einmahl ist gewiß, daß den in priori conventionis libello movirten actionibus in Replica, post jam datam ad illas responsionem, noch etlich andere, plane diversæ ab illis, actiones addirt und mit selbigen cumuliret worden, welches aus Gegeneinanderhaltung der in libello & Replica gethanen petitorum, (darauß de motarum actionum genere allweg zu judiciren, cum tota vis libelli in conclusione & petitione tanquam in cardine versetur, ita, ut non attendatur, quid, quale quantumque narretur, sed quid & quantum ex narratis concludatur atque petatur; ac hinc etiam conclusio ex petitio totam actoris intentionem regulet, ampliet & determinet, genusque actionis in judicium deductæ ostendat

Schneidwin *ad §. 1. Inst. de act. n. 117. seq.* Gail. *1. O. 61. n. 13. seqq.*)

in der beklagten so rubricirten rechtmäßigen Imploration Act. Num. 16. ad oculum remonstrirt worden, und aus obreferirten klar zu ersehen und zu erkennen.

12 Wann nun aber von dem Kläger einige Aenderung, Minderung oder Mehrung der eingebrachten Klag geschicht, so ist er in allwege dem R. die Unkosten, so er, solcher Aenderung halber, erlitten, zu erstatten schuldig; Zumahlen 2) wann solche Aenderung nach der vom R. auf die vorige Klage gegebene Antwort und beschehene Kriegs-Bevöstigung, welche des R. Antwort auf des Klägers Begehren inducirt, vorgegangen, dann da ist neben der Erstattung der auffgewandten Kosten wider den R. eine neue Fürladung zum Gericht auszuwürcken,

daß er das à legibus gesetzte Spatium erlange, zu deliberiren, ob er sich auf die neue Klag einlassen oder cediren wolle und solle, ja es ist uno verbo nach unserm Fürstl. Würt. Landrecht *p. 1. t. 19. §.* und mag der Kläger ꝛc. *p. 103.* dißfalls ein gantz neues Judicium anzufangen, quicquid sit de Jure Civili, quo an libello post litem contestatam mutato, novo quoque opus sit judicio, novaque interpellatione? multum inter Dd. disceptatur, uti videre est

apud Illicon. Ummium *Diſp. ad Proceſs. 6. th. 16. num. 79.* Ungpaur. *Exerc. Juſtin. 15. qu. 7. ibique allegat.*

Omnibus tamen in eo nihilominus convenientibus, teneri actorem reo ob mutatum quomodocunque & quandocunque libellum ad refusionem expensarum & damnorum restitutionem, quæ occasione temerariæ petitionis ipse passus sit.

Vinn. *ad d. §. 35. pr. ibi: illud semper tenendum est, sumptus litis, quos ob vitium petitionis Reus facere coactus est, actorem ei reddere oportere.* Hunn. *in Encycl. Jur. Univ. p. 2. tit. 9. c. 5.*

14 Davon dann sie Klägerin hier 3) auch nicht liberiren mag, daß sie jetzo liti gäntzlich renunciret, denn ob zwar zugelassen, daß ein Kläger liti vel instantiæ renuncire,

l. 4. C. de pact. ibi Dd.

zumahlen wann dem R. daran nichts gelegen, (dann wann dem R. daran gelegen, daß die angefangene Sach durch richterlichen Spruch ausgemacht und decidirt werde, kan er den A. wohl anhalten, ut institutam actionem prosequatur & ad finem perducat, quia per Lit. contestationem qs. judicio contrahitur de sententia expectanda.

l. 3. §. 11. de pecul. Nov. 112. c. 3. Joh. à Sanden *lib. 1. tit. 18. def. un.* Brunnemann *ad l. 10. de jud. n. 2.* P. Peck *de jur. sistend. c. 48. in fin.*

a quo proinde quasi contractu alter invito altero recedere nequit.

l. 5. C. de oblig. & act.)

15 und er alsdann ad restitutionem expensarum mit Recht nicht angehalten werden kan, wann er ob novam post emergentem causam, de qua ante constare non potuit, renuncirt, weil er justam litigandi causam anfangs gehabt.

arg. l. 10. ff. de jud. in fin. l. 15. de jure fisc. l. 2. C. de abolit. Scotan. *in Exam. jur. ad tit. Cod. ut nemo invit. ag. Q. ult.* Gail. *1. Obs. 24. num. 2.*

16 So hat es doch eine andere Beschaffenheit mit der Ersetzung der aufgewandten Unkosten, wann der Kläger, wie hier die Klägerin, litem temerè movirt gehabt, dann da renuncirt er zwar validè liti vel instantiæ, er muß aber die sumptus litis tragen, oder dem R. seine Unkosten erstatten.

l. 79. pr. de judic. l. 78. §. Etiam Resp. vs. nec aliud &c. de legat. 2. c. 5. x. de dol. & contum. Scotan. *d. l.* Bocer. *cl. 6. Diſp. 30. th. 24.* Sichard. *ad l. 4. C. de pact. num. 20. 21.* Salicet. *ibid. num. 18.* Steph. Aufrer. *in addit. ad* Joh. Corserii *Capell. Tholos. deciſ. 5.*

Dahero Klägerin auch allein dieser renunciation wegen, nur, wann gleich die Aenderung der Klag nicht einmal geschehen wäre, denen Rr. die Kosten zu rescindiren schuldig;

Um so vielmehr 4) weil man sie öffters so 17
treulich und wohlmeynend gewarnet, von ihrem Beginnen, einen solchen kostbaren Processs also ohne Grund anzufangen, doch abzustehen und guten Rath anzunehmen, welche getreue Warnung sie aber gäntzlich in Wind geschlagen, und mit dem Processs, ungeacht die Vormunder ihrer Kinder abgestanden, beständig fürzugehen sich erklärt, laut Beylage Act. Num. 4. und Extracts-Protocolli de die 21. Novembr. an. 81. sub lit. C. auch Beklagte zu antworten gar hart gedrungen, anjetzo aber erst darauf die Klag mutirt, die mutirte samt der vorigen letzlich gantz deserirt, und damit also nebenst vielen andern in der fürgewesten Strittigkeit, wegen Raumung des ihro auf ein Jahr commodato concedirten Hauses, gemachten Difficultæten, also Beklagte in gantz vergebliche grosse und schwehre Kosten gestürtzet, deßwegen sie billich auch zu deren Wieder-Ersetzung angehalten wird. Decet enim 18
ejusmodi exhortatio cordatum ac æquum judicem, ad cujus curam & sollicitudinem spectat studere omnimodo, ut lites præcaveantur aut concorditer & amicabiliter componantur.

c. 1. de mut. petit. c. ult. de transact. c. si illis. c. 23. q. 4. Carpzov. *p. 1. c. 1. d. 1.* Mev. *p. 3. dec. 145. num. 3.*

Quod si autem pars salutari illa admoni- 19
tione ac dehortatione spreta ex prono ad jurgia & litigiosas contentiones animo, cum adversario judicio conflictari malit, hincque contendere pergat, non gravetut quoque dein temerariæ litis pœnam, i. e. in expensas litis condemnationem sustinere, imo si ejusdem contumacia, dolus, vel manifesta calumnia aut malitia appareat, rectè etiam damnorum reparationem ei judex injunget.

§. 1. Inst. de pun. tem. litigant. l. 4. C. de fruct. & lit. expens. Mev. *p. 3. dec. 128.* Ant. Faber *Cod. Sabaud. lib. 7. tit. 16. def. 2.*

Und zumahlen 5) in fernerer Betrachtung, 20
daß sie solche unnöthige und ungegründte zu der Beklagten grossen Nachtheil geänderte Klage wider den zu ihrem und ihrer Kinder grossen Nutzen und Vortheil, von der Obrigkeit, vermittelst beweglichen Zuspruchs, zu wege gebrachten und confirmirten Vergleich, erhoben.

Ob auch 6. sonst wohl veneratione con- 21
sanguinitatis ac affinitatis inter consanguineos ac affines die condemnatio in expensas gemeiniglich vermieden bleiben, und die consanguinei und affines à consanguineis & affinibus victi nicht leicht restitutione expensarum graviret zu werden pflegen, ob cessantem inter illos temerariæ litis præsumptionem;

Carpzov.

Carpzov. *p. 1. c. 31. d. 29.* Faber *l. 7. tit. 18. def. 63. num. 2.*

So wird doch hier von ſolcher obſervanz in Anſehung obangezogener Umſtände billich abgewichen, zumahlen da dieſelbe ohnedem auf einem ſchwachen Fundament gegründet, ex ipſius Carpzovii confeſſione

in Proceſs. tit. 24. art. 1. num. 68.

und wo die malitia offenbar, weder die conditio perſonæ noch conjunctio conſanguinitatis vel affinitatis einen von der condemnation in expenſas befreyet.

22 Wollte ſie aber 7) Advocatorum culpam vorwenden, ſo iſt bekandt, daß auch ſolche ihro ſo weit nicht darinn zu ſtatten kommen kan, daß ſie deßwegen ſollte ab expenſarum refuſione befreyet bleiben. Advocati enim culpam luit, qui conſtituit, quia ſibi imputare debet, ſi minus diligentem, cautumque elegerit, id vero adverſario non debet eſſe incommodo,

arg. traditorum à Mev. *p. 5. dec. 215.* Brunnemann. *ad l. 79. de jud. num. 3.* Carpzov. *in Proc. tit. 5. art. 7. n. 70. ſeqq.* Vinn. *ad §. 35. Inſt. de act. in fin.*

23 competit tamen ipſi eo nomine regreſſus contra Advocatum negligentem ac minus cautum

Carpzov. *d. l. num. 72.* Bouritius *de offic. Advocat. c. 10.*

demnach folgende Urtheil zu publiciren.

Urthel.

24 IN Sachen ſich haltend zwiſchen Michel Dünckelackern des Gerichts allhier, und Anna Hannß Jacob Rappen Burgers und Schuhmachers zu Tübingen eheliche Hausfrau cum Curatore Imploranten eines; So dann Margaretha weyland Georg Dünckelackers ſeel. nachgelaſſener Wittiben Imploratin andern Theils, wird allem Gerichtl. Fürbringen nach mit Urtheil zu recht erkannt, daß Imploratin denen Imploranten die gebetene Gerichts-Koſten, auf der Imploranten unterſchiedliches darthun, der Imploratin Zu- und Einrede, nach richterlicher Mäßigung, zu erſtatten ſchuldig und verbunden ſeyn ſolle.

DJe Haupt-Controvers belangend, können wir auch anderſter nicht erachten, denn daß in dem erſten Teſtamento mutuo ein jedes Ehegemächt von ſeinem in die Ehe gebrachten und währendem Stande der Ehe nachmahls zum halben Theil errungenen und gewonnenen eigenen Gut teſtiret, und zwar alſo, daß deren jedes zu ſeinem Univerſal-Erben ſeines gantzen in die Ehe gebrachten und in der Ehe hernach zum halben Theil errungenen und gewonnenen Guts die von dem Manne Georg Dünckelackern in erſter Ehe mit Anna Maria Werckmännin erzeugte zwey Kinder, Michel und Annam, oder im Fall deren nicht mehr Lebens ihre Kinder inſtituirt ernennet und eingeſetzt, dem überlebenden Ehegemächt aber ſolches ſeines hinterlaſſenden und auf die zwey reſpective rechte und Stieff-Kinder inſtitutionis titulo erwachſenden Vermögens uſumfructum ad dies vitæ legirt; (welche diſpoſition zwar inprimis quantum ad uſumfructum ab uxore marito ad dies vitæ legatum ungültig zu ſeyn erachtet werden möchte, nam ex eo, quod cum legatum ſit donatio 25
à defuncto relicta ab herede præſtanda

pr. Inſt. de leg. l. 36. de legat. 2.

& ſic ab herede tantum relinquatur, neceſſe ſit ut legatum valeat, eſſe heredem qui legatum præſtet, antequam enim legatum petatur, neceſſe eſt eſſe heredem, à quo peti poſſit, heres autem ante aditam hereditatem non habetur pro herede, nam per aditionem demum quis dicitur heres fieri

§. fin. Inſt. de hered. qual. & differ.

Et illius legati dies etiam tantùm ab aditæ hereditatis tempore cedit.

l. 2. ſeq. ff. quand. dies leg. ced. l. un. §. noviſſimo. C. de cad. tollend.

ſicut & omnia, quæ in teſtamento relinquuntur, ex aditione hereditatis demum valent 26

l. 148. de R. I. l. 14. ibi: tunc enim. C. de fideicomm. ibi Accurſ.

Atqui hoc caſu, vivente marito, inſtituti heredes proprietarii non potuerunt heredes eſſe h. e. hereditatem adire, quia quaſi ſub conditione inſtituti, (ſunt enim inſtituti in diem incertum quando, quando ſcil. maritus (ipſorum pater) moriatur, qui, ut conſtat, conditionem facit. 27

l. 75. de condit. & demonſtr. j. 1. §. 2. eod. l. 4. pr. ff. quand. dies legat. Vinn. *ad §. 9. Inſt. de hered. inſtit.*

exiſtente vero conditione ea legatum uſusfructus deberi amplius non potuit, legatario mortuo, abſurdum enim eſt aliquid incipere ab eo caſu, in quo finiri debet 28

l. 5. de uſufr. leg. l. 4. C. de donat. ant. nupt.

Cum igitur nullum videatur eſſe tempus, quo uſusfr. marito relicti legatum ſubſiſtere potuerit (ſcil. nec ante mortem mariti, heredibus inſtitutis hereditatem adire haud valentibus, nec poſt mortem mariti, quoniam per ſe tunc uſusfructus eſſe non potuit) ſequi videtur omnino invalide illud relictum eſſe.

Weſenbec. *Conſ. 26. num. 14.*

2.) Argumento ejus, quod ſcribit Accurſius

in l. qui filio 38. ff. de hered. inſtit.

Si teſtator legaverit ſervum ſuum Cajum Titio & poſt mortem Titii eum ſervum unicum heredem inſtituit, data ei libertate, ejusmodi legatum non valere. Nam nec ante mortem Titii legatarii valere poſſe, ideo quia tunc nemo ſit heres qui legatum præſtet: nec etiam poſt mortem, quia libera perſona

29 sona Caji inveniretur legata. Ex quo ad casum præsentem, quo alicui legatus est usus-fructus omnium bonorum ad dies vitæ, & post mortem ejus alius heres institutus, inferunt, quod scil. nec hoc legatum valere possit, non ante mortem legatarii, quia tunc non sit heres, qui præstet, nec post mortem ejus, quia tunc res nulla amplius sit, quæ intelligatur legata.

vid. ita inferentes Angel. *in l. 38. pr. de hered. instit.* Alexand. *in l. 11. C. de hered. inst. num. 8. & in l. 28. ff. de lib. & posth. it. Cons. 162. num. 2. vol. 2.* Menoch. *Cons. 273. n. 1.*)

Aber dessen ohngeacht wird sie doch billig für eine zu Recht beständige und gültige Verordnung gehalten.

30 Primo enim expresse Severus & Antoninus Impp. rescripserunt in hæc verba: Si ususfructus omnium bonorum testamento uxoris relictus est, cautio præstari debet.

in l. 1. C. de usufr.

Est igitur manifestissimum Impp. hoc sensisse valere ejusmodi legatum, alias non de cautione exigenda, quæ sine usufructu, jure constituto, intelligi non potest, sed de inutilitate legati rescripsissent.

31 Secundo idem respondit Papinianus JCtus

in l. 24. pr. de usu & usufr. leg.

32 Et tertio Ulpianus JCtus

in l. 39. de usufr.

Quarto etiam huc pertinet, quod respondit Scævola

in l. 37. de usu & usufruct. leg. j. l. 32. §. uxori eod.

Ac licet quidem Impp. *in d. l. 1. C. de usufr.* dicant usumfructum relictum fuisse & sic non expresse, eum legatum esse, tamen recte Accursius interpretatur id verbum relictus sc. per legatum. Nam de communi Dd. sententia verbum relinquo, si non sit adjectum universitati bonorum (quo casu denotat institutionem

l. 24. de testam. milit.)

sed rei certæ, legatum significat

per jura & authoritates à Besold. *Thes. Pr. voc. Verschaffen.*

ususfructus autem non est universitas bonorum sed certa tantum res sive jus certum sc. servitus quædam personalis.

33 **Und mögen die** in contrarium **angeführte** rationes **diesem gantz keinen Abbruch gebähren.** Nam quod præsupponitur in iisdem, usufructu legato, heredes intelligi sub conditione institutos, nequaquam conceditur. Pure enim potius instituti ex mente testan-
34 tis novercæ censentur. Eo enim ipso, quod voluit consequens, aperte intelligitur voluisse etiam necessarium antecedens.

arg. l. illud. de acquir. hered. l. 2. de jurisdict.

voluit autem legatum ususfructus relinquere. Ergo etiam puram institutionem, sine qua legatum relinqui non potest.

Gail. *l. 2. Observ. 143. num. 3.*

Atque ita tempus mortis mariti, cui usus-35 fructus relictus, non impediit aditionem ipsam, sed tantum aliquamdiu plenum commodum institutionis suspendit. Enimvero nihil plane impedit ejusmodi legatum usus-ftuctus, quo minus heredes scripti statim adire hereditatem animo possint

per l. pro herede. 20. l. gerit. 88. de acquir. hered.

& ea aditione omnium bonorum proprietatem, quæ potissima est hereditatis pars, acquirere. Cum enim, quæ inter se diversa sunt, non possint aut debeant se invicem impedire,

l. pact. noviss. C. de pact. l. un. C. qu. civil. act. ibi Dd.

ususfructus autem, qui servitus est, & proprietas inter se longe distent

l. 25. de V. S. l. 66. §. 6. l. 76. §. 2. de leg. 2.

consequens est, nihil impedire posse usumfructum alii relictum hereditatis aditionem, per notata

Wesenbecii *Cons. 28. num. 18. seq.* Cardin. Manticæ *de conject. ult. volunt. lib. 4. tit. 5. num. 23. 24. & art. 10. num. 23.* JCt. Argent. *vol. 1. Cons. 84. num. 28. ibique allegati.*)

Es thun auch ein anders, daß nemlich ein jedes Ehegemächt nicht nur von seinem zugebrachten Eigenthums-Gut, und dem ihm gehörigen halben Theil Errungenschafft testiret, weder die verba Testamenti **ausweisen, noch die Rechte zugeben. Denn diesen nach** 36 **wird es bekannter massen von allen insgemein dafür gehalten, daß wann zwey Ehegemächt samentlich und mit einander auf eine Zeit in Einem Instrument ihren letzten Willen verordnen, es nicht nur Ein, sondern wie zwey unterschiedliche Personen, also auch zwey unterschiedliche Testamente seyen, ob gleich dieselben in Einer Schrifft verfaßt und auf einmal aufgericht und verfertiget worden, auch eines jedweden Verordnung weiters nicht, dann auf seine eigenthumliche Güter zu verstehen,**

quia quilibet intelligitur disponere de suis 37 bonis

l. 32. de contrah. empt. l. 13. C. de testam. ibi: *de pecunia sua &c. l. 5. §. cum fundus de leg. 1.*

cum nemo alteri testamentum facere possit, 38 præterquam Pater filio suo impuberi,

l. 51. de condit. & demonstr. post Oldrad. JCti Argent. *v. 1. Cons. 75. n. 1. seqq.* Antecessor. nostri ap. Besold. *part. 6. Cons. 288. num. 2. 3. ibique allegati.* Plebst. *ad J. P. W. Disp. 3. th. 22. seqq.*

Et de rebus alienis adeo non valet testa- 39 tio, ut si quis heres in rebus alienis institutus fuerit, perinde habeatur, atque si institutus non fuisset.

l. 8. §. 3. ibi: *& de rebus quodammodo alienis testatur &c. ff. de jur. codicill. Auth. Ingressi. C. de SS. Eccles. l. fin. c. hered. instit.* Perez. *ad d. tit. num. 10.* Mich. Graff. *§. Institutio. qu. 23. n. 1.*

Manz.

Manz. *de teſtam. val. & inval. tit. 6. q. 12. num. 8. ſeq.* Gomez. *lib. 1. Var. reſol. cap. 10. num. 16. ſeq. & c. 12. n. 13. ibique* Joh. de Ayllon.

40 **Und obwohl einige** Dd. **lehren**, quod maritus & uxor tamen non prohibeantur inter ſe convenire, ut alter teſtetur de rebus alterius conſentientis, ita, ut talis diſpoſitio tum valeat non ut teſtamentum conſentientis, ſed ut teſtamentum teſtantis, quo caſu quoque ſuperſtiti denegant facultatem diſpoſitionem illam revocandi, aliâs, ſi ambo mutuum conficiant teſtamentum, ſuperſtiti competentem.

Petr. Peck. *de teſtam. conjug. lib. 1. c. 27. num. ult.* Molina *de J. & J. tract. 2. Diſp. 152. in fin.* Carpzov. *p. 3. c. 2. d. 13.* Berlich. *dec. 92. num. 6.*

41 **So iſt doch über das**, quod de doctrinæ hujus veritate non immerito dubitet Brunnemannus *cent. 2. dec. 24. num. 6.* **hier nicht, daß dergleichen zwiſchen dieſen beyden Eheleuten ſollte geſchehen ſeyn, beygebracht, kan auch aus dem beyligenden Teſtament nicht dargethan werden, daß die Freybergerin ihrem** marito **Macht gegeben oder conſentirt hätte von ihrem Vermögen oder einem Theil deſſelben zu teſtiren oder diſponiren, weniger daß ſie mit ihm** in ſpecie omnium bonorum ſocietatem **eingegangen, vermöge deren ihm die Helffte des gantzen Vermögens, ſo ſie beyderſeits zuſammen in die Ehe gebracht und hernach im Stand währender Ehe errungen und gewonnen, zugehort hätte, und er alſo auch davon teſtiren können, geſtalten wir unſers Orts weder ſehen noch begreiffen können, wie** ex verbis teſtamenti §. 7. mox citandis ***erzwungen werden möge, daß die beyden Eheleute eine*** ſocietatem in ſpecie omnium bonorum ***eingegangen, ſondern ſchlieſſen vielmehr***

42 præſuppoſito, **daß in Rechten diß eine unfehlbare Regul**, quod quælibet diſpoſitio ſit judicanda ſecundum mentem diſponentium *l. 34. de R. I.* Angel. *Conſ. 184. num. 3. 4.* Jaſon *vol. 4. Conſ. 143. Dec. Conſ. 374. num. 1.*

Et quod actus agentium non debeant operari ultra eorum intentionem *l. 3. l. 8. l. 19. de R. C. l. 16. de A. R. D.* Thom. de Thomaſſetis *in flor. leg. reg. 13.* Barboſ. *lib. 1. c. 25. ax. 37.* Menoch. *de præſumpt. lib. 6. c. 1. num. 3.*

43 **Das** contrarium **daraus, daß nemlich ihr intention gar nicht zu** contrahiren **und** ſocietatem in ſpecie omnium bonorum inter ſe **zu conſtituiren, ſondern ihr ernſt- und endliche Meynung ein beſtändig und kräfftiges Teſtament aufzurichten geweſen ſey, maſſen ſie ſich gleichbald im Anfang des fürgelegten Inſtruments Teſtamenti dahin lauter und ausdrücklich erklärt, nicht daß ſie einen** contractum ultro citroque obligatorium, **ſondern ein Teſtament und letzten Willen aufrichten und beſtimmen wollen.** ibi: **So haben wir in Betrachtung ſolches alles hiemit ꝛc. dieſes nachfolgend unſer geſammtes** Teſtamentum **und letzten Willens** Diſpoſition **aufgericht fürgenommen und beſchloſſen, thun das auch hiemit wiſſentlich ꝛc. und in angezogenem §. 7. folget auf die in den vorgehenden §§. vermachte** Legat **und** Prælegaten: **Und dann ſiebendens, ſo viel die** Succeſſion **und Vererbung unſerer beeder hinterlaſſenden Vermögens** Subſtanz **anbetrifft, wollen wir es damit folgender Geſtalten gehalten haben: Erſtlich, ſo iſt unſer ernſtlicher, endlicher, letzter Will, Meynung und Befehl** (hæc ſane non ſunt verba contrahentium ſed teſtantium) **daß wellen wir beyde Ehe-Gemächt bis anhero in gutem ehelichen Vertrauen mit einander gelebt, und dasjenige, ſo wir durch GOttes Segen erlangt, noch alldieweil wir das Leben haben, billich unſer beeder recht Eigenthum ſeyn ſolle, daß demnach in Betrachtung deſſen das überlebend Ehe-Gemächt unter uns, es ſey gleich welches es wolle, noch vollends biß zu ſeinem tödtlichen Hintritt bey dem gantzen Gut und deſſen vollkommener Beſitz-, Nutznieſſung und** Adminiſtration **die Tag ſeines Lebens beſtändig und ohn Eintrag unſerer hiernach geſetzter Erben, bevorab mein Dünckelackers ehelicher Kinder (als die das geringſte bis dahin nicht zu** prætendiren **haben ſollen) verbleiben und deßwegen im wenigſten nicht angefochten werden ſolle. Und wann nun für das ander ſich Göttl. Willen nach zutragen ſollte, daß wir beyde durch den zeitlichen Tod die Schuld der Natur bezahlt, ſo wollen wir hiemit zu** Univerſal-**Erben aller und jeder unſerer gantz vollkommener Verlaſſenſchafft, es ſey an liegend oder fahrenden, und habe Namen wie es immer wolle, ſo über Abrichtung obiger Legaten noch bevor ſeyn wird (auſſerhalb 200 Gulden behalte ich die Frau mir bevor) inſtituirt, ernennt und eingeſetzet haben, unſere reſpective Rechte und Stieff-Kinder benanntlich Michael und Anna, oder im Fall deren nicht mehr Lebens unſere Kinds-Kinder oder Enckel ꝛc. Womit dann wir beede Ehe-Gemächt die** Inſtitutionem heredum **welche das Fundament und weſentliche Hauptſtück eines jeden rechtmäßigen Teſtaments iſt,** exprimirt **und ausgeſprochen haben wollen ꝛc.** Ubi iterum ſatis clare ipſimet conjuges intentionem ſuam declarant, ſcil. **daß ſie hiemit nicht zu** contrahiren **begehrten,**

gehrten, sondern ein rechtmäßiges beständiges
44 Testament aufrichten wollten. Und daß auch ihr Meynung gar nicht gewesen in ipso Testamento einigen Contract, Beding oder Pact einzugehen und zu machen, (welches ohnedem à Dd. unzuläßig gehalten wird, quia testatio actu continuo, nullo actu extraneo interveniente, peragi debet.

l. 21. §. fin. ff. qui test. fac. poss. l. 21. pr. ibi nullo actu extraneo interveniente &c. *l. 28. C. de testam.* Gerhard. *de jure testament. disp. 2. th. 66.*

contractus autem sunt actus diversi & alieni à testamento.

l. 20. ff. de V. S.)

45 bezeugen sie ebenmäßig gantz klar in diesen immediate darauf folgenden Worten: das alles so hievor von Puncten zu Puncten und Articuln geschrieben steht, ist unser beeder gesammter endlicher, liebster und letzter Will, Meynung und Befehl, dem alsdann auf unser beeder erfolgten Tod-Fall also würcklich gelebt und nachgesetzt werden solle &c. reservata facultate dispositionem illam pro lubitu mutandi, & subjecta clausula codicillari.

Demnach solch der Klägerin Vorgeben, daß diese beede Eheleut in ihrer den 4ten April Ao. 1655. gemachten Verordnung in specie omnium bonorum societatem cum pacto in continenti adjecto contrahirt, gantz nichtig, und dem tenor derselben schnurstracks zu wider, zugeschweigen der vielen absurdorum die diß der Klägerin Vorgeben in sich hält, so naturæ
46 societatis gantz repugniren, als daß die Instituti heredes in societatem succediren sollen und mit ihrem Vatter oder Stiefmutter ad dies vitæ in societate stehen, nichts aber 47
de fructibus participiren &c.

vid. *l. 35. l. 52. §. 9. 11. l. 29. §. 2. ff. pro soc.* Vinn. *ad §. 2. Inst. de societ. n. 4.*

Firmato jam hoc daß jedes Ehegemächt in dem ersten Testament von seinem in die Ehe gebrachten gantzen und halben Theil errungenen und gewonnenen Gut allein disponirt, so folget, daß der Mit-Testator solch Testament 48
weiters auch nicht als pro illa tantum parte & quoad bona sua propria saltem die er nemlich dazumahl vollkommentlich mit Nutzen und Eigenthum in die andere Ehe gebracht, und darinn zu seinem halben Theil ferner errungen und gewonnen, auch tempore mortis secundæ uxoris würcklich noch gehabt und besessen, per posterius testamentum revociren können, und einig von gedachten seinen Gütern und was er seither weiter dazu erworben und sonst bekommen, in dem letzten Testament zu disponiren befugt gewesen, den Kindern erster Ehe aber von dem ihnen, sowohl von der Stief- als rechten Mutter angefallenen, als welches beedes er nur ad dies vitæ usufructuario jure zu niessen gehabt, nichts entziehen können. Haben also dieselbe beedes das recht- und Stiefmütterliche, wie auch die legatarii die ihnen vermachte und nicht revocirte legata und prælegata billig zuforderist gesuchet, und der Richter de jure nicht anderst können, als ihrem billigmäßigen Suchen deferiren, ist auch der auf seinen wohlgemeynten gütlichen Zuspruch getroffene Vergleich, zu der jungen Kinder guten Vortheil also, so viel wir judiciren können, getroffen worden, und hätten sie ein mehrers nicht, ja nicht wohl dieses alles, was sie dadurch erlangt, jure prætendiren können.

Welches &c. Actum in Collegio nostro d. 19. Januarii 1683.

CONSILIUM VII.

DE

Actione injuriarum Recantatoria seu ad Palinodiam, Extraordinaria Criminali persecutione ut & Cautione de non offendendo.

SUMMARIA.

Recensio facti a num 1. usque 10. incl.

11. Judex lite contestata contra Reum usque ad sententiam procedere illumque vel ad concludendum cogere, vel causam in contumaciam non concludentis pro concluſa acceptare potest.

12. Petitum Actoris quem effectum habeat?

13. & 14. Undenam colligi possit Actorem ob injuriam sibi illatam Extraordinariam persecutionem criminalem contra Reum instituisse?

15. Actio Recantatoria tendit ad restitutionem existimationis ex vulgi opinione læsæ.

16. Quænam actiones ob injuriam passam cumulative & cur hoc ita in judicium ab Actore deduci possint?

17. & 18. Actio recantatoria sive ad palinodiam an sit rei persecutioria an verò pœnalis & quænam sententia in Praxi sit recepta?

19. Extraordinaria persecutio ad meram pœnam tendit.

20. & 21. Concursui actionum cumulativo quando in genere locus detur?

22. Actio

22. *Actio æſtimatoria quibusdam in locis ſimul cum extraordinaria Criminali perſecutione inſtitui poteſt.*
23. *Quid de jure Civili ratione hujus obtineat?*
24. *Cautio de non offendendo officii Judicis nobilis imploratione petitur.*
25. *Et parata medicina contra minitationes dicitur.*
26. *Cum ipſa Cameræ mandata de non offendendo affinitatem habent.*
27. *Actionis Recantatoriæ & extraordinariæ criminalis perſecutionis requiſita.*
28. *Extraordinaria Criminalis perſecutio ob quamcunque injuriam competit.*
29. *An etiam Recantatoria?*
30. *Animus injuriandi eſt fundamentum injuriæ.*
31. *Exempla injuriarum atrocium hic recenſentur.*
32. & 33. *An ex nativa verborum ſignificatione injuriandi animus interdum ſecurè colligi poſſit?*
34. & 35. *Ex verbis ſua natura injurioſis animus injuriandi tamdiu præſumitur, donec Reus contrarium probaverit.*
36. *Quæ probatio etiam ex conjecturis & præſumtionibus admittitur.*
37. *An præcedens vel in continenti ſubſecuta proteſtatio vim hujusmodi præſumtionis involvat?*
38. *Comminatio interdum actuali quadam pœna plectitur, interdum verò cautio de non offendendo ſufficit, & quando?*
39. & 40. *Ut cautioni de non offendendo locus detur, quænam requirantur?*
41. *Reus ſe ſub condiditione injuriaſſe dicens, illud probare tenetur.*
42. *Ex ipſis verbis ſæpius optimè colligitur, an pure an ſub conditione injuriæ ſint prolatæ.*
43. *Etiam ſub conditione injuriatus validè injuriarum actionem inſtituit.*
44. *Juris ſtatutarii Württembergici diſpoſitio in caſu pœnitentiæ a Reo coram judice conteſtatæ hic continetur.*
45. *An actio ad Palinodiam per Rei declarationem quod bene de Actore opinetur evitari poſſit?*
46. *Quando & quibus in caſibus, animum injuriandi vel abfuiſſe, vel è contrario adfuiſſe certò præſumatur.*
47. *Proxime allegata Juris Württ. diſpoſitio, de abolendo injuriarum proceſſu, locum ſaltem invenit, ſi injuriandi in Reo animus incertus eſt.*
48. *Quando iracundiæ calor Reum ab injuriarum actione liberet vel ad pœnæ mitigationem proficiat?*
49. *Bonæ Exiſtimationis a Reo erga Actorem coram judice facta declaratio in quibusnam injuriis admittatur & effectum producat?*
50. *Etiam Juris Württemb. diſpoſitio haud inepte eò reſtringitur.*
51. & 52. *Atrocitas injuriæ unde æſtimetur?*
53. *Quilibet culpæ ſuæ damnum meritò ſentit.*
54. *Quando Chriſtianus ſalva conſcientia poſſit immò teneatur injuriarum agere?*
55. *An Actioni ad Palinodiam in Dicaſterio Württembergico locus detur?*
56. *Mutuæ injuriæ Compenſatio quando admittatur?*
57. *Actio ad recantationem & extraordinaria criminalis perſecutio injuriarum compenſationem non patiuntur.*
58. *Natura actionis injuriarum condemnationem in expenſas involvit.*
59. *Juris Württembergici diſpoſitio circa honoris reſervationem à judice intuitu partis condemnatæ probè obſervanda.*
60. *Sententia condemnatoria & reſpectivè abſolutoria.*
61. *Modus coercendi contumaciam.*
62. *Contumax beneficium Appellationis amittit.*
63. *Quomodo procedendum contra Reum, qui injuriarum condemnatur & ſententiæ parere recuſat, oſtenditur remiſſivè.*

AUs denen um Ertheilung eines rechtlichen Gutachtens uns jüngſtens zugefertigten und wieder hiebeygehenden Gerichts-Actis, in der Rechtfertigung, ſich haltend, zwiſchen Herrn Jacob B. Burgermeiſtern allda zu S. und deſſen Sohn Johann Jacob, Tuchſchehrern, Klägern eines; So dann David S. Bürgern und Handelsmann daſelbſt, Beklagten andern Theils; und dem denſelben beygefügten Requiſitions-Schreiben, haben wir erſehen, wie daß ſchon eine geraume Zeit hero, bey unſern geehrten Herren eine ſonſt ohne dem odioſe, durch ein und andere von dem R. per ſub- & obreptionem ausgewürckte Fürſtl. Befehl und Decreta aber, wie nicht weniger durch deſſen zu des Hrn. Richters und der beſchehenen Fürſtl. gnädigſten Remiſſion höchſter vielfältigen Beſchimpffung continuirten contumacie, noch beſchwehrlicher gemachte Injurien-Sach ſich enthalten, und deroſelben Austrag mit gröſtem Verlangen erwartet und gewünſchet werde, weßwegen wir dann ſelbige auch dem Verlangen nach gleichbalden unter Handen genommen, und in fleißiger der Actorum Verleſung forderiſt befunden, daß Hr. Burgermeiſter Jacob B. und deſſen Sohn Johann Jacob den 3. Novembr. 81. geklagt, wie daß beſagter David S. aus ſchmähſichtigem Gemüthe ſich gantz vermeſſentlich unterfangen, beede Aa. ohn einig gegebene Urſach den 2. Auguſti d. anni 81. mit allerhand grauſamen Injurien anzugreiffen, und dieſelbe höchſtſchimpfflicher Weyſe und höchſt-Ehren-rühriq

2 zu tractiren. Denn nachdem der junge B. Hannß Jacob obigen dato von Herrn Vogten dessen vorgesetztem Amtmann in einer andern zwischen ꝛc. Herrn V. Cancellario und dem beklagten S. ebenfalls versirenden Injuri-Sach in das Amts-Haus beruffen und als ein Zeug verhört, auch endlichen selbst mit dem R. confrontirt worden; So habe derselbe nach beschehener Verlesung dessen deposition, coram Domino Præfecto besagten jungen B. nicht allein in faciem heissen s. v. lügen, vermeldend, was er ausgesagt, sey alles erlogen und nicht wahr, sondern auch noch ferner in nachfolgende Wort ausgebrochen: Er junge B. und dessen Vater, der Mit-Kläger, seyen ihm S. Spinnen-feind, sie beede seyen lose leichtfertige böse Männer, und der alte B. habe solche lose Stücklein zu C. wegen der Tuch practicirt, daß wann solche offenbar würden, wie er R. denn solche Stücklein schon heraus bringen wolle, er nicht bey seinen Ehren oder Gerichts-Stellen zu las-
3 sen sey. Worbey es noch nicht verblieben sondern R. sey je länger je mehr mit Ehren-rühriger Worten fortgefahren, nemlich es stelle sich Herr B. nur so scheinheilig, seye aber der Mann nicht darnach, sey auch neben offtmaliger Repetirung erst-besagter Läster-Wort endlich auch dahin ausgebrochen: Er R. sammt seinem Weib und Kindern wollen am jüngsten Gericht Rach über die beede B. schreyen, um willen sie ihm Ehr und Geführ abschneiden und ins Verderben und Ruin zu bringen suchen, und was dergleichen vor Hrn. Vogten ausgegossenen Schmähungen mehr gewesen.
4 Ja als beede Theil aus dem Amts-Haus und der junge B. bey seines Herrn Schwagers K. Laden vorbey gegangen, habe R. ihne B. öffentlich auf der Gassen mit Schmäh-Worten wieder angegriffen, ihn einen leichtfertigen Vogel und Dieb geheissen, mit angehängter hochbetheurlicher Bedrohung, er wolle Leib und Leben an ihn jungen B. setzen, auch ihme Arm und Bein entzwey schlagen, und da Hr. Vogt ihme den Frieden bieten lassen, sich öffentlich vernehmen lassen, was er sich um 10. schehre, 100 fl. sey ihme noch nichts, er lasse ihm den Frieden nicht bieten ꝛc. ꝛc.

5 Demnach Aa. gebeten zu erkennen und zu sprechen, daß dem R. weder geziemt, noch gebührt, sie Aa. also und dergestalt zu injuriren, sondern er daran zuviel und Unrecht gethan, und dahero neben Abstattung herrschafftlichem Interesse, auch Præstirung 100 Rthlr. Caution de non offendendo, ihnen Aa. einen offentlichen Wiederruff zu thun schuldig seyn solle.

6 Worauf Beklagter, nach vorher gethanem unterthänigsten Suppliciren, die Sache durch eine Fürstl. Deputation vom Ober-Rath gnädigst beylegen zu lassen, erfolgte abschlägige Antwort und Remission an den Richter, auch von demselben ob evidentem R. contumaciam würcklich beschehene condemnation in po. contum. endlich auf ergangene peremtorische citation den 20. Febr. 82. litem negativè negando narrata prout narrata, contestirt und zu seiner Defension excipiendo eingewendet, daß ob wohl er nicht negiren könne, daß er einige harte Reden wider Aa. lauffen lassen, so seyen doch selbe theils nur conditionate (nemlich wer ihne zeyhe, daß er Tücher in Fässern in die Stadt practiciret habe, sey dieser oder jener, oder wer ihn, der oder anderer Gestalt, als wie der Sohn gethan, der aller Orten ausgegeben, er R. habe so viel, s. v. d. Schelmen an ihm hangen, daß keiner mehr an ihm kleben bleiben könne, in der Stadt Rathhauß auch anderer Orten also traducire, sey dieser oder jener) aus seinem Munde gefallen, welche er jedoch nicht mehr zu behärten begehre, sondern ihm Herrn Burgermeister B. seine erlangte Ehren-Stelle wohl gönne, von ihm und seinem Sohn auch nichts anders, als alles Liebs und Gutes zu reden wisse ꝛc. worzu komme, quod conditio adjecta & alias nihil ponat in esse, und sie Aa. wann sie ihre ausgestossene injuriose Wort nicht beharren, in effectu auch nicht geschmähet worden seyen; theils habe der übereilte Zorn ihne dahin bewogen, da er ohnedem in der schwehren Action mit Hrn. Cancellario gestecket, und nicht gewußt, wo hinaus oder hinan er solle, der junge B. aber auch dazumalen als ein Zeug wider ihn aufgetreten, welches ihn denn zu mehrer Ungedult und Zorn bewogen ꝛc. wiewohl er dabey widerspreche 1. daß er gesagt habe, er wolle Herrn B. von seiner Ehren- und Gerichts-Stelle bringen, 2. daß er dem jungen B. Arm und Bein entzwey schlagen wolle, 3. seye nimmer mehr erweißlich oder auf ihn, wie rechtens, zu bringen, daß er sich nach gebottenem Frieden offentlich vernehmen lassen, was er sich um 10. fl. schehre, 100. seyen ihm noch nichts, er lasse ihm den Frieden nicht bieten.

Wann dann rechtens 1. quod injuria sub conditione, ex via, ebrietate vel lubrico linguæ prolata ex officio tolli debeat

J. P. W. *p. 1. t. 77. §. 1. & 2.*

2. Et alias homini Christiano satius, consultiusque sit, ut transigat de injuria potius, quam ut actione injuriarum odiosa adversus injuriantem experiatur. 3. In hoc Ducatu non facile quis ad recantationem condemnari possit, 4. injuriæ injuriis compensentur, und aber beede Aa. ihne Anfangs injurirt und zu Gegen-Injurien incitirt und lacessiret, als seye sein R. Dienst-rechtliches Bitten, ihne neben Abtrag Kosten und Schadens von der Klag zu absolviren ꝛc.

Hierauf ist Aa. von dem Hrn. Richter den 7 24. April. 82. Beweisung zuerkannt, da dann R. wiederum neue Intriguen gemacht, einmal über das anderemal, um die Sach in der Güte beyzulegen, so wohl bey Fürstl. Cantzley, als bey dem Hrn. Richter eingekommen, und wann man die Güte versuchet, ob gleich Aa. dazu geneigt, selbst aus Handen gangen, und sich nirgends zu bequemen wollen, damit er so die decretirt gewesene Commission und Zeugen-Verhör in 9. Monath aufgehalten, bis endlich

der

der Hr. Commiſſarius auf ausgefällete Interlocutoriam in contumaciam mit der Zeugen Aufnahm und Verhör im Januario des 83ſten Jahrs fürgefahren. Es hat aber R. nicht allein ſeine contumaciam, ungeacht andermaliger condemnation continuirt, ſondern auch nach eingekommenem Rotulo die Fürſtl. Cantzley ferner um gütliche Hinlegung der Sachen
8 fatigirt, weil aber auch die zum drittenmal hierauf von der Obrigkeit mit groſſem Ernſt und Eifer geſuchte Güte bey R. nicht anſchlagen, noch er ſich, auf vielfältiges Zuſprechen zu einer Chriſtlichen Abbitt und Abtrag der cauſirten Unkoſten bequemen und verſtehen wollen, womit ſich Aa. zu contentiren laſſen erklärt hatten, wie zu ſehen ex Act. Num. 19. iſt den 12. Junii 83. Fürſtl. Befehl dahin ergangen, R. auf das Rathhaus zu beſcheiden, und ihme aus Fürſtlichem Befehl anzuzeigen, daß er dem Burgermeiſter B. clauſis januis eine Chriſtliche Abbitt thun, und ſich dahin declariren ſolle, daß er auf denſelben und ſeinen Sohn anders nichts als Liebs und Guts zu ſagen wiſſe, und was er wider dieſelbe geredt, ex fervore iracundiæ geſchehen ſey, darauf alsdann ihme eine groſſe Frevel zur Straff andictiren, die vorgeloffene Injurien aber ex officio dergeſtalten aufheben, daß ſelbige keinem Theil an ſeinen hergebrachten Ehren ſchädlich oder nachtheilig ſeyn ſollen, falls aber er ſich hierzu nicht bequemen wollte, ihme anzuzeigen, daß er gleichwohl auf ſeine Gefahr den Proceſs des Rechtens fortſetzen und
9 deſſen Ausgang gewärtig ſeyn ſolle; Als nun R. dieſer gnädigſte Fürſtl. Befehl publiciret, und von ihm keine Erklärung heraus zu bringen geweßt, iſt interloquiret worden in dem Proceſs concludendo fürzufahren, weil aber R. nicht dazu gebracht werden können, daß er auf die von Aa. den 14. Maji eingegebene Probation und Eventual-Schluß-Schrifft antwortete, iſt den 17. Septembris auf der Aa. Anſuchen die Sach ex officio pro concluſa angenommen, mithin R. nochmalen in pœnam contumaciæ condemnirt worden.

10 Daß nun der Hr. Richter, bey ſo bewandten Sachen und bey ſo offenbarer des Beklagten contumacia, da er nicht nur ein- ſondern vielmal dem Gerichts-Boten, der ihm die ausgelaſſene citationes inſinuirt, ausdrücklich unter Augen geſaget: Er komme nicht ꝛc. wie ſolches deſſen relatio Judici facta, ja des beklagten Hrn. Advocati ſelbſt eigene Confeſſion ergibt, nachdem die Güte ſo offt mit höchſtem Eifer und Fleiß, aber allezeit wegen des Beklagten Halsſtarrigkeit vergeblich geſucht worden, und Beklagter einen Termin nach dem andern unfruchtbarlich und ohn Handlung hinſtreichen laſſen, auf von Aa. beſchehenen Beſchluß, und derſelben Anruffen, die Sach ex officio für beſchloſſen anzunehmen, damithin Beklagten fernere Handlung abzuſchneiden und cauſam per definitivam zu erörtern omni jure befugt ſey, iſt nicht zu zweiffeln.

11 Tralatitii enim juris eſt, quod, lite conteſtatâ, contra contumacem reum usque ad ſententiam procedi poſſit, ſi de cauſa judici liqueat, & ſi partes litem in longius extrahere ſtudeant ac concluſionem & finem ſuis allegationibus & Proceſſibus facere tergiverſentur, judex, conceſſa ſufficienti dilatione, vel litigantes ad concludendum officio ſuo cogere, vel cauſam in contumaciam non concludentis pro concluſa acceptare & definitivè in ea pronunciare valeat.

l. 13. §. 3. C. de judic. ibi Brunnem. *n. 30. c. 4. X. de dol. & contum.* Authent. *Jubemus. C. d. tit. de judic.* J. P. W. *p. 1. tit. 50. pr. verb.* wo aber einiger Theil, ohne rechtmäßige Urſach, zu Recht nicht beſchlieſſen wollte, ſollen unſere Gericht mit der andern Parthey aus richterlichem Amt beſchlieſſen, und alſo die Sach, für beſchloſſen annehmen und halten.

Idque quotidie ita ſervari ac practicari teſtantur

Brunneman. *in Proceſs. cap. 4. n. 5.* Emer. Rosbach. *Prax. civ. tit. 30. n. 26. 29. & tit. 70. n. 9.* Mynſing. *3. O. 17.* Gail. *1. O. 107. n. 2. 3.* Hiltrop. *Proc. p. 3. tit. 29. n. 30.* Mev. *p. 2. dec. 265. n. 9. & p. 5. dec. 412.* Maurit. *p. 1. Conſ. Chilon. 16. n. 7. 8.*

12 Die Sach und deren merita an und für ſich ſelbſt belangend, ſo erſcheinet aus dem Petito der Kläger, ex quo omnino intentio illorum dijudicanda, (norma quippe inquirendæ intentionis ab omnibus concluſio & petitio libelli dicitur, indeque ea primarió attenda eſt & inde genus actionis æſtimandum.

Angel. *in §. omnium. n. 9.* Inſt. Jaſon *n. 128.* Zaſ. *num. 21. ſeq.* Schneidw. *n. 117. ſeq. Inſtit. de act.* Bartol. *in l. ſi priusquam. n. 13. ff. de nov. oper. nunc.* Burſat. *Conſ. 234. n. 3. vol. 3.* Gail. *1. O. 61. n. 13.*

Eſt enim libelli terminus

Bald. *in l. edita. n. 133. C. de edend.*

inque ea ſtat modus agendi

arg. l. 2. de petit. hered. Hier. Schurff. *cent. 1. Conſ. 81.* Mev. *Conſ. 35. n. 43.*)

daß ſie unterſchiedliche remedia Juris principaliter intentirt, und zwar forderiſt ad vindicandam contumeliam ipſis illatam 1. Extraordinariam Perſecutionem criminalem & 2. actionem injuriarum recantatoriam, in dem ſie gebeten, zu erkennen und zu ſprechen, daß R. weder geziemt noch gebührt, ſie Aa. der- 13
geſtalt, wie er gethan, zu injuriren, ſondern er daran zu viel und Unrecht gethan, daher neben Abſtattung Herrſchafftlichen Intereſſe, ihnen Aa. einen offentlichen Wiederruff zu thun ſchuldig ſeyn ſolle.

Extraordinaria enim perſecutione crimi- 14
nali injuriatus petit, ut injurians officio Judicis extraordinaria pœna v. g. pecuniaria fiſco applicanda aut carceris &c. coërceatur

l. fin. ff. de injur. §. 10. Inſt. eod.

Et recantatoria idem injuriatus petit, ut in- 15
jurians

jurians dicta famosa reclamet & a se injuste prolata fateatur, læsamque adeo quodammodo (ex vulgi opinione) existimationem actori aperte restituat.

B. D. Lauterbach. *Disp. de act. injur. recant. th. 3.* Maurit. *d. Cons. 16. n. 14.*

16 Welche beede actiones also wohl, wie hier geschehen, uno eodemque libello cumuliret werden können.

Quamvis enim ambæ ex uno eodemque descendant delicto, ad diversos tamen ten-
17 dunt fines. Actio enim recantatoria s. ad palinodiam, ut alias vocari solet, est quasi rei persecutoria, utpote, quæ ad hoc datur, ut fama per aliorum calumnias atque injurias quodammodo & opinione vulgi, secundum illud, calumniare audacter, semper aliquid hæret, læsa restituatur atque redintegretur.

Frantzk. *Ex. 12. q. 8. n. 4.* Petr. Theodor. *Colleg. Crim. cap. 2. aph. 20. n. 12. seqq.* Treutler. *vol. 2. Disp. 30. th. ult.* ibi Bachov. Wesenbec. *tit. de injur. n. 18.* ibi Hahn & Ludwell. Mev. ad Jus Lubecc. *p. 4. tit. 4. art. 16. n. 9.*

18 Quam nostram sententiam Praxi receptam esse testatur ipse alioquin disentiens & actionem hanc pœnalem esse statuens

Ant. Matthæi *ad ff. libr. 47. tit. 4. c. 4. n. 1.* duos in eo habens antesignanos Marantham nempe *in Spec. aur. p. 4. distinct. 1. n. 17.* & Moller. ad Const. Elect. Saxon. *p. 4. c. 42. ac lib. 1. Semestr. c. 23.* quibus etiam accedit Mantz *dec. Palat. 70. n. 15.* qui & Criminalem eam esse adstruunt, in quo tamen recte redarguuntur à Joh. Harprechto *ad §. 10. Inst. de injur. n. 64. seqq.* Carpzovio *in Pr. Crim. p. 2. q. 94. n. 54. seqq.* Græve. *lib. 1. Pract. concl. 65. n. 11.* Weip. Ludov. Fabricio ad Mynsing. *2. O. 98.* Eberh. Fabric. *in repet.* Gail. *1. O. 65. & utrobique alleg.* add. Consil. Argent. *vol. 2. Cons. 88. q. 1. n. 1. seqq.*

19 Extraordinaria persecutio ad meram pœnam & vindictam publicam tendit, indeque criminalis audit.

d. l. ult. ff. d. injur. §. 10. Inst. eod.

20 Quoties vero duæ actiones ex uno delicto veniunt, quarum altera civilis, altera criminalis, se invicem non tollunt aut consumunt, si ita ad diversa tendant, i. e. si criminalis tendat ad vindictam, civilis vero ad rei persecutionem, sed utraque experiri licet, imo & utramque simul in eodem libello intentare offensus potest, quoniam in civili judicio privata utilitas & quod ipsi ex patrimonio abest, in criminali autem vigor disciplinæ publicæ spectatur.

l. 7. §. 1. de condict. furt. l. 130. de R. I. l. un. C. quando civil. act. crim. præjud. ibi Brunnem. *n. 1.* Peretz. *n. 2. 4.* Dn. Struv. *Ex. 46. th. 97.* Ægid. Bellamera. *dec. 400.*

Quemadmodum hinc in specie & duas 21
hasce actiones in uno eodemque libello recte conjungi ac cumulari posse, quotidieque cumulari testantur

Carpzov. *Pr. Crim. p. 2. qu. 95. n. 26. seqq.* & *JPrud. For. p. 4. c. 42. d. 2.* Struv. *Ex. 48. th. 61.* Peretz. *in Cod. tit. de injur. n. 22.* Mev. *p. 3. dec. 33.* Hahn. ad Wes. *tit. de injur. n. 18.* Brunnem. *ad l. 7. C. de injur. in fin.*

So gar daß secundum Jura & Praxin Fori 22
nostri Würtembergici mit beyden zugleich auch noch actio injuriarum æstimatoria in eodem libello könne cumuliret und intentirt werden, anerwogen 1. in

Fürstl. Würt. Landr. *p. 1. tit. 77. §. im Fall aber &c.* & Fürstl. Würtemb. Hoffger. Ordn. *p. 3. tit. 25. §. 2.*

specialiter constituirt und verordnet, daß die Fürstl. Beambten vi officii in Schmach-Sachen Gnädigster Herrschafft Interesse neben des A. privat Interesse beobachten und den schuldigen Theil altera parte etiam non petente mit gebührender Straffe ansehen sollen, & 2. mulctarum lucra hodiernis moribus fructus jurisdictionis censeantur teste

Carpzov. *de Regalib. c. 3. rubr. de Regal. 26. n. 2.* Besold. *Th. Pract. voc. Frevel &c. vers. attamen hodie &c.*

Ob gleich den gemeinen Rechten nach anderer 23
Orten actionis æstimatoriæ & extraordinariæ persecutionis criminalis cumulatio nicht statt findet, sondern dieselbe nur elective concurriren, ita ut una electa altera tollatur & consumatur.

l. 7. §. 1. de injur. l. 6. §. 1. eod. ibi Brunnem. Hartm. Hartmanni *lib. 2. t. 49. Obs. 3. n. 9.* Berlich. *p. 5. Concl. 60. n. 2.* ubi plures alios adducit. B. D. Lauterbach. *Disp. de injur. th. ult.*

Es haben aber Kläger selbige dißfalls nicht zu 24
instituiren begehrt, sondern haben 3. an deren statt wegen der à R. beschehenen Bedrauung, Leib und Leben an den jungen B. zu setzen, und ihm Arm und Bein entzwey zu schlagen, officium Judicis Nobile implorirt, den R. dahin zu halten, daß er wegen solcher Bedrauung gnugsame caution de non offendendo bestelle;

Cum cautio ista parata sit medicina contra 25
talismodi minitationes, non solum lege publica Imperii firmata

in Const. Crim. Carol. V. art. 176.

sed etiam à Doctoribus communiter recepta & probata.

Franc. Herculan. *tr. de cautione de non offend. cap. 3. & per tot.* Hering. *de fidejuss. c. 6. n. 243.* Mev. *ad Jus Lub. p. 4. tit. 16. art. 4. n. 11.* Berlich. *p. 4. concl. 22. n. 8.* Farinac. *Pr. Crim. p. 3. q. 107. n. 36. seqq.* Carpz. *p. 1. qu. 37. n. 79. seq.* Mindan. *de Proces. lib. 1. c. 25. n. 6.*

Cum qua maximam affinitatem habent 26
man-

mandata de non offendendo in Camera decerni ſolita, de quibus

Gail. *1. O. 4.* Blum. *Proc. Cam. tit. 29. n. 249. ſeqq.* Roding. *Pandect. Camer. lib. 3. tit. 8. n. 3. ſeqq.*

27 Weiter nun fürzugehen, und zu ſehen, ob dieſe inſtituirte actiones fundirt und zu rechtlicher Gnüge erwieſen? Oder ob deren Fundament von Klägern, wie ſich zu recht gebührt, beygebracht und dargethan: So rühren und flieſſen die beyde erſten ex uno principio & fonte her, haben alſo auch einerley requiſita, ſo nachſtehende ſeyn, 1. nimirum requiritur, ut aliquid dictum, ſcriptum vel factum ſit, quod in alterius contumeliam & contemptum tendit, 2. eo animo, eaque intentione & fine, ut alterius fama, exiſtimatio vel dignitas lædatur, ipſeque ludibrio habeatur

B. D. Lauterbach. *Diſp. de injur. th. 21. 22.* Carpzov. *p. 2. q. 97. n. 1.*

28 Nam extraordinaria perſecutio criminalis datur ob quamcunque injuriam tam realem, quam verbalem.

§. 10. Inſt. de injur.

29 recantatoria verò non niſi ob verbalem, famæ læſionem reſpicientem, ſeu contra bonos mores ad alicujus infamiam prolatam, & vel viva voce vel in ſcriptis factam, locum invenit

D. Lauterb. *Diſp. de act. injur. recant. th. 10. 11. 12.*

30 de animo autem injuriandi utrobique conſtare debet, quia ille omnium injuriarum ſubſtantiale requiſitum eſt, cum ſine dolo & animo injuriandi non intelligatur committi injuria

l. 3. §. 1. l. 4. ff. de injur. l. 5. l. 9. & l. ſeq. C. eod. l. 34. de O. & A. Mev. *ad Jus Lub. p. 4. tit. 4. art. 1. n. 3. 4.*

31 Daß aber beklagter S. beede Klägere mit alerhand grauſamen Injurien angegriffen, und dieſelbe höchſt ſchimpflicher Weiß und Ehrenrührig tractirt, als Herr Vogt den 2. Auguſti 81. den jungen B. in einer zwiſchen Herrn Vice-Cancellario C. und dem Beklagten ebenfalls verſirenden Injurien-Sach ins Amt-Hauß beruffen, als einen Zeugen verhört, und endlich mit R. confrontirt, bezeugt Herr Vogt mit ſeinem Schreiber ſelbſt, als

Teſt. 1. & 2. ad Prob. 1. 2. 3. ac ſeqq.

da ſie deponiren, daß, als R. des jungen B. Ausſage gehört, er ihn gleich in das Geſicht hinein gedautzet, und ſ. v. lügen heiſſen, meldend, daß alles, was er ausgeſagt, erlogen ſey; Ferner hinzu geſetzt: Er junge B. und deſſen Vatter ſeyen R. Spinnenfeind, ſie ſeyen loſe böſe Leuthe, wann man wüßte, was der alte B. für Stücklein begangen hätte, würde man ihn nicht auf dem Rath-Hauſe laſſen ſitzen, er habe verbottene Waaren nacher C. geführt, R. wolle das Garn auf dem Boden gehen laſſen, und ihn zum Ehrloſen Mann machen.

vid. dd. Teſt. 1. & 2. ad Prob. 1. 4. 5. 6.

dabey es R. nicht gelaſſen, ob ihm gleich Hr. Vogt ein Reprimend gegeben, ſondern mit Ehren-rührigen Worten je länger je mehrers fortgefahren, vermeldend, der alte Herr B. ſey nur ſo ſcheinheilig, ſey aber nicht der Mann darnach, als er ſich ſtelle, er R. ſein Weib und Kinder wollen am Jüngſten Gericht Rache über beede Aa. ſchreyen, um willen ſie ihm Ehr und Geführ abzuſchneiden und in Ruin zu bringen ſuchen, und was deren Reden mehr geweſen.

Iidem ad Prob. 7. 8. 9.

So atteſtiret teſtis tertius Herr David K. daß, als der junge B. aus Herrn Vogts Hauſe weg und nacher Hauſe gegangen, R. ihm über die Gaß biß er ums Eck kommen, noch nachgeſchryen, ihn einen leichtfertigen Vogel, Dieb und Ertz-Scheerenſchleiffer geheiſſen und geſcholten.

vid. Teſt. 3. ad Prob. 11. 12.

Dann daß ſolche à R. wider beede Aa. ge- 32
brauchte Worte und Reden, nicht nur ex interpretatione & ſenſu actorum, ſondern ihrem eigentlichen und propern Verſtande nach an und vor ſich ſelbſten, eine nicht geringe Schmach und Beſchimpffung nach ſich ziehen, und alſo veræ injuriæ & infamandi cauſa dicta ſeyen, kan von niemand in einigen Zweifel gezogen oder verneinet werden.

Cum verba ita ſint comparata, ut nullo 33
prorſus modo poſſint proferri, illæsâ ejus famâ & exiſtimatione, contra quem dicuntur ac proferuntur, utpote ſua natura & nativo ſuo ſenſu imminutionem & commaculationem exiſtimationis inferentia, famæque dignitati ac honori detrahentia.

v. Berlich. *p. 5. concl. 59. n. 2. ſeqq.* Harpprecht. *ad §. 1. Inſt. de injur. n. 52. ſeqq. & alii.*

Und weilen ſie ſolchergeſtalten beſchaffen, ſo 34
führen ſie den animum injuriandi auf dem Rucken mit ſich, maſſen bekandten Rechtens, quod ex verbis ſua natura injurioſis in doli capacibus animus injuriandi præſumatur, eique præſumptioni tamdiu ſtetur, donec contrarium à reo probetur & hæc præſumptio aliis fortioribus & magis ſtringentibus præſumptionibus elidatur

l. 5. C. de injur. Weſenb. *de injur. n. 8.* Gail. *2. O. 106. n. 1.* Berlich. *p. 5. concl. 60. n. 3. 4.* Maſcard. *de probat. concl. 902.* Carpz. *q. 97. n. 4.* Klock. *vol. 3. Conſ. 186. n. 20. 21.* Maurit. *Conſ. Chilon. p. 1. Conſ. 16. n. 19.*

Nam ſi verba injurioſa proferens ſe non 35
habuiſſe animum injuriandi, nec in contumeliam alterius verba injurioſa dixiſſe probare velit, omnino audiendus eſt.

d. l. 5.

Et ſufficit ſi id ſaltem conjecturis & præ- 36
ſumptionibus probaverit, cum præſumptiones & circumſtantiæ facti animum cujusque & an ex proæreſi & dolo malo quid ab eo factum vel ſecus, declarent.

l. 16. de pœn. l. 5. C. de instit. & substit. l. 78. de hæred. acq. Carpzov. *d. q. 97. n. 5.*

37 Si autem reus, animum injuriandi abfuisse, nec conjecturis nec præsumptionibus probare possit, adeò ex verbis sua natura injuriosis animus injuriandi præsumitur, ut nec quæ præcessit vel incontinenti secuta est protestatio, illam præsumptionem excludat aut tollat.

Farinac. *Prax. Crim. q. 105. n. 312.* ubi hoc communiter ita receptum esse docet. Harpprecht. *ad §. 1. Inst. de injur. n. 7. seq.*

Das dritte intentirte Remedium fundirt sich auf einer Bedrauung, daher Aa. sich einer Beleidigung oder Beschädigung zu befürchten und zu befahren habe.

38 Non plectitur ejusmodi comminatio, quæ in crimen diffidationis non incidit, pœna aliqua, nisi ad aliquem actum pœna & exemplo dignum provehatur; ut tamen securus sit, qui offensam timet, tenetur minans, cautionem de non offendendo fidejussoribus vel pignoribus præstare, quæ imploratione officii Judicis Nobilis petitur, & præstari debet, etiamsi inimicitia ortum habuerit ex occasione ab ipsam petente data.

Moller. *lib. 3. semestr. c. 29.* Vivius *dec. Neap. 341. n. 1.* Marta Neapol. *Digest. noviss. p. 1. lit. Cautio. cap. 24. seqq.* Arismin. Tepat. *Compend. dec. tit. 47. c. 1.* Flav. Amendola *in addit. ad Vinc. de Franchis Decis. Neap. 359.*

39 Ut verò ei locus fiat, oportet primo veras esse minas, ex quibus sibi quis malum metuit. Verba enim quæ tam in bonam quam malam partem accipi possunt, in dubio prominatoriis non habentur, sed in meliorem partem pro ea vindicta, quæ fit per viam justitiæ accipiuntur, nisi verborum aut personarum qualitas aliud suadeant.

Mev. *ad jus Lub. p. 4. t. 16. art. 1. n. 12. seq.*

40 Deinde requiritur, ut de minis manifestò constet, & minitator de iisdem confessus, vel ad minimum per duos testes convictus fuerit.

Mev. *d. l. n. 15.* Carpzov. *p. 4. c. 15. d. 9. in fin.*

Wann nun R. die geklagte und articulirte Worte: Daß er sein Leben an den mit-klagenden jungen B. setzen, und ihm Arm und Bein entzwey schlagen wolte, geredt zu haben, so er negirt, überwiesen worden wäre, hätte es auch mit diesem Remedio seine geweißte Wege, hierinn aber stehet es jetzo an, und hat articulum probatorialem 13. solches in sich haltend kein Zeug bejahet. Testis tertius deponiret zwar

ad Prob. 11. & 12.

Daß er gedrohet: Er wolle es dem Vogel machen, es ist aber allein testis unicus, darzu affinitate junctus. Ermangeln also die Requisita, worauff man bey diesem Remedio in Zuerkennung der gebettenen Caution zu sehen, und wann man selbige erhalten will, nothwendig vorhanden seyn müssen.

Es thut zwar Beklagter auch wider der Aa. intention in vindicandis per extraordinariam persecutionem injuriis, ac famâ per convitia saltem ex vulgi opinione quodammodo læsa per actionem recantatoriam reparanda und also contra duo priora etiam remedia, excipiendo einwenden 1.) Daß er zwar nicht in Abrede seyn könne, daß er einige harte Reden wider Aa. lauffen lassen, es seyen aber selbige nur conditionatè ihm aus dem Munde gefallen, nemlich wer ihn zeihe, daß er Tücher in Fässern in die Stadt practicirt habe, sey dieser oder jener, oder wer ihn der und anderer gestalt, als wie der junge B. gethan, der aller Orten ausgegeben, er R. habe so viel s. v. d. Schelmen an ihm hangen, daß keiner mehr an ihm kleben bleiben könne, traducire, sey dieser oder jener ꝛc. Aber diese Exception mag solche der Aa. Intention, per duo illa remedia in judicium deductam, nicht hintertreiben, anerwogen 1.) der Beklagte, daß er die wider beyde HHn. B. geführte Schmäh- und Läster-Worte sub conditione geredt, und selbe ihm nur conditionatè aus dem Munde gefallen, nicht erwiesen; das Contrarium aber durch obangeführte des Hrn. Vogts und seines Schreibers Aussagen dargethan, als welche deponirt, daß so bald R. des jungen B. Aussage, in deren zwischen ihme R. und Herrn Vice-Cancellario C. versirenden Sache, vorgelesen, er ihn jungen B. in faciem gedautzt, und s. v. lügen heissen, folgends die übrige Schmäh- und Läster-Wort wider ihn und seinen Herrn Vatter (der doch mit deren Sachen durchaus nichts zu thun gehabt, und nicht einmahl als ein Zeug darinn gebraucht worden. 41

Test. 1. & 2. ad Prob. 10.)

evomirt, damit, über alles warnen und vermahnen, so lange angehalten, biß Hr. Vogt endlich unwillig worden, und es nicht mehr hören mögen, laut seiner Aussag.

ad Prob. 9.

Inmassen denn auch 2.) die convitia, wann sie solcher gestalten wie R. selbst anziehet, ausgefallen, mehr purè prolata, als sub conditione dicta; 42

Gesetzt aber 3.) R. hätte geklagte Reden conditionaliter lauffen lassen, so ist doch bekandt, quod & si quis convitium sub conditione dixerit, v. g. si Titius hoc dixit, mentitur, si hoc fecit, est nequam, in casu veræ existentis conditionis æquè injuriarum actione conveniri queat, ac si purè dixisset. 43

Harpprecht. *ad §. 1. Instit. de injur. n. 147.* Berlich. *p. 5. concl. 59. n. 23.* Carpzov. *2. resp. 62. num. 3.* Klock. *vol. 3. Cons. 184. n. 34.*

Nun aber sagt R. selbst, daß der junge B. ihn das und das geziehen, ihm das und das nachgesaget, und setzt damithin existentiam conditionis ausser Zweiffel, gestehend daß er ihn

ihn deſſentwegen wiederum injuriret und geſchmähet. 2.) Wendet er ferner darwider ein, daß er ſeine dazumahl geführte Worte nicht mehr zu behärten begehre, ſondern Herrn Burgermeiſter B. ſeine Ehren-Stelle gern gönne, und erkläret ſich anbey in Litis conteſtatione, daß er von Herrn Burgermeiſter B. und ſeinem Sohn nicht anders als alles Liebs und Gutes zu reden wiſſe, meldend, daß ihn damahls der übereilte Zorn darzu gebracht, daß er mit ſo harten Worten heraus gefahren, weil da er in der ſchwehren Action mit Herrn Cancellario geſteckt, und nicht gewußt wo hinaus oder hinan er ſolle, der junge B. auch als ein Zeug wider ihn auffgetretten.

44 Ob nun wohl in Jure noſtro Provinciali Würtembergico expreſsè conſtituirt zu finden, daß, wann ſich eigentlich befunden, daß geklagte Schmäh-Reden aus keinem böſen Vorſatz oder ſchmähligem Gemüth, ſondern allein aus übereiltem Zorn oder ſonſten unbedachtlicher Weiß erfolgt, auch der Beklagte ſolche Reden nicht allein nicht beharret, ſondern ſich auch vor dem Amtmann und etlichen Gerichts-Perſonen dahin erkläret, daß er dieſelbe nicht ſchmählich gemeint, und auf den klagenden Theil nichts dann Ehr und Guts zu ſagen wiſſe; die fürgeloffene Schmäh-Wort und daraus erwachſene Handlung von Amtswegen auffgehebt, und kein weiterer rechtlicher Proceſs geſtattet werden ſolle ꝛc.

p. 1. tit. 77. §. im Fall aber ꝛc. *p. 220. ſeq.*

Und es daher das Anſehen, daß Aa. hierfalls deßwegen, facta illa à Reo declaratione, nicht hätten ſollen ad ulteriorem proceſſum admittiret werden, oder R. doch noch wenigſt
45 ab actione ad Palinodiam zu abſolviren, ſicuti per ejusmodi declarationem, quod dicta non ex malitioſo propoſito protulerit, ſed bene de actore opinetur, nec quid mali de ipſo ſciat, à reo maturè, ante litem nimirum conteſtatam, vel in ipſa litis conteſtatione factam, palinodiam evitari tradunt

Struv. *Ex. 48. th. 64. vers. aliquando.*
Brunnemann. *Ex. 25. ad Inſt. th. 7.*
Sand. *l. 5. tit. 8. def. 7.* Mev. *ad Jus Lub. l. 4. tit. 4. art. 7. n. 8.* Carpzov. *p. 4. c. 42. d. 11. & p. 2. q. 97. n. 12. ſeqq.* Finckelth. *obſ. 50. n. 5. ſeqq.* Fibig. *in Proceſs. membr. 2. ſect. 3. in f.*

46 So kan jedoch ſolches dißfalls Beklagten nicht zu ſtatten kommen, geſtalten ſich 1. bey ihm gar nicht ſo eigentlich befunden, daß die von ihm ausgeſtoſſene Injurien nur aus einiger Uebereilung des Zorns, Trunckenheit, oder ſonſt unbedächtlicher Weyſe, wie in beſagtem Landrechtl. Paſs ausdrucklich ſupponirt wird, ihme entfallen, und nicht aus böſem Vorſatz, oder Schmachſüchtigem Gemüth ausgeſtoſſen worden, ſondern das contrarium vielmehr daraus erhellet, daß er, wider alles des Hrn. Vogts Abwarnen und Vermahnen, auch Vorſtellung der ihm daher entſtehenden Gefahr, mit dem Schmähen ſo lang angehalten, bis Hr. Vogt ſelbſt endlich darüber unwillig worden und ihm kein Gehör mehr geben wollen, da er es hernach im Heimgehen noch auf offentlicher Gaſſen, ja auch nach langer Zeit und in währendem dieſem Proceſs noch immerzu continuirt, und ſonderlich wider den alten Herrn B. der doch ſein vorgeſetzter Burgermeiſter, ohne Scheu, in Beyſeyn vieler ehrlicher tapfferer Leute, in des Becher-Wirths Haus, auch ſonſt bey einem oder andern auf der öffentlichen Gaſſen, alſo fortgetrieben, ut patet ex jurata depoſitione *Teſt. 4. 5. ad Prob. 15. 16. 17. Teſt. 7. ad Prob. 18.*

Welche wider ſo viel Warnungen beſchehene und erfolgte Continuation und Repetirung der Injurien in allwege einen böſen Vorſatz und ſchmähliges Gemüth anzeigt, ob wohl Anfangs 47
auch ein Zorn mit dabey geweſen, deßwegen die obangezogene Land-rechtliche Verordnung hie keines weges Statt findet. Nam etſi ira- 48
cundia aliquando ab actione & pœna liberet, aliquando ad mitigationem ejus proficiat, attamen id non aliter obtinet, quam primò ſi non plane illa ſit injuſta, deinde ſi tunc ex ea peccatur, quando in calore eſt, ſeu ſtatim dum oritur & incaleſcit, ita, ut deliberationem fieri non ſinat. Poſtea verò quando ad animum redire licuit, prolatam ad excuſationem non facit, ſicuti nec iram obtendens audiendus eſt, qui quod antea ſub calore effundit, ubi ira deſiit, vel deſinere potuit & debuit, iterat.

l. 5. C. de injur. l. 48. de R. J. ibi Dec. & alii. Mev. *p. 3. dec. 358.* Modeſt. Piſtor. *vol. 2. Conſ. 3. n. 14.*

2. Statuiren die Dd. communiter, quod 49
illa declaratio bonæ exiſtimationis locum & aſſignatum iſtum effectum tantùm habeat in levioribus injuriis, quando ſcil. verba prolata talia ſunt, quæ ſanum & dextrum etiam admittunt ſenſum & intellectum, tunc enim tali declaratione, quæ exiſtimentur adeſſe, injuriæ deleantur, ſi autem injuriæ ſint atroces & verba prolata ejus conditionis, ut in bonum ſenſum accipi & illæsâ ejus, contra quem ſunt dicta, fama & exiſtimatione prolata intelligi nequeant, tunc ut non poſſint declaratione tali, quam non admittant, extingui injuriæ, ita nec illarum vindicatio adempta, ſed potius integra relicta cenſeri valeat, quia pœnitentia poſt delictum conſummatum in tertii, ejus ſcil. qui læſus eſt, præjudicium, ut videlicet actio ei quæſita nuda pœnitentia tollatur, non proficit.

l. 65. de furt. l. 1. §. 25. depoſ. Gail. *2. obſ. 106. n. 11.* Beſold. *vol. 2. Conſ. 158. n. 91.* add. Vasqu. *1. illuſtr. controv. c. 18. n. 38. 39.*

Quæ Dd. ſententia etiam verbis allegati 50
ex Jure noſtro Provinc. §i. im Fall aber ꝛc. daß er dieſelbe nicht ſchmählich gemeint, convenire videtur, ceu quæ de dictis talibus, quæ etiam in bonum ſenſum trahi queunt, loqui videntur.

vid. B. D. Lauterbach. *Disp. de ira. th. 50.* Mev. *ad Jus Lub. lib. 4. tit. 4. art. 6. n. 13.* Carpz. *p. 2. qu. 97. n. 16.*

51 Nun aber seyn die von Beklagten ausgestossene Injuriæ nicht nur leves, sondern atroces injuriæ, sive consideremus 1. personas, quibus illatæ, quarumque famam & existimationem iis reus attentavit; Est harum una persona in officio publico Magistratûs constituta, & consularis dignitatis; altera illius filius, indubie ergo eo respectu pro atrocioribus habentur

arg. §. 9. Inst. de injur.

52 Sive 2. locum, qui atrociorem etiam efficit injuriam, si is publicus sit, unde injuriæ vel ad multorum aures perveniunt, vel propter authoritatem possidentis magis gravant.

d. §. 9. ibique Harpprecht. *n. 7. l. 8. l. 9. §. 1. ff. eod.* Menoch. *de A. J. Q. cent. 3. cas. 263. n. 24.*

Nam cum hæ injuriæ coram Dn. Præfecto, & in publico actoribus illatæ, inque diversorio publico repetitæ, non possunt non eo intuitu pro atrocioribus ac gravioribus haberi, quia utique atrox est injuria commissa coram persona jurisdictionem habente, sicut & in publico loco e. g. in foro, in platea, in conspectu hominum illata.

Jac. Puteus *lib. 1. Dec. Rot. Rom. 303.* Mart. Neapol. *Dig. noviss. tom. 2. tit. injuria. c. 12.* Jac. de Graffiis *p. 1. lib. 2. decis. aur. cap. 49. n. 56.* Richter. *vol. 1. part. 5. Cons. 22.* Joseph. Ludov. *dec. Luc. 4. n. 13.*

Sive 3. denique ipsarum injuriarum tenorem, cumulationem, & sæpius factam repetitionem, quam delictum etiam exaggerare indubium est, expendamus.

Derowegen dann solcher seiner Erklärung billig obangeregter effectus denegiret wird.

So mag Beklagten auch 3. von der Condemnation in hisce actionibus nicht eximiren, daß er vorgibt, satius consultiusque esse homini Christiano, ut transigat de injuria potius, quam ut actione injuriarum odiosa adversus injuriantem experiatur. Denn es

53 1. bishero an Beklagtem selbst gestanden, daß die Sach nicht durch gütlichen Vergleich hingeleget werden können, weil er so gar hartnäckig gewesen, und sich durchaus nicht einmal zu der Christlichen Abbitt, auch auf den deßwegen ergangenen Fürstl. Befehl, bequemen wollen, derohalben denn jetzo billig die Condemnation in denen optimo jure wider ihn intentirten remediis erfolget.

54 Um so mehr 2. quia minime Christiano homine indignum est simpliciter, injuriarum agere, sed persona in officio publico constituta omnino justè vindicat injurias, tùm ne in alios inde derivetur scandalum, tùm ne siniſtram de se suspicionem tacendo ipse sibi accersat, nam quamvis hoc generosi videatur animi spernere injurias, vix tamen id tuto licet, ubi occurrunt, propter quæ ipse quis sibi & publicæ rei noceat; Imo & persona privata, si ipsi scelus vel crimen objectum, bona conscientia judicio injuriantem convenire potest, maximè si hoc saltem intendat, ut corrigatur injuria, & apud malos quoque consulatur ipsius innocentiæ, ac denique sibi provideat, nec maledicendo in posterum alter pergat.

Dn. Stryck. *de foro conscientiæ. c. 6. n. 56.* Bachov. *ad §. fin. Instit. de injur. n. 2.* Jacob. de Graffiis *part. 2. decis. aur. lib. 2. c. 17. n. 17. seq.*

Et odium ac rancorem quidem ex effusis & illatis injuriis in injuriantem conceptum 3. ex Christiana charitate remittere injuriatum omnino decet, injuriarum autem actionem, vel alia remedia, quæ jura ei tribuunt ad quærendam satisfactionem sibi debitam, non æque remittere tenetur, sed citra conscientiæ læsionem prosequi potest.

Martin. ab Azpileveta *lib. 5. Consil. tit. de punit. & remiss. Cons. 5. n. 2.* Jacob de Graffiis *d. l.*

55 Daß 4. in Supremo Ducatus hujus Dicasterio die Injuranten, wann auf ein Recantation oder Wiederruff geklagt, nicht leichtlich dahin condemnirt werden, testiret zwar

Besold. *ad J. P. W. Disp. 1. th. 164.*

Daß aber es jedoch gar wohl geschehen könne, daß sie nach der Sachen Beschaffenheit dazu condemniret werden, imò auch regulariter geschehen solle, zeuget der à Besoldo allegirte

§. Ob wohl auch ꝛc. J. P. W. *p. 1. t. 77.* & ipse Besoldus *cit. loc.* formulam usurpatæ recantationis subjiciens *seq. 165.* Cui vere similem aliam exhibet B. Lauterbach *Disp. de act. injur. recant. th. 33.*

Was endlich 5. die vorgeschützte exceptionem compensationis inter mutuas injurias instituendæ ac faciendæ anlanget, so ist 1. von R. keine Injuria, die ihm von Klägern angethan, geklagt oder erwiesen. Quando autem 56 mutuæ injuriæ compensandæ, utramque liquidam esse oportet, si enim alterius manifesta aut confessata est, ab altera parte negatur, tunc non potest obtrudi compensatio, quæ non est nisi in liquidis, uti in terminis ita consuluit

Modest. Pistor. *vol. 2. Cons. 3. n. 35.*

2. Findet die compensatio in mutuis in- 57 juriis nicht Statt, si ad recantationem, ut hic, actio sit instituta, ut & si criminaliter, ut iterum hic, sit actum.

Mev. *ad Jus Lub. l. 4. tit. 4. art. 9.*

Anderer requisitorum illius compensationis hic deficientium, de quibus Mev. ibid. zu geschweigen, kan sich also Beklagter auch mit dieser Exception nicht behelffen.

Und weilen nun aus diesem allen, so bißhero der Länge nach deducirt, so viel erscheinet, daß unter allen, wider die beyden erstere remedia, ratione illatarum injuriarum instituta, vorgewandten Exceptionen keine erheblich, und sich Beklagter mit denselben allen von denen beyden Klagen nicht entwircken möge, sondern der

Kläger

Kläger intention, ſo viel ſelbige concernirt, wohl gegründet und ununterbrochen beſtehe; ſo folget vor ſich ſelbſt, daß der Beklagte darinn zu vortheilen und zu condemniren, von der ihm aufzuerlegen gebetenen Caution de non offendendo aber, weil die ad illam injungendam erforderte requiſita deficiren, zu abſolviren.

Und zwar hat R. wegen bezeugter ungemeinen Renitenz gar wohl verdienet, daß ihm forderiſt vermög der intentirten extraordinar-Perſecution, nach Maßgab des den 12. Junii 83. ergangenen gnädigſten Fürſtl. Befehls, ein groſſer Frevel andictirt, ſo dann 2. er Aa. juxta ipſorum petitum in actione injur. recantatoria, einen offentlichen Wiederruff zu thun, condemnirt werde, maſſen hierfalls keine erhebliche Urſach vorhanden, darum man von der in obangezogenem §. Ob wohl auch ꝛc. conſtituirten Regul abweichen und die gebetene Recantation in eine Chriſtliche Abbitt verwandeln ſollte, ſondern leuchten vielmehr Urſachen aus obiger Deduction hervor, derentwegen man billig der Regul zu inhæriren, und derſelben nach R. zum offentlichen Wiederruff zu condemniren.

58 Demnach dann, weil die natura action. injuriarum die condemnationem in expenſas mit ſich führet, und in Jure Prov. Würt. ſpecialiter conſtituirt, quod Judex injuria-
59 rum condemnato regulariter expreſſe honorem & æſtimationem reſervare debeat, dahero ſolches auch hier zu thun, den Partheyen nachſtehende Urtheil, ſo wir den Rechten und Actis gemäß zu ſeyn erachten, und im Fall tragenden richterlichen Amts ſelbſt zu publiciren kein Bedencken haben wollten, eröffnet, und damit dem beſchwehrlichen Proceſs ſeine Endſchafft gegeben werden könnte.

Urthel.

60 IN Rechtfertigung ſich haltend zwiſchen Herrn Jacob B. Burgermeiſtern allhier, und deſſen Sohn Johann Jacob B. Tuchſcheerern, Klägern Eins: So dann David S. Burgern und Handelsmann Beklagten andern Theils, iſt auf Klag, Antwort, geführte Kundſchafft, und all ander Gerichtlich Fürbringen, nach reſpective gethanen und ex officio in pœnam contumaciæ angenommenen Rechtſchluß, genommenem Bedacht, und gehabtem Recht, mit Urtheil zu recht erkandt, daß Beklagtem nicht geziemt, Klägere geklagter maſſen an ihren Ehren anzugreiffen, ſondern er daran zu viel und unrecht gethan, deßwegen Beklagter forderiſt Gnädigſter Herrſchafft einen groſſen Frevel zu bezahlen, ſo dann Klägern, doch ohn Verletzung ſeiner Ehren, einen offentlichen Widerruff zu thun, und die auffgewandte Unkoſten, nach Richterlicher Moderation zu erſtatten, ſchuldig, von der begehrten Caution aber abſolvirt und loß geſprochen ſeyn ſolle. Wie wir ihn dann hiermit reſpective condemniren und abſolviren.

Durch dieſe nun und die andere ſchon vor- 61
her in puncto contumaciæ beſchehene Condemnationes wird unſers Ermeſſens des Beklagten bißherige Contumacia und Temerität gnugſam coërcirt, zumahl weil er auch das 62
beneficium appellationis dadurch verliehret.

juxta l. 1. C. quorum appellat. non recip. l. 13. §. 3. C. de judic. F. W. Landr. *p. 1. t. 70. §. Item* wann einer in erſter Inſtanz &c. Clezel. *de appellat. c. 2. n. 57. ſeqq.* Beſold. *de appell. c. 6. n. 4.*

Solte er ſich aber noch ferner obſtinat erwei- 63
ſen, und im Fall Aa. nicht gutwillig von ihren Rechten wiechen, und, ſich noch mit einer Chriſtlichen Abbitt zu frieden zu ſeyn erklähreten, der Urtheil recantando kein Genügen thun wollen, ſo könnte man allerdings mit ihm verfahren nach dem Modo, den da ausführlich beſchreibet

B. D. Lauterbach. *in ſupra cit. Diſſ. de act. injur. recantat. th. 35. ſeq. ex* Carpzov. *Pr. Crim. p. 2. q. 94. n. 21.* Mev. *ad J. L. p. 4. t. 4. art. 16. n. 11. 12.*

Welches ꝛc. Actum in Colleg. noſtro den 14. Nov. Anno 1683.

CONSILIUM VIII.

DE

Appellatione ab Interlocutoria, eaque pecuniariam pœnam dictante frivole & informiter interpoſita.

SUMMARIA.

Facti recenſio præmittitur a num. 1. usque 12. incl.

13. Tutor absque mandato Contutoris in judicio comparens an & quando pro ſatis legitimato habeatur ibique absque contutore valide agere poſſit?

14. Ex actis conſtare debet quis appellaverit.

15. Legitimatio Appellantium quando pro perfecta ſit habenda?

16. *Si unus saltem appellaverit, omnibus consortibus litis etiam non appellantibus hæc appellationis interpositio proficit.*

17. 18. & 19. *Debent tamen adesse certa requisita.*

20. *Quid si consors appellans, appellationem iterum deseruit?*

21. *Exemplum temerariè interpositæ Appellationis.*

22. *Quid secundum juris statutarii Württembergici dispositionem in Venditione vel Cessione debiti summam viginti florenorum excedentis sit observandum?*

23. *Jure Württembergico appellatio à mulcta seu pœna pecuniaria est prohibita, quod tamen de Jure communi secus.*

(α) *Jure Civili à pœna non licet appellare, ubi simul additur ratio.*

(β) (γ) *Quinam casus sint excepti?*

(δ) *Quomodo hic appellatum esse censeatur?*

(ε) *Cur in mulcta arbitrio judicis imposita appellare sit licitum?*

24. *Quænam notabilis limitatio de Jure Württembergico, ubi appellatio à pœna pecuniaria prohibetur, obtineat?*

25. *Cur hæc limitatio in casu substrato nihil operetur, sed ipsi Regulæ sit inhærendum?*

26. *Verba sententiæ vel absolutionem vel condemnationem necessario continere debent, alias nihil in esse ponunt.*

27. *Tertius, contra Ntem in judicio comparere non cogitur, si de ipsius jure in prima instantia nihil fuerit pronunciatum.*

28. *Interlocutoria.*

29. *Iniquum est à pupillis pœnam pecuniariam ab ipsorum patre promeritam exigere.*

30. *Peccata debent tenere suos Authores.*

31. *Actiones pœnales ex veris vel quasi delictis descendentes in hæredes passivè non transeunt.*

32. *An judici licitum sit parti litiganti, inprimis cuinam ad remissionem pœnæ pecuniariæ impetrandam, post publicatam sententiam, remedia subministrare?*

1 AUsser hierbey wieder zurückkommenden wenigen Gerichts-Actis tàm primæ, quàm secundæ instantiæ, in Sachen Hanß Georg Zeihers, Bürgers und Knappen von Wildberg, ac consortum in actis benannt, Rr. ANTt. Entgegen und wider Hanß Georg Haugen, auch Bürgern und Zeugmachern daselbst, A. APT. ausgeübet, welche mit gebührendem Fleiß durchlesen, und alles reifflich erwogen, habe ersehen, welcher gestalten ermeldter Hanß Georg Haug der jüngere den 19. Novemb. Anno 1683. vor HHnn. Kellern, Burgermeistern und Gericht zu Wildberg erschienen, und wider gedachten seinen Mitburger Hanß Georg Zeihern, sodann Christian Hertern und Marx Treibern, Bürgere zu Nagold, als Pflegere Johannes Treibers Kinder, Nahmens Michel und Johannes, durch seinen erwehlten Fürsprecher, nach beschehener Legitimation vortragen lassen, wie daß Johan-
2 nes Treiber zu Nagold von Hanß Georg Zeihern eine auf ihme Haugen stehende Hauß-Schuld erkaufft, solchen Kauff aber nicht zu Gerichtlicher Erkanntniß und Insinuation gebracht, dadurch die im Fürstlichen Land-Recht gesetzte Straff verwürckt, bäte also ihn Zeihern und Treiberische Erben vermittelst angelobens zu Anzeigung des Kauffs anzuhalten, damit er sich seines Losungs-Rechts bedienen könnte.

3 Worauf Zeiher sich kürtzlich also verantwortet, daß er dem Treiber Sel. 25. Gulden schuldig gewesen, worauf er ihm noch so viel nach und nach gegeben, daß er ihm 59. Gulden 30. Creutzer schuldig worden, dafür er ihm den von jung Hanß Georg Haugen ihm aufgerichten und eingehändigten Schuld-Brieff loco assecurationis zugestellt, seye kein Kauff zwischen ihnen geschlossen worden. Christian Herter aber und Marx Treiber gemeldt, daß das erste Ziel 4
Anno 1680. verfallen, welches Haug ohnweigerlich bezahlt und niemahlen disputirlich gemacht, hätte er zu lösen begehrt, sollte ers damahls gethan haben. Drauff Haug replicirt, 5
es seye einmahl hierinnen ein Schleich vorgangen, und damit beede Theil submittirt.

Woraufhin dann folgendes Decret oder Be- 6
scheid publicirt. Weil der Contract Krafft Hochfürstlichen Land-Rechtens billig hätte sollen vor Gericht gebracht werden, solches aber unterlassen worden, als wurden vermög Fürstlicher Lande. p. 2. tit. 13. §. Und so diese ꝛc. beede Contrahenten jeder umb einen grossen Frevel gestrafft, und dabey gesprochen, daß sie auf nechsten Gerichts-Tag den vorgangenen Contract zu Gerichtlicher Insinuation bringen sollten, alsdann Haugen seine Losung, falls er einige haben möchte, zu prosequiren frey stünde.

Von welchem den 26. Novembr. dicti anni 7
1683. vor Herrn Bernhard Denglern des Gerichts und dem Stadt-Schreiber Christ. Herter und Hanß Georg Zeiher appellirt, sich erbietend ohneingestellt Anzeig zu thun wohin sie appelliren wollten, welches sie den 18. Decembr. darauf gethan, und das löbliche Stadt-Ober-Gericht zu Tübingen ernennet, auch umb Ausfertigung der Actorum gebeten, womit ihnen willfahret worden, und haben sie selbige am eilfften Tage, nach beschehener Denunciation, allhie bey Hochlöblichem Ober-Gericht eingelegt: Besage Actorum appellationis. Dan- 8
nenhero beede Theil auf den 27. Februar. 84. hiehero citirt, und von seiten der Rr. Nt. erschienen Hanß Georg Zeiher, und Wolff Mornhinweg, als constituirter Vormunder der beeden pupillen, Michel und Johannes der Treiber, so seine Person mit eingegebenem Tu-

torio

torio legitimirt und für seinen Contutorem Christian Herter de rato cavirt. Womit der Hanß Georg Haug in Person zugegen in so weit zu frieden, daß er ad proximam völligen Gewalt vom Mitpfleger einreichen sollte, quia tutor sine
9 contutore nihil facere potest. Auf welches hier nach per Interlocutoriam erledigter Strittigkeit in puncto gesuchter Caution und Erzehlung des facti APT. contra formalia appellationis excipirt, weil 1. von einer puren Frevel-Sach contra

J. P. W. *p. 1. tit. 70.* §. von Malefitz-Sachen ꝛc.

2. ab Interlocutoria simplici, quæ non continet ejusmodi gravamen, quod tolli per appellationem a definitiva nequeat, aut vim definitivæ habeat, contra dispositionem rursus

J. P. W. *p. 1. d. t. 70.* §. item so einer von einer Bey- oder Vorurthel ꝛc. Hoffger. Ordn. *p. 2. tit. 2. pr.*

10 appelliret worden, dannenhero gebeten zu erkennen und zu sprechen, daß diese Appellation nicht anzunehmen, sondern vor desert zu erkennen, auch die ANTt. ob non rite interpositam appellationem in alle expensas zu condemniren und noch dazu mit der pœna temere litigantium anzusehen, implorato desuper Nob. Indicis Officio.

11 Worauf ANTt. geantwortet daß in angezogenem §. von Malefitz-Sachen ꝛc.

gleich die notable Limitation folge, wofern solche Straffen der Haupt-Sach nicht anhängig, ꝛc. es haben aber hier ANTt. sich nicht allein der andictirten Frevel halber an das preyßliche Ober-Gericht beruffen, sondern auch deß halb und zwar principaliter, weilen der Judex à quo dem APT. die vorhabende Losung reservirt, wodurch denn ihnen ein gravamen satis onerosum zugezogen worden, erhelle auch aus der Urtheil selbst, daß sie vim definitivæ habe, weil die Losung, um welche der Haupt-Stritt gewesen,
12 Tto reservirt worden. Demnach gesammte Nnt. gebeten, Ttischem petito nicht allein nicht zu deferiren, sondern auch im Gegentheil vielmehr zu interloquiren und zu sprechen, daß diese Appellation an dieses wohllöbliche Ober-Gericht erwachsen, auch vor demselben Rechtlicher Ordnung nach auszumachen, und dann der T. zu Erstattung deren durch die bißherige Verzögerung verursachte Unkosten, de ulterioribus protestando, condemnirt seyn solle. Worüber sie nobile officium des Herrn Ober-Richters imploriret und in hoc puncto submittiret, welches dann auch T. gethan.

Hierüber nun kürtzlich meine beywohnende Rechtliche, jedoch baßverständiger Meynung unvorgreiffliche Gedancken zu eröffnen, so hat förderist das punctum Legitimationis seine Richtigkeit und kan die abgefaßte Urthel sine ullo vitii redundaturæ nullitatis metu publiciret werden, wann gleich der gegenwärtig gewesene Pfleger Mornhinweg von seinem Mitpfle-
13 ger Christian Hertern vor deren Publicirung keinen völligen Gewalt einbringet, denn daß von T. Herrn Advocato angeführet wird: quod Tutor sine Contutore nihil facere possit, hat in jure kein Bestandt bey den Tutoribus pro indiviso administrantibus, sondern es kan Jure communi einer oder der ander von ihnen gar wohl ignorantibus ac absentibus cæteris, in judicio erscheinen, und pupilli nomine agiren, oder denselben defendiren, per textum expressum

in l. 24. §. 1. ibi: Si duobus simul tutela gerenda permissa est vel à parente, vel à contutoribus, vel à Magistratibus, benigne accipiendum est. etiam uni agere permissum. ff. de administr. tut. l. 3. pr. eod. l. 1. C. si ex plurib. tut. vel curat. omnes vel unus agere pro min. vel conven. poss. Brunnem. *ad d. l. 24. §. 1. ff. de admin. tut. & ad d. l. 1. C. si ex plur. tut.* Carpzov. *p. 1. dec. 26. n. 12.* Montan. *de jur. tutel. cap. 32. reg. 9. num. 83.*

Und obwohl Marx Treiber proprio nomine mit interessirt zu seyn scheinet, weil auf dem Original Schuld-Brieffe des Haugen folgende Worte notirt: an diesem Brieffe haben anitzo Marx und seines Bruders Johann Treibers sel. beyde Büblein jeder zur Helffte zusammen 100. Gulden ꝛc. und er Haug sich vor löblichem Ober-Gericht dergestalten legitimiret daß er erscheine entgegen und wider Hanß Georg Zeihern, wie nicht weniger wider Marx Treibern, so dann Wolff Mornhinweg als Pflegern der Treiberischen Kinder, ꝛc. dahero es das Ansehen, als wäre die Erscheinung auf Ntischer Seiten unvollkommen; So ist doch zu mercken, daß 14
weder ex primæ noch hujus secundæ instantiæ actis zu sehen, daß Marx Treiber mitappellirt hätte oder mitcitirt wäre, daher die Erscheinung 15
Ntischer Seiten nicht vor unvollkommen gehalten werden kan, weil alle diejenigen, so appellirt, erschienen. Und ist er eben nicht gehalten gewesen mit zu appelliren, ob er gleich in prima instantia proprio nomine mit interessirt gewesen und
mit condemnirt worden wäre, weil die Rechte 16
den consortibus litis das Beneficium geben, quod, si ex illis vel unus saltem appellaverit, ejusdem appellatio & victoria in causa appellationis proficiat quoque exteris non appellantibus.

l. 1. C. si unus ex plur. appellav.

modo omnes una sententia condemnati sint 17

l. 10. pr. l. 17. de appell.

& reliqui consortes sententiam non agnoverint. 18

arg. l. 6. d. t.

ac denique una & eadem sit defensionis ac con- 19
demnationis causa quoad omnes.

d. l. 10. de appell. ibi Brunnem. *l. 2. C. si unus ex plur. appell. ibi* Perez. *n. 2.* Carpzov. *p. 1. c. 20. d. 15. n. 5.* Gail. *l. O. 126. n. 3.* Klock *vot. Cam. 170. vers. Responderi potest hoc modo. pag. mihi 3.* Besold. *de appellat. c. 5. n. 4.*

In tantum quidem, ut unius consortis appellatio 20
proficiat etiam alteri, qui appellavit, at deseruit appellationem

Mev. *p. 8. dec. 105.*

das punctum formalium appellationis belangend, 21
so halte ich, daß von Tto mit Fug und Recht dawider excipirt worden. Denn nachdem Ttus angebracht, daß Zeiher seine an ihn wegen aberkaufften halben Hauses habende Forderung dem Johannes Treibern zu Nagold verkaufft,

solcher Kauff aber nicht Gerichtlich fürgebracht und insinuiret worden, wie es das Fürstliche Land-Recht

p. 2. tit. 13. §. Und so viel ꝛc. *p. 280.*

erfordert, und der Richter befunden und gesehen, daß nicht nur die über sothane Schuldforderung aufgerichtete Verschreibung vorgegebener massen für die von ihm Treibern dem Zeiher vorgestreckte 59. Gulden, loco assecurationis, pignoris jure dem Treiber eingehändiget worden, sondern eine würckliche Cession der Schuld selbsten geschehen, oder ein Kauff und Verkauff, vel aliud simile negotium, darüber unter ihnen getroffen worden seyn müsse, (indem ja die Treiberische Erben zu zweyen Zielern 20. Gulden davon bereits eingenommen und erhoben; Woraus gnugsam abzunehmen, daß entweder würcklich eine Cession, sie seye ex emptionis venditionis, dationis in solutum vel quocunque demum alio titulo geschehen, oder doch ein Kauff und Verkauff, oder ander dergleichen Contract, vorgangen, dadurch die Treiberische Erben das jus exigendi vel solutionem accipiendi erlanget
22 und bekommen;) So hat der Herr Richter, umb willen solcher Contract und Cession ohn des Amtmanns und Gerichts Vorwissen geschehen und die Insinuation unterlassen worden wider die klare Verordnung.

Fürstl. Landr. *p. 2. tit. 33. verbis*: Wir setzen und wollen, daß keiner unserer Unterthanen und Zugehörigen sein Ansprach oder Forderung die sich über 20. Gulden belauffen thut, einem andern in einigen Weg übergebe und zueigne, es geschehe dann solches mit unserer Amt-Leut und Gericht Vorwissen. *& tit. 13.* §. Und so viel insonderheit die Kauff- und Verkauffung namhaffter Schulden, (als die sich über 30. Gulden belauffen,) betrifft, sollen selbige nicht allein Gerichtlich fürgebracht und insinuirt, sondern auch von unsern Gerichten, ob darinn ziemlich und der Billigkeit gemäß gehandelt, mit Fleiß erwogen und darüber erkennt werden.

beeden Theilen, nach Masgab

Fürstl. Landr. *d. p. 2. tit. 13.* §. Und so diese unsere Ordnung ꝛc.

einen grossen Frevel zur Straff dictirt und befohlen nechsten Gerichts-Tag den vorgangenen Contract zu Gerichtlicher Insinuation vorzubringen, worvon beederseits Contrahenten appellirt,
23 aber informiter, ac contra dispositionem nostri

J.P.W. *p. 1. tit. 70.* §. von Malefitz-Sachen ꝛc.

allwo die Appellation von Freveln, Bussen und Straffen ausdrücklich verboten und abgestrickt; also der Jure communi Cæsareo eingeführte Unterscheid inter pœnam & mulctam, ratione prohibitæ ac permissæ appellationis, (indem nemlich
α ermeldten gemeinen Käyserlichen Rechten nach zwar à pœna die Appellation auch unzuläßig, quia pœna non ex arbitrio judicantis imponitur, sed certâ lege vel jure definita & delicto alicui specialiter constituta est, legumque adeo authoritati debetur & eadem sustinetur.

l. 1. ff. ad SCt. Turpill.

Cum igitur ad legum observantiam omnes teneamur legis gravamen, verè gravamen non videtur, nec consequenter appellandi causam præstat.

Rodriq. Fermosin. *de Legib. Eccles. ad c. 3. de appellat. n. 28. seqq.* Jul. Cæs. Ruginell. *de appell. §. 2. c. 3. n. 634.*

nisi forsan de judicis disceptetur facto, scil. quod judex perperam declaraverit appellantem incurrisse pœnam, cum ipse delictum imputatum, cui pœna illa constituta, non commiserit. β

c. cupientes. & ibi Gloss. §. *quod si per 20. dies. verb. comparere. de elect. in 6.* Ludov. Roman. *Sing. 217.* Gylmann. *Symphor. tom. 5. relat. ult. n. 29. seqq. p. m. 409.* aliique ab ipso & a Jul. Cæs. Ruginell. *de appell. d. l. n. 637.* allegati.

aut modum excesserit γ

Anton. Matth. *de crimin. ad lib. 48. tit. 17. c. 5. n. 14.* Farin. *Pr. Crim. qu. 101. n. 6.*

Tunc enim appellationem etiam à pœna admittunt modò laudati Authores, quia hisce in casibus à sententia hominis, non legis appellatur, δ

Rodriquez Fermosin. *d. l. n. 33.*

à mulcta aber, quæ judicis arbitrio imponitur, juxta definitionem mulctæ

à Sebast. Medices *in tr. definit. ex l. 131. & l. 244. de verb. signif.* exstructam,

zu appelliren in alle wege erlaubet und zugelassen,

juxta d. l. 244. de verb. sign. l. 25. C. de appell. ubi Brunnemann & alii Dd. Mynsi. *c. 3. Obs. 43. ubi id frequentiori calculo obtinuisse testatur in causa Senatus Colonienſis contra* Siegen *primæ appellationis 8. April. 1552. relata. Et in causa* Dasson *contra* Kupper, *ubi 30. Ian. 1538. ita judicatum dicit.* Gylman. *d. l. n. 24.*

quia alias aperta esset judicibus via iniquas ferendi sententias, contra ε

l. 1. C. de appellat. Scacc. *de judic. lib. 1. c. 12. n. 98.* Sebast. Guazzin. *ad defens. reor. def. 36. c. 7.*

& facilem nanciscerentur occasionem Judices & Officiales, alienis spoliis penu suum locupletandi, immoderatasque mulctas indicendi, de quo frequentes pauperculorum querelæ, eorum verò, qui mulctas illas percipiunt, lætitia & gratiarum actiones, audiuntur.

Parthen. Litigios. *lib. 1. c. 14. n. 2.*)

durch unser Fürstlich-Würtembergisch Land-Recht aufgehebt, und indistincte so wohl von mulctis als à pœnis die appellationes prohibirt, wie solches die Interpretes Juris nostri Provincialis alle agnosciren.

vid. Plebst. *ad* J.P.W. *Disp. 1. th. 134.* Besold. *Disp. 1. th. 117. ubi d. tx. extendit* auf alle Geld-Straffen, *ac illam quoque quæ vigore privilegiorum infligitur iis, qui Studiosum lædunt.* B. D. Lauterbach. *ad p. 1. th. 83. n. 7. 9.* Bocer. *tl. 6. D. 34. th. 11.*

Und obwohl in angezogenem §. von Malefitz- 24
Sachen ꝛc. dasselbe mit gewisser Maß limitiret wird, nemlich daß, da ein Frevel, Buß oder Straffe der Haupt-Sach anhängig, und selbige sonst appelliret werden möge, die Frevel, Buß oder Straff eingestellt, die Haupt-Sach am Appellation-Gericht angenommen, was Recht

darinn

darinn erkennt und alsdann der erkanntem Urtheil gemäß exequiret werden ſolle, daher ANten vermeynen vor Löbl. Ober-Gericht gehöret zu werden, weil ſie nicht allein der andictirten Frevel halber, ſondern auch, und zwar principaliter, wegen der dem T. vom Iudice à quo reſervirter Loſungs-Gerechtigkeit, ſo ihnen præjudicirlich, an daſſelbe provociret. So kan doch ihnen ANten was ſie hoffen, dißfalls nicht gedeyen, daß ſie nemlich vor dieſem Hoch-Löblichen Ober- und Appellations-Gericht angehöret, und die Sache zu Fundirung deſſen Jurisdiction in pto formalium angenommen werden aus der ihnen eingebildeten Conſideration, daß es keine pure Frevel-Sach, ſondern der dictirte Frevel der Haupt-Sach anhängig; Dann ja der Richter à quo in der Haupt- und Loſungs-Gerechtigkeit-Sach nichts geſprochen, und Tto die Loſung weder zu- noch ab-erkannt, ſondern allein das Intereſſe Publicum vor Augen gehabt, und wegen unterlaſſener Gerichtlichen Inſinuation, nach Maßgab Fürſtl. Land-Rechtens, die in §. Und ſo dieſe unſere Ordnung ꝛc.

J. P. W. p. 2. tit. 13. pag. 280.

in dem Fall da die Haupt-Summ der verkaufften Schuld ſich über 50. Gulden erſtreckt, geſetzte groſſe Frevel-Straffe dictirt, anbey befohlen uf nechſten Gerichts-Tag den vorgangenen Contract noch zu Gerichtlicher Inſinuation zu bringen, und per modum appendicis angehengt, daß alsdann T. ſeine Loſung, NB. falls er einige haben möchte, proſequiren mag, wodurch, wie gemeldt, T. die Loſung weder zu noch abgeſprochen, ſondern ihm frey geſtellt und gelaſſen worden, daß wann er vermeyne, daß er einig Recht noch zu löſen habe, ſolches ſuchen und in judicio proſequiren möge.

26 *Nam verba iſta neque abſolutionem* neque condemnationem, *quarum alterutra neceſſario ad ſententiam requiritur, continent, ſed conditionalia ſunt, adeoque in eſſe nihil ponunt, nec quicquam* Tto tribuunt vel adimunt.

arg. l. 8. ff. ſi quis omiſſ. cauſa teſtam. l. 213. de verb. ſignif. l. 37. de contrah. empt. Barboſ. *lib. 3. cap. 43. ax. 16.*

27 Dahero auch Ttus nicht einmahl nöthig gehabt, ſich in hoc appellationis judicio als ein Gegenpart der Nten zu ſtellen, weil in prima inſtantia de ipſius jure noch nichts pronuncirt, ſondern die Appellation einig und allein à decreto judicis, quo ipſe ob intermiſſam initi contractus inſinuationem NTtibus Jure Provinciali conſtitutam pœnam dictavit, geſchehen.

Deme nach ich ohn einig Bedencken, im Fall ſelbſt-tragenden Richterlichen Amts, den Partheyen, in vorſeyendem puncto formalium appellationis, nachſtehenden Beſcheid zu publiciren keinen Scheu tragen wollte.

Beſcheid.

28 In der Appellations-Sache Hanß Georg Zeihers Burgers und Knappen von Wildberg, und Conſorten in actis benannt Rr. ANTt. an einem, und Hanß Georg Haugen, auch Burgern und Zeugmachern daſelbſt AT. am andern Theil iſt allem Fürbringen nach zu Recht erkannt daß dieſelbe an dieſes Ober- und Appellations-Gericht nicht erwachſen, dannenhero auch nicht anzunehmen, und die Appellanten dem Appellaten die deßfalls aufgelauffene Unkoſten, auf deſſelben unterſchiedliches Darthun, ihrer Zu- und Einrede, und Richterliche moderation, zu entrichten ſchuldig ſeyn ſolle.

Ob wohl aber Nten nach beſchehener deduction, (der Urſach weil ad juſtificationem formalium, und daß die Appellatio gültig ſeye, nicht nur erfordert wird, daß innerhalb 10. Tagen appellirt, innerhalb beſtimmter Zeit die Acta begehrt, und bey dem Appellations-Gericht eingelegt werden, welches hier obſervirt, ſondern auch, daß von einer ſolchen Urtheil, davon die Rechte zu appelliren erlauben, appelliret worden, ſo hier aber nicht geſchehen) die interponirte Appellation nicht zu ſtatten kommen und vermittelſt derſelben geholffen werden kan, ſo zweiffle doch nicht, es werden ſelbige, zumahlen die noch Unmündige Treiberiſche Kinder, 29
einige remiſſion von der ihnen dictirten Straffe durch eingebende unterthänigſte Supplication bey Ihrer Hoch-Fürſtl. Durchl. erhalten, wenn ſie Deroſelben demüthigſt vorſtellen, daß ſie von dem, was zwiſchen dero ſel. Vattern und dem Zeiher vorgangen, und ob die Inſinuatio geſchehen oder unterlaſſen, keine Wiſſenſchafft gehabt, und ihnen ja billig Patris negligentia vel delictum nicht könne oder möge in pœnam pro eo ſuſtinendam imputiret werden, cum juxta æquiſſimum Imperatorum Arcadii & Honorii reſcriptum

in l. 22. C. de pœnis.

ibi pœna eſſe debeat, ubi & noxia eſt, & peccata 30
igitur ſuos tenere authores, nec ulterius progredi metus, quam delictum reperiatur, eâque de cauſa actiones pœnales ex delictis vel quaſi delictis deſcendentes in heredes ſimilesve ſucceſſores 31
paſſive non tranſeant, ſed delinquentis morte extinguantur

l. 1. pr. de privat. delict. l. 38. l. 111. §. 1. de reg. jur. B. D. Lauterbach. *Diſp. de Tranſit. action. th. 32.*

welches Mittel dann ihnen Nten nach publicirter Urthel an Hand gegeben werden könnte.

Und dieſes habe Meinen Hoch- und Vielgeehrten Herren in gegenwärtiger Appellations- 32
Sach zu verlangter Rechtlichen Nachricht dienſtlich anfügen wollen, mithin unter Göttl. Gnaden-Schirms-Empfehlung verbleibend

Meiner Hoch- und Vielgeehrten Herren

Dienſtgefliſſenſter
G. S.

CONSILIUM IX.

DE

Jure Retractus Partialis in specie intra mensis spatium competente.

SUMMARIA.

1. CAsus brevissimis hic recensetur.
2. Sententia provisionalis.
3. Tempus retrahenti à primo scientiæ momento celebrati Emt. Vendit. contractus currit.
4. Non sufficit ut retrahens verbaliter tantum pretium offerat, sed requiritur ut actualiter & mediante reali oblatione hoc fiat.
(α) Retrahens qui contractui interfuit & tempus præstitutum non observavit, illo elapso non audiendus.
(β) Retrahenti si certum pretium nescit quomodo sit consultum?
5. Retrahens a quo Emtor pretium accipere recusat coram duobus honestis viris vel in judicio prænumerat, & obsignatum deponit.
6. Id quod etiam in Retractu intra mensis spatium exercendo, observandum.
7. Retrahenti etiam feriæ currunt.
8. Tempus Retractui præstitutum ratione initii utile est.
9. Retractum Partialem nemo nisi proprietarius partium ædium, aliorumque prædiorum incommoda quondam necessitate flagitante, valide exercere potest.
10. Hinc excluduntur usufructuarii & Creditores pignoratitii.
11. Fundamentum Retractus partialis consistit in dominio, quod si deficit omnia ab hujusmodi putativo Retrahente inutiliter fiunt.
12. Non competentis actionis exceptio litis ingressum impedit.
13. Judex eam ex officio supplet.
14. Ob eamque Actor Reo in Expensas condemnatur, non tamen semper.
15. Judex exceptionem non competentis actionis non supplens sententiæ nullitatem evitare nequit.

1 DJe in Sachen Rechtens puncto strittiger Losungs-Gerechtigkeit, zwischen Anna Barbara, Hannß Jacob Schmids Burgers und Zeugmachers allhier ehelichen Hausfrauen mit Beystand ihres Ehevogts Klägern eines, so dann Georg Albrechten, Barbierern beklagten andern Theils, ausgeübte Acta, so mir jüngstens, mein rechtliches Gutachten darüber zu ertheilen, zugeschicket worden, habe ich mit gebührendem Fleiß durchlesen, alles reifflich erwogen, und befunden, daß jetzo der Stritt zwischen ihnen insonderheit wegen der monathlichen Losung sey, ob selbige nemlich hier statt finde, oder nicht? Da ich dann meines wenigen Orts, salvo cujusvis melius sentientis judicio, erachte, daß, ob gleich sonst der Klägerin die Theil-Losung, (præsupponendo, daß auf ihrer Seiten alles richtig wäre, und bona fide alles daher gienge, so anjetzo dahin gestellt wird, und etwann künfftig hin besser und genauer zu untersuchen seyn wird, weil einige suspiciones fraudis vorhanden, daß andere im Verborgen mit darunter stecken, und ihres Vortheils halber die Klägerin steiffen, auch das Geld eo intuitu ihro dazu hergeben,) competirte, doch die Monaths-Losung diß Orts keine statt habe, sondern selbige schon verschlaffen und negligirt, daher interim, weil periculum in mora, indem Beklagter sein gehabtes Haus, dieses quæstionirte halbe, auf ihr, der Klägerin, Einrathen, zu erkauffen nicht nur verkaufft, sondern auch dem Käuffer würcklich übergeben und raumen müssen, diese Provisional-Urtheil den Partheyen zu publiciren.

Urthel.

2 IN Sachen rechtens sich haltend zwischen Anna Barbara, Hannß Jacob Schmidts, Burgers und Zeugmachers allhier ehelichen Haußfrauen, mit Beystand ihres jetzt gedachten Ehe-Vogts, Klägerin Eins; So dann Georg Albrechten, Barbierern Beklagten andern Theils, in puncto strittiger Monaths-Losung, wird forderist hiemit die Sach ex parte der Klägerin ex officio für beschlossen angenommen, und ferner auf geführte Klag, Antwort, und all anderer gerichtlichs Fürbringen nach respective gethan- und ex officio angenommenem Rechts-Satz, genommenen Bedacht, und gehabten Rath, mit Urthel zu recht erkannt, daß bey dem jüngst von den Leitgebischen Pflegern an Beklagten beschehenem Verkauff des ihren Pfleg-Kindern zugehörigen halben Hauses, die von der Klägerin prætendirte Monaths-Losung nicht statt habe, sondern Beklagter von dem derentwegen gethanen Begehren der Klägerin zu absolviren, wie wir ihn dann davon hiemit absolviren, vorbehaltlich jedem Theil seines Rechten wegen deren Jahrs-Losung, so Klägerin dieselbe zu haben, und Beklagten derenthalben des Anspruchs nicht zu entlassen,

gemeint

gemeint ist, die biß daher in der Sach aufgewandte Kosten aber werden aus beweggenden Ursachen gegen einander compensiret und verglichen.

Welche Urtheil ich den Rechten und der Sachen Beschaffenheit gemäß erachte, und im Fall selbst tragenden Richter-Amts zu eröffnen kein Bedencken haben wollte.

Die Ursachen so mich zu vorstehendem Urtheil bewogen, sind insonderheit folgende:

Daß 1. Beklagter in seiner Verantwortung eingebracht, daß der Contract allerdings 14. Tage vor der gerichtlichen Insinuation dessen, so den 8 Martii dieses lauffenden 1684sten Jahrs, laut Beylag Num. 3. geschehen, durch Vermittelung der Klägerin selbst getroffen, und der Weinkauff in ihrem Beyseyn getruncken worden, welches Klägerin nicht widersprochen, sondern tacite eingestanden. Wann nun dem also, wie ex tacita Actricis confessione, ex circumstantiæ hujus ab ipsa non facta contradictione, inductâ, nach Anleitung der Rechte

in l. 2. §. 2. solut. matr. quemadm. dos rest. l. 142. de R. I. l. 8. C. de remiss. pign. Barbos. *lib. 18. c. 1. ax. 7.*

3 præsupponirt wird, so hat Klägerin gnugsame Wissenschafft des geschlossenen Contracts, gleich von der Zeit, da er getroffen worden, gehabt, und hat ihr also ab illo ipso momento die monathliche Losungs-Zeit zu lauffen ange-
4 fangen, in deren sie sich denn nicht nur mündlich wegen der Losung bey Beklagten anmelden, und ihn nach dem Quanto der auf den Kauff ausgelegten Kosten bloß fragen, sondern gleich selbige ihm auch würcklich zu bezahlen
α anbieten, (zumahl da sie vor dem erfragen das Quantum des Weinkauffs und anderer auf den Contract gegangener Kosten, gleich wie alle Conditiones des Kauffs wohl und eigentlich gewußt, weil sie den Contract durchaus selbst schliessen helffen, und Beklagter ohn ihr Vorbewußt und Einrathen nichts gethan, oder vorgenommen, auch sie den Weinkauff selbsten mit getruncken, und von allem, was dabey aufgangen, gantz eigentliche Nachricht gehabt;
β Und ob sie es auch gleich so gar eigentlich nicht gewußt, so hätte sie dennoch eo nomine ein gewiß Stuck Geld, so viel sie ohngefehr gemeynt, daß aufgangen wäre, cum protestatione wann ein mehrers aufgangen, solches
5 auch zu erstatten, offeriren) und im nicht Annehmungs Fall dem Gericht oder sonst zweyen ehrbaren Männern darzählen, und obsignirt hinterlegen sollen, wann sie der Monaths-Losung nicht hätte verlustigt werden wollen.

J. P. W. *p. 2. tit. 16. §. Wo aber &c. p. 295.*

6 Weil sie aber solches nicht gethan, sondern erst den 12ten April sothane von dem Käuffer ausgelegte Kosten ohn vorbeschehene Darzählung obsignirt bey einem privato hinterleget, kan sie der monathlichen Losung jetzo nicht gaudiren, angesehen damahls, ja schon den 5ten Aprilis, da sie erstmahls vor Gericht erschienen, der Monath längst verflossen gewesen, daß sie demnach kein statt finden könnte, wann gleich die achttägige dilation, die Beklagter ea conditione, daß sie ihro der Klägerin an der monathlichen Losung, wann sie deren sonsten fähig wäre, nicht sollte præjudicirlich oder schädlich seyn, begehrt und erhalten, wie recht und billig decourtirt und abgezogen wird.

Und können 2.) ihro, Klägerin, die in der 7
monathlichen Zeit eingefallene Ferien nicht zu gut kommen, wie sie vermeynt, daß nemlich solche sollten abgezogen, und derowegen der Termin für nicht verflossen gehalten werden. Denn obwohl das tempus retractui præfini- 8
tum ratione initii utile, non nisi scienti contractum currens,

J. P. W. *d. p. 2. tit. 16. §. Auch soll der Verkauffer &c. p. 294.*

so ist es doch hernach, wann es einmahl angefangen zu lauffen, ratione cursus continuum und wird de momento ad momentum computirt,

Plebst. *ad J. P. W. D. 2. th. 171. lit.* B.
D. Frommann. *de Jure retract. th. 68.*

demnach die Feriæ nicht deduciret, sondern in allweg mit eingerechnet werden müssen.

Insonderheit ist 3) wohl zu mercken, daß 9
es einen überaus grossen Anstand darinn gebe, daß Klägerin an diesem getheilten Hause nicht eines Schuhes breit eigenthumlich habe, sondern den innhabenden Theil nur Nutznießlich besitze, daher nicht nur gar zweiffelich, ob ihro die prætendirte Theil-Losung zukomme, sondern bey mir fast ausser allem Zweiffel gesetzt ist, daß ihro dieselbe durchaus proprio nomine nicht competire. Gestalten das subjectum activum retractus partialis die Innhabere eines Theils deren Häuser und Güter, so vormahls in Erbtheilungen Noth halber mit Schaden müssen zertrennet werden, seu possessores partium ædium aliorumque prædiorum incommode quondam necessitate flagitante divisorum, seyn,

J. P. W. *d. tit. 16. §. Demnach auch &c. p. 287.*

durch die Innhabere oder Possessores aber 10
werden nicht die, qui usufructus aut pignoris jure possident, verstanden, sondern diejenige, qui dominii jure possident

arg. d. §. junct. §. seq. Ob vvir gleich &c.
& trad. D. Frommanni *d. Disp. th. 44.*

Demnach weil Klägerin ihr innhabendes 11
Theil nicht dominii sondern nur usufructus jure besitzt, und dennoch bißhero alles, was sie gethan und gehandelt, proprio nomine gethan, ist solches alles für sich null und nichtig, consequenter ex depositione pecuniæ (præsupponendo quoque eam legitimo modo ac tempore peractam esse,) ex defectu facultatis retrahendi ab ipsa nulliter facta, weder ihro noch jemand anders das jus agendi &

rem venditam jure retractus revocandi zugewachsen, nicht ihro, weil sie es ihro nicht können acquiriren, nicht jemand anders, weil sie es niemand anders sonsten acquiriren wollen.

arg. l. 6. C. si quis alteri vel sibi &c. ibi: actionem nec tibi nec ipsi quæsisti, dum quæ tibi non vis, nec illi potes.

12 Und hätte dannenhero Beklagter ex hoc capite gar füglich der Klägerin exceptionem actrici jus agendi non competere, quam litis ingressum impedire Dd. communiter statuunt,

arg. l. 4. §. 7. ff. si serv. vindic. l. 6. §. 1. ff. de inoffic. testam. post alios Zanger. *tract. de except. part. 5. cap. 20. n. 1.* Dornsperger *Syntagm. probat. except. lib. 2. p. 2. c. 2.*

13 opponiren können. Sed est hæc exceptio ejus conditionis, ut Judex, cui de ea constat, illam supplere, & sine actione agentem in qualibet judicii parte ex officio, reo etiam non petente, repellere possit.

Glossa & Dd. *in l. ubi pactum. C. de transact.* Dornsperger *d. l.*

Weilen aber 4.) Klägerin diesem Fundament (welches auch in consideration wird gezogen werden, wann A. ferner die Jahrs-Losung wird prosequiren wollen, wie ihro auf ihre Gefahr in der Urtheil zugelassen wird und dagegen Beklagten auch seine dawider competirende exceptiones reservirt werden, in specie aber sein ratione juramenti calumniæ gethanes Begehren alsdann zu urgiren bevor bleibt) nach bißhero in judicio sine ulla jure ipsi competente actione agirt hat, würde sie billich deßwegen dem Beklagten in expensas condemnirt, wann Bekl. ex illo capite die exceptionem jus agendi actrici non competere selbst opponiret. Nachdem aber der Herr Richter ex officio dieselbe supplirt, wie er zu thun schuldig, ne sententia nullitatis forsan dein arguatur, werden die Unkosten billich dißmahl compensirt. Welches meinen Hoch- und Vielgeehrten Herren zu verlangter rechtlichen Nachricht dienstlich anfügen, mithin unter Ergebung Göttl. Schirms verbleiben wollen, meiner Hoch- und Vielgeehrten Herren Dienst-verpflichteter G. S. Tübingen den 30sten Maji A. 1684.

14

15

CONSILIUM X.

DE

Pensione ex prædio rustico pio Corpori annuatim præstanda.

SUMMARIA.

Succincta Casus narratio à num. 1. usque 7. incl.

8. & 9. Qui publicum instrumentum pro se habet, fundatam intentionem pro se habere dicitur.

10. & 11. Ratio hujus.

12. Quod de instrumentis publicis dicitur id de catastris & æstimis maximè intelligendum.

13. & 14. Instrumenta publica & catastra in judicio allegans in originali producere tenetur.

15. Hinc copiæ sive transsumta vim probandi regulariter non habent.

16. Adeo ut processus super Instrumento copialiter producto fundatus, ipso jure nullus sit.

17. Hujus ampliatio.

18. & 19. In quonam palmaria præcedentis ratio sit fundata.

20. Suspecta scriptura in judicio fidem non habet.

21. Hinc copiæ & exempla non admittuntur.

22. & 23. Finis circa productionem Instrumenti in originali in quonam consistat, tum in genere, tum & respectu casus præcedentis in specie?

24. & 25. Judicis officium est omnia, quæ ad causæ statum pertinent, diligentissime perscrutari.

26. Hinc conclusionem ex officio rescindit.

27. Et documentorum in actis allegatorum productionem injungit.

28. Censum annuum ex prædio petens possessionem illius quam Reus negat & contradicit, probare tenetur.

29. Ratio hujus.

30. Propria scriptura pro scribente nil probat.

31. Ad æstimi renovationem quænam requirantur?

32. Quid si citatio ad illam omissa fuerit?

33. Exempla probandi possessionem prædii.

34. Præscriptio contra pium corpus est quadragenaria.

35. An & tempus belli tricennalis imputetur?

36. Quid, elapso tempore quadragenario, contra pium corpus præscriptum censeatur?

37. Interlocutoria.

1 DJe mir ohnlängsten wieder zugesandte, hiebey zuruckgehende Acta, in Sachen Herrn Johann Philipp Mosers, Stiffts- und Geistln. Verwalters allhier, von Amts wegen Klagers an einem, entgegen und wider Felicitas, jung Joseph Künleins seel. gewesenen Bürgers und Rothgerbers, hinterlassene Wittib, anjetzo Hanß Georg Grossen, auch Rothgerbers Eheweib, mit ihrem Gerichtlich zugeordneten Kriegs-Vogt, und Oswald

wald Erben, Burgern und Kieffern allhier, Beklagte andern Theils, ferner ausgeübt, hab ich nochmahlen mit gebührendem Fleiß verlesen, reifflich erwogen, und befunden, daß Beklagte, der im vorigen Consilio abgefaßten und den 12. Augusti 1682. publicirten Interlocutori zu Folge, litem negativè conteſtirt, ihre vorige Handlungen, in ſo weit ſelbige dazu von nöthen, hiehero repetirt, und exceptionem non competentis actionis Hrn. Klägern opponirt, meldende, daß er erſtlich einig Lägerbuch, oder Haupt-Brieff und Obligation in Originali nicht producirt, und damit das debitum in genere erwieſen, noch weniger aber in ſpecie, daß es eben dieſer der Rr. Weingardt ſey, da einmal einige Weingült ausgangen, wiewohl auch derjenige, ſo den Weingardt, daraus einmal 6 Imi Wein gereicht worden, poſſedirt, Hrn. Klägern exceptionem ſolutionis mit gutem Fug opponiren möchte, indem ſolche vermög der Rechnungen abgelößt worden, Hr. Kläger keineswegs durch einig andern Brieff oder documentum erweiſen könnte, daß zweymal 6. Imi darauff gehafftet hätten, und talis cenſus realis
2 demſelben imponiret worden wäre. Uber diß, und poſito, ſo diß Gut jemal Gült oder Zinßbaar geweßt wäre, ſo ſey doch bekannt, daß über 10. 20. 30. 40. und mehr, ja bey undencklichen Jahren, niemals kein Gült daraus gereicht, ſondern ſolches jederzeit für frey gehalten und verkaufft worden, daß conſequenter die Geiſtliche Verwaltung ihr jus und action lapſu temporis verlohren, und Rr. ihre exceptionem præſcriptionis wohl opponiren könnten: Welchem nach Rr. gebeten ſie von angeſtellter Klag zu abſolviren, hingegen Hrn. Klägern in alle Unkoſten und Schäden zu condemniren, cum imploratione ſolita.

3 Worauff Hr. Kläger in ſeiner Deduction und Refutation-Schrifft geantwortet, daß ſeine Intention auſſer der Stifft- und Geiſtlichen Verwaltung Tübingen in A. 1603. renovirten Läger-Buch p. 2. fol. 111. aufs beſte fundirt, wie aus dem Extract ſub. N. 1. bey der Klag eingegeben, zu erſehen, vermög deſſen Basti und Jac. Küene Gebrüdere aus ihren innghabt- und beſeſſenen anderthalb Morgen Weingardts im Eßlingsloch, zwiſchen Melch. Karren Weingardten und Martin Weiblingern gelegen, oben auf Hanß Brüſſeln Becken, und unten auf bemeldten Karren ſtoſſend, zu Herbſt-Zeiten zu rechter Jährlicher Gült ein Ohmen, oder 6. Imi Wein gutes ſüſſes Moſts, eitel Vorlaß, zu geben ſchuldig geweſen, nach dem Innhalt eines deswegen aufgerichteten und beſiegelten Pergamentinen Brieffs bey der Regiſtratur zu Stuttgardt liegend, deſſen Anfang: **Ich Jacob Kienlein, Burger zu Tübingen,** ꝛc. und am dato auf Freytag nach S. Hilarien des Biſchoffs, den 19. Tag Jenners, von der Geburt Chriſti fünffzehenhundert, dreyßig und sieben, welcher anderthalb Morgen Weingardts jetztmahlige Innhabere die Beklagte, die alſo in ſolch onus ſuccedirt, welches beſagtes Lägerbuch überflüßig probirt, ceu inſtrumentum publicum vim plene probandi habens, um ſo mehr, weil damit übereinkomme der bey der Regiſtratur zu Stuttgardt liegende beſiegelte Brieff. Quemadmodum enim duo vincula fortius ligant, quam unum, & duobus tribusve teſtibus plus creditur, quam uni, ſic etiam inſtrumento quod aliud adminiculum habet, & per aliud inſtrumentum de eodem negotio confectum adjuvatur, plus fidei attribui omnino debet. Woraus dann 4
genugſam erhelle, daß in allwege der Geiſtlichen Verwaltung eine action ratione der geſuchten Wein-Gült wider Beklagte competire, und alſo Rr. erſter Einwurff von keinen Kräfften. Betreffend den andern, daß nicht erwieſen, daß es eben dieſer der Rr. Weingardt ſey, daraus einmal die quæſtionirte Wein-Gült ergangen, ſo ſey ebenmäßig gantz klar, daß der Rr. innhabende Weingardt eben derjenige, welcher die geklagte Wein-Gült zu reichen ſchuldig, wie ſolches offt angeregtes Läger-Buch gnugſam probiere, auch des Weingardtens Anſtöſſer ſolches deutlich an Tag lege. Ja es müſſe diß der quæſtionirte gültbahre Weinberg der Rr. eigner Bekanntnis nach ſeyn, indem ſelbige A. 1678. mit einem Memorial unterthänigſt eingekommen, und darinn nur um Nachlaſſung dieſer Gült demüthigſt gebeten ꝛc. Worauffhin zwey Fürſtl. Reſcripta ergangen, daß Rr. die quæſtion. Weingült bezahlen ſollen, 5
welches alles deſto mehr bekräfftiget werde, weil die Mitbeklagte Felicitas Kühnlerin facto ipſo dieſe Weingült agnoſcirt, indem ſelbige ſchon einmal ihren halben Theil daran entrichtet.

Was drittens die vorgeſchützte exceptionem ſolutionis anbelangt, ſo haben Rr. ſelbige im geringſten nicht erwieſen. Und obſchon in mehr allegirtem Extract Läger-Buchs einer Ablöſung mit 16. fl. gedacht werde, ſo ſey doch zu wiſſen, daß gedachtes Läger-Buch 12. Imi Wein beſage, davon die letztere 6. Imi vermög der Rechnung ſub Capitulo, Jährlich einnehmend Wein, auf den Herbſt abgelößet worden, wie aus dem Läger-Buch deutlich und umſtändlich zu ſehen.

Das letztere argument der Rr. belangend, ſey die vorgeſchützte præſcriptio ein impium præſidium

juxta Nov. 9.

ſo ihnen Rr. gantz nicht zu ſtatten kommen könne, ob defectum bonæ fidei, ſine qua hodie nulla præſcriptio fieri poteſt, und weil in dubio jederzeit contra præſcriptionem zu ſententioniren, welches hier deſto eher geſchehen ſolle, weil die Geiſtliche Verwaltung de damno vitando, die Rr. de lucro captando certiren. Geſetzt aber den ohngeſtandenen Fall, es möchte die vorgeſchützte Præſcription den Rr. wider die Verwaltung zu ſtatten kommen, ſo ſey doch bekannt, quod alteri per alterum non poſſit iniqua inferri conditio, nec factum ſeu non factum aliorum v. g. omiſſa ab Adminiſtratoribus interruptio præſcriptionis, aliis obeſſe queat vel debeat.

l. 74. l. 155. ff. de reg. jur. l. 5. l. 6. ff. de nov. oper. nunc.

6 Ja wann auch dieses schon sich nicht also verhielte, so würde doch endlich noch dieses bevor bleiben, daß die Geistliche Verwaltung als ein Corpus pium & privilegiatum, wider solch impium præsidium præscriptionis das heylsame remedium restitutionis in integrum zu imploriren, und sich desselben nachdrücklich zu bedienen hätte. Auf welchen letztern zwar nicht besorgenden Fall die Verwaltung der gäntzlichen Hoffnung gelebe, sie würde die effectus restitutionis in integrum zu geniessen haben, und der Hr. Richter solch beneficium ohne fernere rechtliche Weitläuffigkeit ihro concediren

argumento eorum quæ tradit Carpzov. *lib. 2. Resp. 95. &* Mev. *p. 1. dec. 134. n. 5. dec. 218. n. 7.*

Pro quo obtinendo sie dann Nobile Judicis officium eventualiter implorirt, und nechst Wiederholung aller voriger actorum in passibus utilibus, priora petita repetirt, die Sach in Verbleibung gegnerischer Neuerung Richterlicher Entscheidung hintersetzend cum implo-ratione solita.

7 Auf welches hin beede Theil ferner in Schrifften gehandelt und endlich finaliter concludirt.

Wann dann von meinen Hoch- und Vielgeehrten Herren nochmals um Ertheilung meines Rechtlichen Gutachtens in gegenwärtiger Sach freundlich besprochen und ersuchet worden, als habe zu schuldig-geneigtester Willfahr, nach mit behörigem Fleiß geschehener Verlesung der actorum dieselbe wiederum gebührend in reiffliches Nachdencken gezogen, und befunden, daß man noch zur Zeit der Sachen Beschaffenheit nach in principali nicht sprechen, und weder ad condemnationem noch absolutionem reorum sicher fort gehen könne.

8 In Erwägung, daß ob zwar Hr. Kläger seine Intention zu gründen und zu erweisen, sich auf das in A. 1603. renovirte Läger-Buch der Stiffts- und Geistlichen Verwaltung zu Tübingen, als worinn p. 2. fol. 111. expresse gemeldet werde, daß Basti und Jacob Kühne Gebrüdere anderthalb Morgen Weingardts im Eßlingsloch innhaben und besitzen, so zwischen Melchior Karrern Weingardt und Martin Waiblingern gelegen, oben auf Hannß Brüsseln Becken, und unten auf bemeldten Karrern stossen, daraus sie zu Herbst-Zeiten zu rechter Jährlicher Gült ein Ohmen Weins guts süsses Mosts eitel Vorlaß zu geben schuldig, vermög eines pergamentenen besiegelten Briefs bey der Registratur zu Stuttgardt liegend, dessen Anfang: Ich Jac. Künlein Burger zu Tübingen ꝛc. und an dato: Auf Freytag nach S. Hilarien des Bischoffs den neunzehenden Tag Jenners von der Geburt Christi im fünffzehenhundert dreyßig und sieben Jahr ꝛc. beruffen, und kundbaren Rechtens ist, daß, wann einer dergleichen Instrumentum publicum für sich hat, man dafür halte, daß er eine gewonnene Sach habe. Quemadmodum sic expresse eum, qui publicum pro se habet Instrumentum, fundatam intentionem habere dicunt 9

Arismin. Tepat. *Compend. decis. p. tit. 217. c. 1.* Vultej. *vol. 3. Cons. Marp. 18. n. 85.* Cam. Borell. *in Summ. Decis. tom. 2. tit. 18. de fid. Instrum. num. 93.*

quia Instrumentum publicum liquidam, patentem, certam & evidentem, imo evidentissimam, facit probationem. 10

Joh. Köpen. *p. 1. dec. 46. n. 3.* Grammat. *dec. 66. n. 24.* Joh. Vincent. Honded. *lib. 1. Consult. 23. n. 37. & Cons. 86. num. 1.*

hincque dici solet, quod effectus ejus sit probatio probata, & quod veritatem reddat adeo apparentem, ut haud ulteriori opus sit discussione. 11

Octav. Cacher. Ozasch. *dec. 74. n. 4.* Joseph. Ludov. *dec. Perus. 50. n. 5.* Schrader. *tr. de feud. p. 2. p. 9. pr. sect. 11. n. 56.*

quod & in specie de æstimis & catastris probat 12

Nicol. de Passerib. à Janua. *de scriptur. privat. lib. 5. tit. de libr. æstim. q. 1.* Mascard. *de prob. concl. 274.* Anton. Capyc. *dec. Neap. 107.*

Demnach er Herr Kläger solch Lägerbuch und besiegelten Brief, worauf sich selbiges beziehet, in judicio bis dato noch nicht in Originali producirt, sondern allein blos einen Extract aus besagtem Lägerbuch den Actis beygelegt. Nun aber ist gleichmäßig bekannten und ausgemachten Rechtens, daß angerühmte Würckung und Krafft des gewissen und völligen Beweißthums nicht den Extracten und Copiis oder transsumptis sondern den Originalien und Authenticis Scripturis zukomme und eigne, dahero selbige auch in Gerichten vorzulegen und zu produciren. Convenium in eo Dd. ad unum omnes, copias s. transsumpta vel exempla regulariter vim probandi non habere. 13 14 15

Joh. Parlador. *rer. quotid. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. lim. 2. n. 14.* Menoch. *de adipiscend. poss. remed. 4. num. 651.*

adeo ut Processus super Instrumento, copialiter producto, fundatus, ipso jure nullus sit. 16

Matth. Coler. *de Proc. execut. p. 3. c. 1. n. 51.*

etiamsi exemplum à pluribus Notariis sit transsumptum, attestantibus, se vidisse originale instrumentum sine aliqua macula & in forma juris valida, & auscultasse exemplum extractum cum originali concordare. 17

Trentacinq. *var. resol. lib. 2. tit. de probat.*

bat. reſ. 5. n. 2. 3. Zoannet. *ad Auth. ſi quis in aliquo. C. de prob. n. 2.*

18 Neque id ſine ratione ita ſervatur, ſi enim exemplo absque originali fides haberetur, facile daretur occaſio falſitatis & deceptionis, cum in originali poſſint exiſtere vitia, quæ inſtrumentum irritum faciunt, ut cancellationes, raſuræ & ſimilia.

c. 6. verſ. ſed contra. X. de fid. inſtrum.

19 & tamen ex ſola exempli inſpectione cognoſci nequeunt, niſi ipſo originali edito, ejusque comparatione cum exemplo facta.

Gilken *ad Auth. ſi quis. C. de edend. Alciat. ad l. 7. d. t.*

20 Quapropter cum non conveniat, ut ſuſpecta ſcriptura in judicio fidem habeat, quia minime fallax eſſe debet id, quo aliud probatur,

l. 5. C. de jur. & fact. ignor. Beſold. *Theſ. Pract. voc. Abſchrifft.*

21 merito nudis copiis & exemplis in judiciis fides non adhibetur, niſi authenticis ſcripturis ſ. Inſtrumentis inſpectis.

vid. Buſ. *ad l. 2. ff. de fid. inſtrum. n. 1.*

22 Demnach Herr Kläger, wann er obtiniren will, das Lägerbuch ſelbſt ſamt dem beſiegelten pergameninen Brief wird zu produciren haben, daß man ſehen möge, ob jenes ſeine gehörige Form und Requiſita habe, und dieſer noch unverſehrt vorhanden.

23 Inſonderheit aber der Urſach 2. damit man ſehe, ob die 6 Imi, ſo Baſti und Jac. Kühne Hrn. Klägers Bericht nach, laut deſſelben Lägerbuch part. 5. fol. 30. jährlich auſſer anderthalb Morgen Weinbergs im Eßlingsloch, zwiſchen Martin Waiblingers und Melchior Karren Weingardten gelegen, oben und unten auf den gemeinen Weg ſtoſſend, zu præſtiren gehabt, und ſein Hrn. Klägers eigner Anzeig nach, vermög der Rechnung ſub Capitulo: Einnehmen Wein, in Anno 1613. mit 16. fl. abgelößet, eben dieſelben 6 Imi ſeyn, deren part. 2. pag. 111. ſchon Meldung geſchehen oder ob es andere 6. Imi ſeyen von denſelben unterſchieden; zu dem Ende denn er neben dem Lägerbuch die von ſeinen Anteceſſoribus geführte

24 Rechnungen ab Anno 1603. biß ad annum 1613. 14. zu ediren haben wird, damit der Hr. Richter in dieſen Puncten gnugſame und völlige Information bekomme, als deme von Rechtswegen obligirt, alles fleißig zu unterſuchen, und in cauſæ cognitione nichts zu unterlaſſen oder zu verabſaumen, was ad ſtatum cauſæ plene percipiendum gehöret, juxta illud Conſtantini Imperatoris

in l. 9. C. de judic.

quam ex Codice Theodoſiano pleniorem ſic reſtituit

Zieglerus *de offic. judic. cap. 27. §. 5.*

25 Judicantem oportet cuncta rimari & ordinem rerum plena inquiſitione diſcutere, interrogandi ac proponendi adjiciendique patientia præbita ab eo: ut ibi actio par-

tim limitata ſit, contentiones non occurſu judicis, ſed ſatietate altercantium metas compreſſerint, ſæpius requiratur, & crebra interrogatione judicis frequentetur, num quid novi reſideat, quod annecti allegationibus in judiciaria contentione conveniat, cum ad alterutrum hoc proficiat, ſive definienda ſit cauſa per judicem, ſive ad noſtram ſcientiam referenda &c.

Qua conſtitutione ſanctiſſimâ Imperator exigit plenam inquiſitionem, & ut judex cuncta rimetur, h. e. omnia, quæ ad rem utriusque partis, intentionem nim. actoris & defenſionem rei pertinent, cum ſollicitudine & attentione perſcrutetur, ne quid ex iis cognitionem ejus effugiat, aut non ſufficienter diſcutiatur, ſine quibus ad ſtatum cauſæ cum omnibus & ſingulis vel minimis circumſtantiis plenè percipiendum perveniri non poteſt. Unde ipſi quoque 26
non immeritò Jura & Dd. concedunt licentiam concluſionem ex officio reſcindendi, partesque ſuper hac vel illa facti in judicium deducti circumſtantia interrogandi.

Scacc. *de judic. cap. 12. n. 28.* Gail. *1. O. 107. n. 5.* Gilken *ad Auth. At qui ſemel. C. de probat.*

nec non iisdem productionem documento- 27
rum in actis allegatorum, ad dubia, quæ incidunt, dilucidanda, injungendi.

Mev. *part. 3. dec. 185.* Brunnemann *in Proceſs. Civ. cap. 26. n. ult.*

3. Iſt es auch noch an dem nicht gnug, daß 28
von Herrn Klägern durch das Anno 1603. renovirtes Läger-Buch erwieſen werde, daß Baſti und Jacob Kühne aus ihren ingehabten anderthalb Morgen Weingardts im Eßlingsloch 6 Imi Weins jährlich zu geben ſchuldig ge- 29
weſen, ſondern weil er anbey bejahet, daß Kr. anitzo denſelben Weinberg, ſo A. 1603. Baſti und Jac. Kühne ingehabt, und daraus ſolche Weingült zu geben verbunden geweſen, auch nach Anno 1613. noch ſchuldig verblieben, beſitzen, dieſe aber ſolches negiren, liegt ihme, als Aſſerenti ob ſolches zu erweiſen, welches biß dato durch den eingelegten Extract Lägerbuchs noch nicht geſchehen, weniger aber durch ihre eigene Geſtändniß, ſo Gegenſeits daraus will elicirt werden, daß Kr. Anno 1678. mit einem unterthänigen Memorial bey Ihro Hochfürſtl. Durchl. eingekommen, und ihrer mit dieſer Gült zu verſchonen gebeten wird auch durch Producirung des Lägerbuchs ſelbſt nicht dergeſtalt geſchehen, daß man darauf ſicher fuſſen 30
könnte, indem es darinn nur durch Hrn. Klägers eigne Hand ad marginem beygeſchrieben auſſer von ihm mit behöriger Form und requiſiten Obſervirung fürgenommener Renova- 31
tion, als worzu ſonſten unter andern erfordert wird, daß alle und jede Inhabere der Güter zu deren Beſchreibung, entweder von neuem zu machen, oder zu renoviren citirt, gehört und vernommen werden.

Quæ citatio adeò neceſſaria exiſtit, ut 32
neutiquam iis qui nec citati, nec poſtea de-

scriptioni nihilominus facta consensum suum adhibuerunt, taliter confectum æstimum præjudicium aliquod facere possit.

Mev. *p. 4. dec. 34. n. 3. & p. 7. dec. 92. n. 3.* Lud. Roman. *Cons. 275.* Paris. *Cons. 104. in fin.* Franc. de Clapperiis *Caus. 36. q. 1. qui suo tempore ita in Curia Provinciali judicatum esse scribit.*

de qua tamen solennitate hic adhibita nil
33 quicquam constat. Derwegen Hr. Kläger solches daß nemlich Rr. anitzo eben das Gut besitzen, durch lebendige nach Ordnung Rechtens abgehörte Zeugen oder andere glaubwürdige Instrumenten, oder sonst auf andere Weiß darzuthun, so er in principali obsiegen will.

34 Die vorgeschützte exceptio præscriptionis aber wird, wann obiges beydes gebührend erwiesen, die intentirte Action nicht aufheben, in Ansehung, quod contra pium hoc corpus non nisi quadragenaria currat præscriptio,

Auth. quas actiones. C. de SS. Eccles. Hahn *ad* Wesenb. *tit. de usucap. n. 7.* Richter. *p. 1. dec. 21. n. 63.*

35 quæ deductis belli tricennalis temporibus, ab anno nim. hujus seculi decimo octavo usque ad annum quadragesimum octavum, *juxta Recess. Imp. novis. de Anno 1654. §. So viel nun die Capital. &c. junct. Instrum. Pac. Osnabr. Monast. art. 4. §. 50.* Hahn. *in Comment. ad §. de indaganda. d. Instrum. Pac. & Const. Imp. Ratisbon. de Anno 1654. von Schuld-Sachen. ad d. §. So viel nun die Capitalia &c. n. 1.* Rhet. *lib. 2. Instit. Jur. Publ. cap. 30. n. 2.*

36 vix completa erit, & licet quoque completa esset, attamen non tota præstandarum annuarum pensionem obligatio per eam sublata esset, sed tantum illorum annorum pensiones præscriptæ essent, à quarum cessione 40. anni elapsi essent. Ut enim communior ita & verior semper mihi visa est opinio statuentium præstationibus annuis in futurum non præscribi, sed uniuscujusque anni propriam esse præscriptionem, quotque sunt anni, tot etiam esse præscriptiones, quam expresse probat

l. 7. §. 6. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Carpzov. *p. 2. c. 2. d. 1.* Berlich. *p. 2. concl. 4.* Mynsing. *3. O. 13.* Gail. *2. O. 73. qui testantur, hanc sententiam in Camera Imp. approbatam.* Klock. *vot. Camer. relat. 132. ubi ipse sex præjudicia refert.* Sanden. *l. 5. t. 6. d. 1. qui eandem variis Curiæ Frisicæ præjudiciis confirmat.*

Dem allen nach ich meines wenigen Orts erachte, den sichersten Weg zu seyn, daß die Conclusion ex officio rescindirt, und, gründlichere Information in der Sache zu erlangen, Hrn. Klägern die Editio der angezogenen Documentorum und Rechnungen de Anno 1603 & seqq. samt dem Beweiß der Possession auferleget werde, durch nachstehende Interlocutori, so ich im Stande tragenden richterlichen Amts ergehen zu lassen kein Bedencken hätte.

Interlocutoria.

IN Sachen Hrn. Joh. Phil. Mosers 37
Stiffts- u. Geistl. Verwalters allhier, Klägern an einem, entgegen und wider Felicitas, Hannß Georg Grossen Burgers und Rothgerbers Eheweib mit ihrem Gerichtl. zugeordneten Kriegs-Vogten, Hrn. Hannß Jacob Zeihern, Raths-Verwandten, und Oßwald Erben, Burgern und Kieffern allhier, Beklagte am andern Theil, wird forderist der gethane Beschluß hiemit ex officio rescindiret und ferner gerichtlich erkannt, daß Herr Kläger sein in Anno 1603. renovirtes Lägerbuch, sammt dem versigelten pergamentin Brief, worauf er sich in seiner Klag bezogen, und denen von seinem Amts-Vorfahr geführten Rechnungen von Anno 1603. biß ad annum 1613. 14. in Originali zu ediren schuldig seyn, so dann, wann er, besser, als biß dato geschehen, er weisen kan, daß Beklagte den Weinberg, daraus Basti und Jacob Kühne die geklagte sechs Imi Wein gutes süsses Mosts eitel Vorlaß jährlich zu reichen verbunden gewesen, anjetzo besitzen, er damit gehört werden, und darauf weiter in der Sachen ergehen solle, was recht ist.

Welches meinen Hoch- und Viel-Geehrten Herren zu verlangter rechtlichen Nachricht dienstlich anfügen, mithin unter Göttl. Schirms-Empfehlung verbleiben wollen

Meiner Hoch- und Vielgehrten Herren

Tübingen den 16 Aug. 1684.

Dienstbereitwilligster
G. S.

CONSI-

CONSILIUM XI.

DE

Reditibus perpetuis ad cauſam olim pro pia habitam deſtinatis, præſcribendis, & in alium pium uſum convertendis. Item de rebus Sacris & Eccleſiaſticis.

SUMMARIA.

1. *AN certos Reditus, à privato quodam ad Miſſam pro ſe ac Majoribus ſuis & Poſteris habendam deſtinatos, & perpetuo dedicatos ac ab ejus poſteris nunquam non præſtandos, intermiſſo poſt Reformationem longiſſimo tempore hoc inſtituto & reditibus iis eo non impenſis ſed tamen exactis, & in uſum privatum ac temporalem converſis, porro absque onerè hujus præſtationis in dictam cauſam inſtituentis poſteri de jure exigere poſſint?*
2. *Annon ejusmodi Reditus ob illam deſtinationem pro re ſacrâ habendi tanquam ſcil. dos & acceſſorium Miſſæ, ceu rei ſacræ?*
3. 4. *Res divini juris ita ſunt nullius, ut nec alicujus fieri, & ſic etiam nec uſucapione vel præſcriptione acquiri poſſint.*
5. *De Origine Miſſæ quædam annotata.*
6. *Rerum ſacrarum, imò & eccleſiaſticarum, temeraria verſio & translatio in uſus humanos & profanos Juri Divino, Civili, Canonico & Receſſibus Imperii adverſa eſt, iram Dei provocat & ſacrilegium eſt.*
7. *Etiam ea, quæ à majoribus noſtris cultui Divino & piis cauſis donata & dedicata, etiamſi ex cauſa & ob ſcopum erroneum, non tamen temerè in uſum profanum & privatum, ſed ſuperſtitione & abuſu rejectis, in parilem rurſus pium ac meliorem ſive veræ pietati conſentaneum uſum transferenda ſunt & applicanda.*
8. 9. *Valdè notanda lex 17. ff. de uſu & uſufr. leg. hanc in rem, una cum ſententia Melanchthonis & aliorum utriusque Religionis Doctorum hanc in rem ſpecialiter adducitur.*
10. *Reſpondetur hic ad ipſam Quæſtionem, quæ n. 1. habetur.*
11. *Jus concedendi ejusmodi beneficium eccleſiaſticum, quale in ſubſtrata fundatione, nihil aliud inferrè ac Jus Patronatus.*
12. 13. *Qui per 10nnium vel 20nnium in continua quaſi poſſeſſione fuit perceptionis annuorum redituum à privato ſolutorum, ex certâ cauſâ, de eo præſumitur, quod juſtè hactenus eos perceperit, ac porro exigere juſtè poſſit.*
    Quando tamen requiratur poſſeſſio tricennalis? ibid.
14. *Reditus, quales hîc, perpetui, ut aliæ res Eccleſiaſticæ immobiles contra omnes Eccleſias, exceptâ Romanâ, generaliter, tam de Jure Civili quam Canonico, ſpatio 40. annorum præſcribuntur, ſive à privato, ſive ab aliâ Eccleſiâ.*
15. *Hoc ſpatium ſufficit, etiamſi de ipſa dote Eccleſiæ præſcribendâ agatur.*
    Ratio, cur res Eccleſiæ ſint præſcriptibiles. ibid.
17. *Miſſam quidem ipſam a Rom. Catholicis pro re ſacra haberi, dotem vero pro ea celebranda conſtitutam eſſe rem Eccleſiaſticam, & inde præſcriptibilem.*
18. *Quid requiratur, ut res Sacra dicatur, & quænam ergo ſint res Sacræ, quænam Eccleſiaſticæ?*
19. *Res Eccleſiaſticæ, quamvis etiam DEO dicatæ dicuntur, remotius tamen quam Res Sacræ cultum Divinum attingunt, & inde facilius in commercium veniunt.*
20. *Cum res ab initio Eccleſiæ in dotem datæ 40. annis præſcribi poſſint, multo magis ergo ea, quæ poſtea donationibus & largitionibus piorum hominum acceſſere, etiamſi illis ejusmodi conditio, v. g. Miſſæ in defuncti memoriam celebrandæ, fuerit addita.*
21. *Jure Canonico absque bonâ fide nulla procedit præſcriptio.*
    Extenſio Franzkii & aliorum: licet quis per multa annorum millia poſſederit.
22. *An de eo, qui Literas Fundationis ejusmodi, cujus cauſa poſt Reformationem impia & erronea viſa eſt, poſſedit, poſſit præſumi, quod in bona fide fuerit, in uſum proprium vertendo, quod in uſum talem ex mente ſua ſuperſtitioſum impendi debebat ſec. voluntatem conſtituentis?*
23. *Favorem liberorum præferri favori Eccleſiæ aliûsque piæ cauſæ.*
24. *Non ſine aliquo colore Juris legatum illud, quod teſtator falsâ opinione inductus pro ſalute animæ ſuæ piæ cauſæ reliquerit, non eſſe pium & inde eſſe inutile, ab aliquo exiſtimari poſſe.*
25. *Quando teſtator diſponit ex erronea opinione, non valere diſpoſitionem, quando illa erronea opinio cauſa fuerit diſpoſitionis.*
26. *Qui auctoritate Superioris, maximè ejus, qui jura Principis habet, poſſidet, juſtè ac bona fide poſſidere intelligitur.*

27. *Ex*

27. *Ex lapsu centenarii immemorialis temporis bona fides præsumitur, tametsi possessor nullum etiam habeat titulum.*
28. *Titulus putativus etiam ex scientia ejus, contra quem præscribitur, inducitur.*
Titulus putativus & injustus quoque error bonam fidem causatur. ibid.
Etiam causa injusta & fatua à dolo & mala fide excusat. ibid.
29. *Dd. sententia statuentium: quod longissimum, centenarium, & præsertim immemoriale tempus ita omnem malæ fidei præsumptionem eluat & purget, ac bonam fidem potius adeo inducat, ut nequidem admittatur probatio in contrarium.*
30. *Recensetur quorundam Dd. sententia: quod in præscriptione temporis immem. nulla ratio bonæ fidei habeatur.*
31. *In hâcce præscriptione ultra bonam fidem, à Lege ex ipsa diuturnitate præsumptam, titulum non requiri, cum nec requiratur in præscriptione 40 nariâ contra Ecclesiam, sed ipsum tempus justissimum titulum tribuere, ceu vim privilegii & concessionis habens, etiam in iis quæ Principi reservata.*
32. *Consensus tacitus Domini tam longo tempore tacentis æque firmum facit præscribenti titulum, ac si ab initio expressa intercessisset stipulatio.*
33. *Verba Pontificis in c. 1. de præscr. in 6.*
34. *seq. Plura de firmitate & efficaciâ hujus tituli.*
36. *Præscriptio immemorialis, etsi Lex omnem præscriptionem tollat, tamen non exclusa censetur, præterquam in expressis à jure casibus.*
37. *Per eandem præscriptionem petitio quoque annuorum redituum, tam præteritorum, quam futurorum etiam ad pias causas relictorum, extingui.*
38. *Contra hanc præscriptionem nec Ecclesiam imo nec à Principe ex plenitudine potestatis restitui posse.*
39. *seqq. Respondetur ad Rationes dubitandi.*
42. *De vulgatis Dicteriis contra rerum Ecclesiasticarum in usus profanos versionem, ut:* Kirchen-Gut hat eiserne Zähne *&c.*
43. *Res Ecclesiasticæ ita præscriptæ fiunt seculares.*
44. *Jus suum nemini intervertendum, regula Juris Naturæ.*
45. 46. *Ubi jus conferendi beneficium aliquod Ecclesiasticum certæ familiæ competit, hoc si tanquam superstitiosum in usum pietati convenientiorem transmutandum, id a Magistratûs proprio & solitario arbitrio non dependet, sed hoc familiæ isti, cui collatio competit, integrum manet, quamdiu aliquis ex familiâ supereſt. Ipsa tamen conversio ut sub auctoritate Magistratus, qui Jus Episcopale habet, fiat, conveniens est.*
47. *Ejusmodi beneficiorum jam secularisatorum mutatio in Stipendia pro Studiosis omnino piam esse.*
48. *Adducuntur quædam loca B. Lutheri, & aliorum.*
49. *Causa Studiosorum juribus ac privilegiis Ecclesiæ & Clericorum gaudet ac fruitur.*
Studium labor spiritualis. ibid.
Studentes pro commodo Ecclesiæ laborant, eique inserviunt. ibid.
50. *Pecunias Ecclesiæ in studia impendens eas in utilitatem Ecclesiæ impendere dicitur.*
Ratio. ibid.
51. *Ejusmodi beneficia etiam non præscripta in talia Stipendia licitè commutari.*
52. *Inter plures de familia si unus habeat solus jus conferendi beneficium, mutato hoc in Stipendium etiam hujus liberi ad Studia apti ceteris de familia in facultate fruendi Stipendio præferendi.*
Hisce tamen deficientibus reliquis de familia Studiis operam dantibus, & in defectu horum extraneis capacibus conferendum. ibid.
53. *Consultius longè, numerum Stipendiariorum restringere, quam inter plures dividendo Stipendia nimis tenuia & hinc parum utilia conferre.*
54. *Qui pro communi familiæ commodo suis sumptibus vigilavit, eos deducit, vel repetit, ubi mandatum deest, actione Neg. gest.*
56. *Quilibet privatus sine consensu Magistratus de bonis ipsi propriis Stipendia ordinare potest pro lubitu; convenientius tamen est, ut sub Domini Territorialis hoc fiat auctoritate.*
57. *Redituum tamen ad pias causas pertinentium nondum præscriptorum transformatio in alium pium usum non sine Domini Territorii Jus Episcopale habentis consensu fieri debet.*
58. *De Privilegio Austregarum Civitatis Ulmensis.*

FACTI SPECIES.

ES hat Burckardt Weckerlin, Burger zu Ulm, laut eines vorhandenen Pergamentinen Fundations-Brieffs, in Anno 1439. wie die Formula ermeldten Brieffs lautet, Ihm selbst, seiner Frauen, und allen ihrer Vordern und Nachkommen Seelen zum Trost und Heyl eine ewige Meß in dem Spital zu dem heiligen Geist zu Ulm, gewidmet und gestifftet, also und dergestalten, daß besagter Spital zu Ulm, gegen von ihme empfangenen

1000. Rhei-

1000. Rheinischer Gulden, einem jedesmahls zu Halt- oder Singung dieser Meß, von dem ältesten des Weckerlinischen Geschlechts Mannlichen Namens, oder in Ermanglung dessen von Burgermeister und Rath zu Ulm, bestellten Caplan oder Priester, alljährlich aus dessen Einkünfften und Mitteln 40. Pf. an Gelt, 5. Imi Rocken, und 5. Imi Veesen, ab dessen Korn-Kasten in Ulm, ausrichten und bezahlen solle, allermassen auch hernachmahls diese Fundation sub dato 17. Martii Anno 1440. von dem Bistthum Costantz confirmirt, auch sein Fundatoris hinterbliebener Wittib ein formlicher Gült-Brieff darauff, auff Geheiß Herrn Burgermeister und Rath zu Ulm, durch die Spital-Pflegere sub dato Nicolai 1439. auffgerichtet und behändiget worden, gestalten dann auch über solcher Fundation biß auf die in vorigem Seculo beschehene Reformation zu Ulm gehalten, gefolgter Zeit aber diese pacisçirte ewige Zinß, an Gelt und Frucht-Gülten, jedesmals dem ältesten Manns-Namen von dieser Weckerlinischen Familie gereicht worden, wie aus Johann Albrecht Schremmen Notarii zu Ulm bey den Actis liegenden Schreiben de dato 12. Septembris Anno 1651. zu erlernen, vermög welchen der letzte Niesser dieser Gefäll, Georg Rudolph Weckerlin, geweßter Parlaments-Secretarius in Engelland gewesen;

Ohnerachtet nun aber nach dieses Georg Rudolph Weckerlins Tod, Hanns Weckerlin, geweßter Burger und Metzger zu Cantstatt, auch nunmehro seelig, und nach dessen Tod selbigen Sohn Georg Weckerlin, dermahliger Sonnen-Wirth zu Stuttgardt, als in ordine gefolgte älteste des Weckerlinischen Geschlechts, diese Gefäll auch füraus geniessen sollen, so hat jedoch die Stadt Ulm, anfangs ohnwissender Dingen, aus was Ursach solches geschehen, mit Jährlicher Reichung deroselben, anfangen zuruck halten, so daß ermeldter Georg Weckerlin Sonnen-Wirth, nachdeme er bey Gnädigster Herrschafft vorher einig Intercession-Schreiben an den Magistrat zu besagtem Ulm ausgewürckt, sich selbsten dahin zu erheben, und sowohl wegen des verfallenen als künfftigen, anzusuchen, endlich gemüßiget worden; Obwohlen nun aber derselbe Anfangs zu Erlangung seiner Intention gute Promessen erhalten, er auch um so viel weniger an glücklichem Ausgang der Sach gezweiffelt, um willens besagter Magistrat zu Ulm in Anno 1650. da der alte Hanns Weckerlin zu Cantstatt hierunter ebenfalls gnädigste Intercession ausgewürckt gehabt, sub dato 2. Augusti, in einer Responsion an Gnädigste Herrschafft sich dieser Reichung damahlen nicht zu entschütten begehrt, sondern allein, daß Hanns Albrecht Schremmen ihres Notarii Schwieger, dermahlen diese Gefäll zu niessen berechtiget wäre, sich entschuldiget, so hat jedoch derselbe hernachmahls das Widerspil erfahren müssen, indeme besagte Stadt Ulm auf das letztere Fürstl. Intercession-Schreiben sub dato 12. Aprilis 1679. Gnädigster Herrschafft rescribirt, daß der Stiffter Burckhardt Weckerlin diese jährliche Zinß nicht zu dem Ende erkaufft, daß solche der älteste Weckerlin einnehmen, sondern daß man einen Caplan zu haltender Meß damit besolden solle, und obschon nach vorgegangener Reformation diese Meß abgangen, und biß ad annum 1650. dem ältisten Weckerlin diese reditus gereicht worden, so seye jedoch solches per errorem geschehen, und dahero sie, in Betrachtung bekannter massen, was GOtt gewidmet, nicht mehr ad profanos usus gezogen werden könne, auch nach der Reformation dergleichen abgöttische Gestifft, zu andern milden Sachen von denen Ständen verwendet worden wären, solche auf ihre Arme in ihrem erarmten Spital zu verwenden gedächten, welches alles aber man nunmehro an seinen Ort gestellt seyn lasset, und allein dißmahlen prævia hac facta narratione sich auf nachstehende Quæstiones Rechts belehren lassen wollen:

1.) Ob der Aelteste in dem Weckerlinischen Geschlecht, diese gestiffte Reditus nicht noch, wie nach beschehener Reformation biß ad Annum 1650. denen Weckerlinischen Vorfahren widerfahren, mit Recht zu prætendiren habe;

2.) Wann dieses nicht angehen solte, ob die Stadt Ulm solche reditus der Weckerlinischen Familie entziehen, und mit Recht zu ihrem Hospital widmen könne;

3.) Ob nicht vielmehr diese Reditus mit Gnädigster Herrschafft in Würtemberg Consens zu einem Stipendio auff der Weckerlinischen studirende Kinder zu richten wären;

4.) Ob unter denen Weckerlinischen Kindern auf solchen Fall nicht ein Unterschied zu machen, weilen sich der Sach biß anhero niemand, als die jetzige Imploranten Georg, und Georg Friderich die Weckerlin, Vatter und Sohn, welcher letztere bereits ein Söhnlein, so dieses Stipendium geniessen könnte, hat, angenommen, oder, ob diese Reditus auf die gesammte zu den Studiis gewidmete Weckerlinische Kinder umzutheilen sein möchten;

5.) Wann diese Reditus auf die gesammte Weckerlinische Kinder umzutheilen wären, ob nicht beede Imploranten ihre dißfalls bereits ausgelegte, und noch anwendende Unkösten vorhero vor einiger Niessung hinweg zu nehmen befugt seyen;

6.) Ob nicht dißeit Anno 1650. zuruck

27. *Ex lapsu centenarii immemorialis temporis bona fides præsumitur, tametsi possessor nullum etiam habeat titulum.*
28. *Titulus putativus etiam ex scientia ejus, contra quem præscribitur, inducitur.*
Titulus putativus & injustus quoque error bonam fidem causatur. ibid.
Etiam causa injusta & fatua à dolo & mala fide excusat. ibid.
29. *Dd. sententia statuentium: quod longissimum, centenarium, & præsertim immemoriale tempus ita omnem malæ fidei præsumptionem eluat & purget, ac bonam fidem potius adeo inducat, ut nequidem admittatur probatio in contrarium.*
30. *Recensetur quorundam Dd. sententia: quod in præscriptione temporis immem. nulla ratio bonæ fidei habeatur.*
31. *In hâcce præscriptione ultra bonam fidem, à Lege ex ipsa diuturnitate præsumptam, titulum non requiri, cum nec requiratur in præscriptione 40 nariâ contra Ecclesiam, sed ipsum tempus justissimum titulum tribuere, ceu vim privilegii & concessionis habens, etiam in iis quæ Principi reservata.*
32. *Consensus tacitus Domini tam longo tempore tacentis æque firmum facit præscribenti titulum, ac si ab initio expressa intercessisset stipulatio.*
33. *Verba Pontificis in c. 1. de præscr. in 6.*
34. *seq. Plura de firmitate & efficaciâ hujus tituli.*
36. *Præscriptio immemorialis, etsi Lex omnem præscriptionem tollat, tamen non excluſa censetur, præterquam in expressis à jure casibus.*
37. *Per eandem præscriptionem petitio quoque annuorum redituum, tam præteritorum, quam futurorum etiam ad pias causas relictorum, extingui.*
38. *Contra hanc præscriptionem nec Ecclesiam imo nec à Principe ex plenitudine potestatis restitui posse.*
39. *seqq. Respondetur ad Rationes dubitandi.*
42. *De vulgatis Dicteriis contra rerum Ecclesiasticarum in usus profanos versionem, ut:* Kirchen-Gut hat eiserne Zähne *&c.*
43. *Res Ecclesiasticæ ita præscriptæ fiunt seculares.*
44. *Jus suum nemini intervertendum, regula Juris Naturæ.*
45. 46. *Ubi jus conferendi beneficium aliquod Ecclesiasticum certæ familiæ competit, hoc si tanquam superstitiosum in usum pietati convenientiorem transmutandum, id a Magistratûs proprio & solitario arbitrio non dependet, sed hoc familiæ isti, cui collatio competit, integrum manet, quamdiu aliquis ex familiâ supereſt. Ipsa tamen conversio ut sub auctoritate Magistratus, qui Jus Episcopale habet, fiat, conveniens est.*
47. *Ejusmodi beneficiorum jam secularisatorum mutatio in Stipendia pro Studiosis omnino piam esse.*
48. *Adducuntur quædam loca B. Lutheri, & aliorum.*
49. *Causa Studiosorum juribus ac privilegiis Ecclesiæ & Clericorum gaudet ac fruitur.*
Studium labor spiritualis. ibid.
Studentes pro commodo Ecclesiæ laborant, eique inserviunt. ibid.
50. *Pecunias Ecclesiæ in studia impendens eas in utilitatem Ecclesiæ impendere dicitur.*
Ratio. ibid.
51. *Ejusmodi beneficia etiam non præscripta in talia Stipendia licitè commutari.*
52. *Inter plures de familia si unus habeat solus jus conferendi beneficium, mutato hoc in Stipendium etiam hujus liberi ad Studia apti ceteris de familia in facultate fruendi Stipendio præferendi.*
Hisce tamen deficientibus reliquis de familia Studiis operam dantibus, & in defectu horum extraneis capacibus conferendum. ibid.
53. *Consultius longè, numerum Stipendiariorum restringere, quam inter plures dividendo Stipendia nimis tenuia & hinc parum utilia conferre.*
54. *Qui pro communi familiæ commodo suis sumptibus vigilavit, eos deducit, vel repetit, ubi mandatum deest, actione Neg. gest.*
56. *Quilibet privatus sine consensu Magistratus de bonis ipsi propriis Stipendia ordinare potest pro lubitu; convenientius tamen est, ut sub Domini Territorialis hoc fiat auctoritate.*
57. *Redituum tamen ad pias causas pertinentium nondum præscriptorum transformatio in alium pium usum non sine Domini Territorii Jus Episcopale habentis consensu fieri debet.*
58. *De Privilegio Austregarum Civitatis Ulmensis.*

FACTI SPECIES.

ES hat Burckardt Weckerlin, Burger zu Ulm, laut eines vorhandenen Pergamentinen Fundations-Brieffs, in Anno 1439. wie die Formula ermeldten Brieffs lautet, Ihm selbst, seiner Frauen, und allen ihrer Vordern und Nachkommen Seelen zum Trost und Heyl eine ewige Meß in dem Spital zu dem heiligen Geist zu Ulm, gewidmet und gestifftet, also und dergestalten, daß besagter Spital zu Ulm, gegen von ihme empfangenen

1000. Rhei-

1000. Rheinischer Gulden, einem jedesmahls zu Halt- oder Singung dieser Meß, von dem ältesten des Weckerlinischen Geschlechts Mannlichen Namens, oder in Ermanglung dessen von Burgermeister und Rath zu Ulm, bestellten Caplan oder Priester, alljährlich aus dessen Einkünfften und Mitteln 40. Pf. an Gelt, 5. Imi Rocken, und 5. Imi Veesen, ab dessen Korn-Kasten in Ulm, ausrichten und bezahlen solle, allermassen auch hernachmahls diese Fundation sub dato 17. Martii Anno 1440. von dem Bistthum Costantz confirmirt, auch sein Fundatoris hinterbliebener Wittib ein formlicher Gült-Brieff darauff, auff Geheiß Herrn Burgermeister und Rath zu Ulm, durch die Spital-Pflegere sub dato Nicolai 1439. auffgerichtet und behändiget worden, gestalten dann auch über solcher Fundation biß auf die in vorigem Seculo beschehene Reformation zu Ulm gehalten, gefolgter Zeit aber diese pacisirte ewige Zinß, an Gelt und Frucht-Gülten, jedesmals dem ältesten Manns-Namen von dieser Weckerlinischen Familie gereicht worden, wie aus Johann Albrecht Schremmen Notarii zu Ulm bey den Actis liegenden Schreiben de dato 12. Septembris Anno 1651. zu erlernen, vermög welchen der letzte Niesser dieser Gefäll, Georg Rudolph Weckerlin, geweßter Parlaments-Secretarius in Engelland gewesen;

Ohnerachtet nun aber nach dieses Georg Rudolph Weckerlins Tod, Hanns Weckerlin, geweßter Burger und Metzger zu Cantstatt, auch nunmehro seelig, und nach dessen Tod selbigen Sohn Georg Weckerlin, dermahliger Sonnen-Wirth zu Stuttgardt, als in ordine gefolgte älteste des Weckerlinischen Geschlechts, diese Gefäll auch füraus geniessen sollen, so hat jedoch die Stadt Ulm, anfangs ohnwissender Dingen, aus was Ursach solches geschehen, mit Jährlicher Reichung deroselben, anfangen zuruck halten, so daß ermeldter Georg Weckerlin Sonnen-Wirth, nachdeme er bey Gnädigster Herrschafft vorher einig Intercession-Schreiben an den Magistrat zu besagtem Ulm ausgewürckt, sich selbsten dahin zu erheben, und sowohl wegen des verfallenen als künfftigen, anzusuchen, endlich gemüßiget worden; Obwohlen nun aber derselbe Anfangs zu Erlangung seiner Intention gute Promessen erhalten, er auch um so viel weniger an glücklichem Ausgang der Sach gezweiffelt, um willens besagter Magistrat zu Ulm in Anno 1650. da der alte Hanns Weckerlin zu Cantstatt hierunter ebenfalls gnädigste Intercession ausgewürckt gehabt, sub dato 2. Augusti, in einer Responsion an Gnädigste Herrschafft sich dieser Reichung damahlen nicht zu entschütten begehrt, sondern allein, daß Hanns Albrecht Schremmen ihres Notarii Schwieger, dermahlen diese Gefäll zu niessen berechtiget wäre, sich entschuldiget, so hat jedoch derselbe hernachmahls das Widerspil erfahren müssen, indeme besagte Stadt Ulm auf das letztere Fürstl. Intercession-Schreiben sub dato 12. Aprilis 1679. Gnädigster Herrschafft rescribirt, daß der Stiffter Burckhardt Weckerlin diese jährliche Zinß nicht zu dem Ende erkaufft, daß solche der älteste Weckerlin einnehmen, sondern daß man einen Caplan zu haltender Meß damit besolden solle, und obschon nach vorgegangener Reformation diese Meß abgangen, und biß ad annum 1650. dem ältisten Weckerlin diese reditus gereicht worden, so seye jedoch solches per errorem geschehen, und dahero sie, in Betrachtung bekannter massen, was GOtt gewidmet, nicht mehr ad profanos usus gezogen werden könne, auch nach der Reformation dergleichen abgöttische Gestifft, zu andern milden Sachen von denen Ständen verwendet worden wären, solche auf ihre Arme in ihrem erarmten Spital zu verwenden gedächten, welches alles aber man nunmehro an seinen Ort gestellt seyn lasset, und allein dißmahlen prævia hac facta narratione sich auf nachstehende Quæstiones Rechts belehren lassen wollen:

1.) Ob der Aelteste in dem Weckerlinischen Geschlecht, diese gestiffte Reditus nicht noch, wie nach beschehener Reformation biß ad Annum 1650. denen Weckerlinischen Vorfahren widerfahren, mit Recht zu prætendiren habe;

2.) Wann dieses nicht angehen solte, ob die Stadt Ulm solche reditus der Weckerlinischen Familie entziehen, und mit Recht zu ihrem Hospital widmen könne;

3.) Ob nicht vielmehr diese Reditus mit Gnädigster Herrschafft in Würtemberg Consens zu einem Stipendio auff der Weckerlinischen studirende Kinder zu richten wären;

4.) Ob unter denen Weckerlinischen Kindern auf solchen Fall nicht ein Unterschied zu machen, weilen sich der Sach biß anhero niemand, als die jetzige Imploranten Georg, und Georg Friderich die Weckerlin, Vatter und Sohn, welcher letztere bereits ein Söhnlein, so dieses Stipendium geniessen könnte, hat, angenommen, oder, ob diese Reditus auf die gesammte zu den Studiis gewidmete Weckerlinische Kinder umzutheilen sein möchten;

5.) Wann diese Reditus auf die gesammte Weckerlinische Kinder umzutheilen wären, ob nicht beede Imploranten ihre dißfalls bereits ausgelegte, und noch anwendende Unkösten vorhero vor einiger Niessung hinweg zu nehmen befugt seyen;

6.) Ob nicht dißeit Anno 1650. zuruck

27. *Ex lapsu centenarii immemorialis temporis bona fides præsumitur, tametsi possessor nullum etiam habeat titulum.*
28. *Titulus putativus etiam ex scientia ejus, contra quem præscribitur, inducitur.*
Titulus putativus & injustus quoque error bonam fidem causatur. ibid.
Etiam causa injusta & fatua à dolo & mala fide excusat. ibid.
29. *Dd. sententia statuentium: quod longissimum, centenarium, & præsertim immemoriale tempus ita omnem malæ fidei præsumptionem eluat & purget, ac bonam fidem potius adeo inducat, ut nequidem admittatur probatio in contrarium.*
30. *Recensetur quorundam Dd. sententia: quod in præscriptione temporis immem. nulla ratio bonæ fidei habeatur.*
31. *In hâcce præscriptione ultra bonam fidem, à Lege ex ipsa diuturnitate præsumptam, titulum non requiri, cum nec requiratur in præscriptione 40 nariâ contra Ecclesiam, sed ipsum tempus justissimum titulum tribuere, ceu vim privilegii & concessionis habens, etiam in iis quæ Principi reservata.*
32. *Consensus tacitus Domini tam longo tempore tacentis æque firmum facit præscribenti titulum, ac si ab initio expressa intercessisset stipulatio.*
33. *Verba Pontificis in c. 1. de præscr. in 6.*
34. *seq. Plura de firmitate & efficaciâ hujus tituli.*
36. *Præscriptio immemorialis, etsi Lex omnem præscriptionem tollat, tamen non excluſa censetur, præterquam in expressis à jure casibus.*
37. *Per eandem præscriptionem petitio quoque annuorum redituum, tam præteritorum, quam futurorum etiam ad pias causas relictorum, extingui.*
38. *Contra hanc præscriptionem nec Ecclesiam imo nec à Principe ex plenitudine potestatis restitui posse.*
39. *seqq. Respondetur ad Rationes dubitandi.*
42. *De vulgatis Dicteriis contra rerum Ecclesiasticarum in usus profanos versionem, ut:* Kirchen-Gut hat eiserne Zähne *&c.*
43. *Res Ecclesiasticæ ita præscriptæ fiunt seculares.*
44. *Jus suum nemini intervertendum, regula Juris Naturæ.*
45. 46. *Ubi jus conferendi beneficium aliquod Ecclesiasticum certæ familiæ competit, hoc si tanquam superstitiosum in usum pietati convenientiorem transmutandum, id a Magistratûs proprio & solitario arbitrio non dependet, sed hoc familiæ isti, cui collatio competit, integrum manet, quamdiu aliquis ex familiâ supereſt. Ipsa tamen conversio ut sub auctoritate Magistratus, qui Jus Episcopale habet, fiat, conveniens est.*
47. *Ejusmodi beneficiorum jam secularisatorum mutatio in Stipendia pro Studiosis omnino piam esse.*
48. *Adducuntur quædam loca B. Lutheri, & aliorum.*
49. *Causa Studiosorum juribus ac privilegiis Ecclesiæ & Clericorum gaudet ac fruitur.*
Studium labor spiritualis. ibid.
Studentes pro commodo Ecclesiæ laborant, eique inserviunt. ibid.
50. *Pecunias Ecclesiæ in studia impendens eas in utilitatem Ecclesiæ impendere dicitur.*
Ratio. ibid.
51. *Ejusmodi beneficia etiam non præscripta in talia Stipendia licitè commutari.*
52. *Inter plures de familia si unus habeat solus jus conferendi beneficium, mutato hoc in Stipendium etiam hujus liberi ad Studia apti ceteris de familia in facultate fruendi Stipendio præferendi.*
Hisce tamen deficientibus reliquis de familia Studiis operam dantibus, & in defectu horum extraneis capacibus conferendum. ibid.
53. *Consultius longè, numerum Stipendiariorum restringere, quam inter plures dividendo Stipendia nimis tenuia & hinc parum utilia conferre.*
54. *Qui pro communi familiæ commodo suis sumptibus vigilavit, eos deducit, vel repetit, ubi mandatum deest, actione Neg. gest.*
56. *Quilibet privatus sine consensu Magistratus de bonis ipsi propriis Stipendia ordinare potest pro lubitu; convenientius tamen est, ut sub Domini Territorialis hoc fiat auctoritate.*
57. *Redituum tamen ad pias causas pertinentium nondum præscriptorum transformatio in alium pium usum non sine Domini Territorii Jus Episcopale habentis consensu fieri debet.*
58. *De Privilegio Austregarum Civitatis Ulmensis.*

FACTI SPECIES.

ES hat Burckardt Weckerlin, Burger zu Ulm, laut eines vorhandenen Pergamentinen Fundations-Brieffs, in Anno 1439. wie die Formula ermeldten Brieffs lautet, Ihm selbst, seiner Frauen, und allen ihrer Vordern und Nachkommen Seelen zum Trost und Heyl eine ewige Meß in dem Spital zu dem heiligen Geist zu Ulm, gewidmet und gestifftet, also und dergestalten, daß besagter Spital zu Ulm, gegen von ihme empfangenen

1000. Rhei-

1000. Rheinischer Gulden, einem jedesmahls zu Halt- oder Singung dieser Meß, von dem ältesten des Weckerlinischen Geschlechts Mannlichen Namens, oder in Ermanglung dessen von Burgermeister und Rath zu Ulm, bestellten Caplan oder Priester, alljährlich aus dessen Einkünfften und Mitteln 40. Pf. an Gelt, 5. Jmi Rocken, und 5. Jmi Veesen, ab dessen Korn-Kasten in Ulm, ausrichten und bezahlen solle, allermassen auch hernachmahls diese Fundation sub dato 17. Martii Anno 1440. von dem Bistthum Costantz confirmirt, auch sein Fundatoris hinterbliebener Wittib ein formlicher Gült-Brieff darauff, auff Geheiß Herrn Burgermeister und Rath zu Ulm, durch die Spital-Pflegere sub dato Nicolai 1439. auffgerichtet und behändiget worden, gestalten dann auch über solcher Fundation biß auf die in vorigem Seculo beschehene Reformation zu Ulm gehalten, gefolgter Zeit aber diese pacisçirte ewige Zinß, an Gelt und Frucht-Gülten, jedesmals dem ältesten Manns-Namen von dieser Weckerlinischen Familie gereicht worden, wie aus Johann Albrecht Schremmen Notarii zu Ulm bey den Actis liegenden Schreiben de dato 12. Septembris Anno 1651. zu erlernen, vermög welchen der letzte Niesser dieser Gefäll, Georg Rudolph Weckerlin, geweßter Parlaments-Secretarius in Engelland gewesen;

Ohnerachtet nun aber nach dieses Georg Rudolph Weckerlins Tod, Hanns Weckerlin, geweßter Burger und Metzger zu Cantstatt, auch nunmehro seelig, und nach dessen Tod selbigen Sohn Georg Weckerlin, dermahliger Sonnen-Wirth zu Stuttgardt, als in ordine gefolgte älteste des Weckerlinischen Geschlechts, diese Gefäll auch füraus geniessen sollen, so hat jedoch die Stadt Ulm, anfangs ohnwissender Dingen, aus was Ursach solches geschehen, mit Jährlicher Reichung deroselben, anfangen zuruck halten, so daß ermeldter Georg Weckerlin Sonnen-Wirth, nachdeme er bey Gnädigster Herrschafft vorher einig Intercession-Schreiben an den Magistrat zu besagtem Ulm ausgewürckt, sich selbsten dahin zu erheben, und sowohl wegen des verfallenen als künfftigen, anzusuchen, endlich gemüßiget worden; Obwohlen nun aber derselbe Anfangs zu Erlangung seiner Intention gute Promessen erhalten, er auch um so viel weniger an glücklichem Ausgang der Sach gezweiffelt, um willens besagter Magistrat zu Ulm in Anno 1650. da der alte Hanns Weckerlin zu Cantstatt hierunter ebenfalls gnädigste Intercession ausgewürckt gehabt, sub dato 2. Augusti, in einer Responsion an Gnädigste Herrschafft sich dieser Reichung damahlen nicht zu entschütten begehrt, sondern allein, daß Hanns Albrecht Schremmen ihres Notarii Schwieger, dermahlen diese Gefäll zu niessen berechtiget wäre, sich entschuldiget, so hat jedoch derselbe hernachmahls das Widerspil erfahren müssen, indeme besagte Stadt Ulm auf das letztere Fürstl. Intercession-Schreiben sub dato 12. Aprilis 1679. Gnädigster Herrschafft rescribirt, daß der Stiffter Burckhardt Weckerlin diese jährliche Zinß nicht zu dem Ende erkaufft, daß solche der älteste Weckerlin einnehmen, sondern daß man einen Caplan zu haltender Meß damit besolden solle, und obschon nach vorgegangener Reformation diese Meß abgangen, und biß ad annum 1650. dem ältisten Weckerlin diese reditus gereicht worden, so seye jedoch solches per errorem geschehen, und dahero sie, in Betrachtung bekannter massen, was GOtt gewidmet, nicht mehr ad profanos usus gezogen werden könne, auch nach der Reformation dergleichen abgöttische Gestifft, zu andern milden Sachen von denen Ständen verwendet worden wären, solche auf ihre Arme in ihrem erarmten Spital zu verwenden gedächten, welches alles aber man nunmehro an seinen Ort gestellt seyn lasset, und allein dißmahlen prævia hac facta narratione sich auf nachstehende Quæstiones Rechts belehren lassen wollen:

1.) Ob der Aelteste in dem Weckerlinischen Geschlecht, diese gestiffte Reditus nicht noch, wie nach beschehener Reformation biß ad Annum 1650. denen Weckerlinischen Vorfahren widerfahren, mit Recht zu prætendiren habe;

2.) Wann dieses nicht angehen solte, ob die Stadt Ulm solche reditus der Weckerlinischen Familie entziehen, und mit Recht zu ihrem Hospital widmen könne;

3.) Ob nicht vielmehr diese Reditus mit Gnädigster Herrschafft in Würtemberg Consens zu einem Stipendio auff der Weckerlinischen studirende Kinder zu richten wären;

4.) Ob unter denen Weckerlinischen Kindern auf solchen Fall nicht ein Unterschied zu machen, weilen sich der Sach biß anhero niemand, als die jetzige Imploranten Georg, und Georg Friderich die Weckerlin, Vatter und Sohn, welcher letztere bereits ein Söhnlein, so dieses Stipendium geniessen könnte, hat, angenommen, oder, ob diese Reditus auf die gesammte zu den Studiis gewidmete Weckerlinische Kinder umzutheilen sein möchten;

5.) Wann diese Reditus auf die gesammte Weckerlinische Kinder umzutheilen wären, ob nicht beede Imploranten ihre dißfalls bereits ausgelegte, und noch anwendende Unkösten vorhero vor einiger Niessung hinweg zu nehmen befugt seyen;

6.) Ob nicht dißeit Anno 1650. zuruck

27. *Ex lapsu centenarii immemorialis temporis bona fides præsumitur, tametsi possessor nullum etiam habeat titulum.*
28. *Titulus putativus etiam ex scientia ejus, contra quem præscribitur, inducitur.*
Titulus putativus & injustus quoque error bonam fidem causatur. ibid.
Etiam causa injusta & fatua à dolo & mala fide excusat. ibid.
29. *Dd. sententia statuentium: quod longissimum, centenarium, & præsertim immemoriale tempus ita omnem malæ fidei præsumptionem eluat & purget, ac bonam fidem potius adeo inducat, ut nequidem admittatur probatio in contrarium.*
30. *Recensetur quorundam Dd. sententia: quod in præscriptione temporis immem. nulla ratio bonæ fidei habeatur.*
31. *In hâcce præscriptione ultra bonam fidem, à Lege ex ipsa diuturnitate præsumptam, titulum non requiri, cum nec requiratur in præscriptione 40 nariâ contra Ecclesiam, sed ipsum tempus justissimum titulum tribuere, ceu vim privilegii & concessionis habens, etiam in iis quæ Principi reservata.*
32. *Consensus tacitus Domini tam longo tempore tacentis æque firmum facit præscribenti titulum, ac si ab initio expressa intercessisset stipulatio.*
33. *Verba Pontificis in c. 1. de præscr. in 6.*
34. *seq. Plura de firmitate & efficaciâ hujus tituli.*
36. *Præscriptio immemorialis, etsi Lex omnem præscriptionem tollat, tamen non exclusa censetur, præterquam in expressis à jure casibus.*
37. *Per eandem præscriptionem petitio quoque annuorum redituum, tam præteritorum, quam futurorum etiam ad pias causas relictorum, extingui.*
38. *Contra hanc præscriptionem nec Ecclesiam imo nec à Principe ex plenitudine potestatis restitui posse.*
39. *seqq. Respondetur ad Rationes dubitandi.*
42. *De vulgatis Dicteriis contra rerum Ecclesiasticarum in usus profanos versionem, ut:* Kirchen-Gut hat eiserne Zähne *&c.*
43. *Res Ecclesiasticæ ita præscriptæ fiunt seculares.*
44. *Jus suum nemini intervertendum, regula Juris Naturæ.*
45. 46. *Ubi jus conferendi beneficium aliquod Ecclesiasticum certæ familiæ competit, hoc si tanquam superstitiosum in usum pietati convenientiorem transmutandum, id a Magistratûs proprio & solitario arbitrio non dependet, sed hoc familiæ isti, cui collatio competit, integrum manet, quamdiu aliquis ex familiâ supereſt. Ipsa tamen conversio ut sub auctoritate Magistratus, qui Jus Episcopale habet, fiat, conveniens est.*
47. *Ejusmodi beneficiorum jam secularisatorum mutatio in Stipendia pro Studiosis omnino piam esse.*
48. *Adducuntur quædam loca B. Lutheri, & aliorum.*
49. *Causa Studiosorum juribus ac privilegiis Ecclesiæ & Clericorum gaudet ac fruitur.*
Studium labor spiritualis. ibid.
Studentes pro commodo Ecclesiæ laborant, eique inserviunt. ibid.
50. *Pecunias Ecclesiæ in studia impendens eas in utilitatem Ecclesiæ impendere dicitur.*
Ratio. ibid.
51. *Ejusmodi beneficia etiam non præscripta in talia Stipendia licitè commutari.*
52. *Inter plures de familia si unus habeat solus jus conferendi beneficium, mutato hoc in Stipendium etiam hujus liberi ad Studia apti ceteris de familia in facultate fruendi Stipendio præferendi.*
Hisce tamen deficientibus reliquis de familia Studiis operam dantibus, & in defectu horum extraneis capacibus conferendum. ibid.
53. *Consultius longè, numerum Stipendiariorum restringere, quam inter plures dividendo Stipendia nimis tenuia & hinc parum utilia conferre.*
54. *Qui pro communi familiæ commodo suis sumptibus vigilavit, eos deducit, vel repetit, ubi mandatum deest, actione Neg. gest.*
56. *Quilibet privatus sine consensu Magistratus de bonis ipsi propriis Stipendia ordinare potest pro lubitu; convenientius tamen est, ut sub Domini Territorialis hoc fiat auctoritate.*
57. *Redituum tamen ad pias causas pertinentium nondum præscriptorum transformatio in alium pium usum non sine Domini Territorii Jus Episcopale habentis consensu fieri debet.*
58. *De Privilegio Austregarum Civitatis Ulmensis.*

FACTI SPECIES.

ES hat Burckardt Weckerlin, Burger zu Ulm, laut eines vorhandenen Pergamentinen Fundations-Brieffs, in Anno 1439. wie die Formula ermeldten Brieffs lautet, Ihm selbst, seiner Frauen, und allen ihrer Vordern und Nachkommen Seelen zum Trost und Heyl eine ewige Meß in dem Spital zu dem heiligen Geist zu Ulm, gewidmet und gestifftet, also und dergestalten, daß besagter Spital zu Ulm, gegen von ihme empfangenen

1000. Rhei-

1000. Rheinischer Gulden, einem jedesmahls zu Halt- oder Singung dieser Meß, von dem ältesten des Weckerlinischen Geschlechts Mannlichen Namens, oder in Ermanglung dessen von Burgermeister und Rath zu Ulm, bestellten Caplan oder Priester, alljährlich aus dessen Einkünfften und Mitteln 40. Pf. an Gelt, 5. Imi Rocken, und 5. Imi Veesen, ab dessen Korn-Kasten in Ulm, ausrichten und bezahlen solle, allermassen auch hernachmahls diese Fundation sub dato 17. Martii Anno 1440. von dem Bistthum Costantz confirmirt, auch sein Fundatoris hinterbliebener Wittib ein formlicher Gült-Brieff darauff, auff Geheiß Herrn Burgermeister und Rath zu Ulm, durch die Spital-Pflegere sub dato Nicolai 1439. auffgerichtet und behändiget worden, gestalten dann auch über solcher Fundation biß auf die in vorigem Seculo beschehene Reformation zu Ulm gehalten, gefolgter Zeit aber diese pacisirte ewige Zinß, an Gelt und Frucht-Gülten, jedesmals dem ältesten Manns-Namen von dieser Weckerlinischen Familie gereicht worden, wie aus Johann Albrecht Schremmen Notarii zu Ulm bey den Actis liegenden Schreiben de dato 12. Septembris Anno 1651. zu erlernen, vermög welchen der letzte Niesser dieser Gefäll, Georg Rudolph Weckerlin, geweßter Parlaments-Secretarius in Engelland gewesen;

Ohnerachtet nun aber nach dieses Georg Rudolph Weckerlins Tod, Hanns Weckerlin, geweßter Burger und Metzger zu Cantstatt, auch nunmehro seelig, und nach dessen Tod selbigen Sohn Georg Weckerlin, dermahliger Sonnen-Wirth zu Stuttgardt, als in ordine gefolgte älteste des Weckerlinischen Geschlechts, diese Gefäll auch füraus geniessen sollen, so hat jedoch die Stadt Ulm, anfangs ohnwissender Dingen, aus was Ursach solches geschehen, mit Jährlicher Reichung deroselben, anfangen zuruck halten, so daß ermeldter Georg Weckerlin Sonnen-Wirth, nachdeme er bey Gnädigster Herrschafft vorher einig Intercession-Schreiben an den Magistrat zu besagtem Ulm ausgewürckt, sich selbsten dahin zu erheben, und sowohl wegen des verfallenen als künfftigen, anzusuchen, endlich gemüßiget worden; Obwohlen nun aber derselbe Anfangs zu Erlangung seiner Intention gute Promessen erhalten, er auch um so viel weniger an glücklichem Ausgang der Sach gezweiffelt, um willens besagter Magistrat zu Ulm in Anno 1650. da der alte Hanns Weckerlin zu Cantstatt hierunter ebenfalls gnädigste Intercession ausgewürckt gehabt, sub dato 2. Augusti, in einer Responsion an Gnädigste Herrschafft sich dieser Reichung damahlen nicht zu entschütten begehrt, sondern allein, daß Hanns Albrecht Schremmen ihres Notarii Schwieger, dermahlen diese Gefäll zu niessen berechtiget wäre, sich entschuldiget, so hat jedoch derselbe hernachmahls das Widerspil erfahren müssen, indeme besagte Stadt Ulm auf das letztere Fürstl. Intercession-Schreiben sub dato 12. Aprilis 1679. Gnädigster Herrschafft rescribirt, daß der Stiffter Burckhardt Weckerlin diese jährliche Zinß nicht zu dem Ende erkaufft, daß solche der älteste Weckerlin einnehmen, sondern daß man einen Caplan zu haltender Meß damit besolden solle, und obschon nach vorgegangener Reformation diese Meß abgangen, und biß ad annum 1650. dem ältisten Weckerlin diese reditus gereicht worden, so seye jedoch solches per errorem geschehen, und dahero sie, in Betrachtung bekannter massen, was GOtt gewidmet, nicht mehr ad profanos usus gezogen werden könne, auch nach der Reformation dergleichen abgöttische Gestifft, zu andern milden Sachen von denen Ständen verwendet worden wären, solche auf ihre Arme in ihrem erarmten Spital zu verwenden gedächten, welches alles aber man nunmehro an seinen Ort gestellt seyn lasset, und allein dißmahlen prævia hac facta narratione sich auf nachstehende Quæstiones Rechts belehren lassen wollen:

1.) **Ob der Aelteste in dem Weckerlinischen Geschlecht, diese gestiffte Reditus nicht noch, wie nach beschehener Reformation biß ad Annum 1650. denen Weckerlinischen Vorfahren widerfahren, mit Recht zu prætendiren habe;**

2.) **Wann dieses nicht angehen solte, ob die Stadt Ulm solche reditus der Weckerlinischen Familie entziehen, und mit Recht zu ihrem Hospital widmen könne;**

3.) **Ob nicht vielmehr diese Reditus mit Gnädigster Herrschafft in Würtemberg Consens zu einem Stipendio auff der Weckerlinischen studirende Kinder zu richten wären;**

4.) **Ob unter denen Weckerlinischen Kindern auf solchen Fall nicht ein Unterschied zu machen, weilen sich der Sach biß anhero niemand, als die jetzige Imploranten Georg, und Georg Friderich die Weckerlin, Vatter und Sohn, welcher letztere bereits ein Söhnlein, so dieses Stipendium geniessen könnte, hat, angenommen, oder, ob diese Reditus auf die gesammte zu den Studiis gewidmete Weckerlinische Kinder umzutheilen sein möchten;**

5.) **Wann diese Reditus auf die gesammte Weckerlinische Kinder umzutheilen wären, ob nicht beede Imploranten ihre dißfalls bereits ausgelegte, und noch anwendende Unköstен vorhero vor einiger Niessung hinweg zu nehmen befugt seyen;**

6.) **Ob nicht dißeit Anno 1650. zuruck**

27. *Ex lapsu centenarii immemorialis temporis bona fides præsumitur, tametsi possessor nullum etiam habeat titulum.*
28. *Titulus putativus etiam ex scientia ejus, contra quem præscribitur, inducitur.*
Titulus putativus & injustus quoque error bonam fidem causatur. ibid.
Etiam causa injusta & fatua à dolo & mala fide excusat. ibid.
29. *Dd. sententia statuentium: quod longissimum, centenarium, & præsertim immemoriale tempus ita omnem malæ fidei præsumptionem eluat & purget, ac bonam fidem potius adeo inducat, ut nequidem admittatur probatio in contrarium.*
30. *Recensetur quorundam Dd. sententia: quod in præscriptione temporis immem. nulla ratio bonæ fidei habeatur.*
31. *In hâcce præscriptione ultra bonam fidem, à Lege ex ipsa diuturnitate præsumptam, titulum non requiri, cum nec requiratur in præscriptione 40 nariâ contra Ecclesiam, sed ipsum tempus justissimum titulum tribuere, ceu vim privilegii & concessionis habens, etiam in iis quæ Principi reservata.*
32. *Consensus tacitus Domini tam longo tempore tacentis æque firmum facit præscribenti titulum, ac si ab initio expressa intercessisset stipulatio.*
33. *Verba Pontificis in c. 1. de præscr. in 6.*
34. *seq. Plura de firmitate & efficaciâ hujus tituli.*
36. *Præscriptio immemorialis, etsi Lex omnem præscriptionem tollat, tamen non excluſa censetur, præterquam in expressis à jure casibus.*
37. *Per eandem præscriptionem petitio quoque annuorum redituum, tam præteritorum, quam futurorum etiam ad pias causas relictorum, extingui.*
38. *Contra hanc præscriptionem nec Ecclesiam imo nec à Principe ex plenitudine potestatis restitui posse.*
39. *seqq. Respondetur ad Rationes dubitandi.*
42. *De vulgatis Dicteriis contra rerum Ecclesiasticarum in usus profanos versionem, ut:* Kirchen-Gut hat eiserne Zähne *&c.*
43. *Res Ecclesiasticæ ita præscriptæ fiunt seculares.*
44. *Jus suum nemini intervertendum, regula Juris Naturæ.*
45. 46. *Ubi jus conferendi beneficium aliquod Ecclesiasticum certæ familiæ competit, hoc si tanquam superstitiosum in usum pietati convenientiorem transmutandum, id a Magistratûs proprio & solitario arbitrio non dependet, sed hoc familiæ isti, cui collatio competit, integrum manet, quamdiu aliquis ex familiâ supereſt. Ipsa tamen conversio ut sub auctoritate Magistratus, qui Jus Episcopale habet, fiat, conveniens est.*
47. *Ejusmodi beneficiorum jam secularisatorum mutatio in Stipendia pro Studiosis omnino piam esse.*
48. *Adducuntur quædam loca B. Lutheri, & aliorum.*
49. *Causa Studiosorum juribus ac privilegiis Ecclesiæ & Clericorum gaudet ac fruitur.*
Studium labor spiritualis. ibid.
Studentes pro commodo Ecclesiæ laborant, eique inserviunt. ibid.
50. *Pecunias Ecclesiæ in studia impendens eas in utilitatem Ecclesiæ impendere dicitur.*
Ratio. ibid.
51. *Ejusmodi beneficia etiam non præscripta in talia Stipendia licitè commutari.*
52. *Inter plures de familia si unus habeat solus jus conferendi beneficium, mutato hoc in Stipendium etiam hujus liberi ad Studia apti ceteris de familia in facultate fruendi Stipendio præferendi.*
Hisce tamen deficientibus reliquis de familia Studiis operam dantibus, & in defectu horum extraneis capacibus conferendum. ibid.
53. *Consultius longè, numerum Stipendiariorum restringere, quam inter plures dividendo Stipendia nimis tenuia & hinc parum utilia conferre.*
54. *Qui pro communi familiæ commodo suis sumptibus vigilavit, eos deducit, vel repetit, ubi mandatum deest, actione Neg. gest.*
56. *Quilibet privatus sine consensu Magistratus de bonis ipsi propriis Stipendia ordinare potest pro lubitu; convenientius tamen est, ut sub Domini Territorialis hoc fiat auctoritate.*
57. *Redituum tamen ad pias causas pertinentium nondum præscriptorum transformatio in alium pium usum non sine Domini Territorii Jus Episcopale habentis consensu fieri debet.*
58. *De Privilegio Austregarum Civitatis Ulmensis.*

FACTI SPECIES.

ES hat Burckardt Weckerlin, Burger zu Ulm, laut eines vorhandenen Pergamentinen Fundations-Brieffs, in Anno 1439. wie die Formula ermeldten Brieffs lautet, Ihm selbst, seiner Frauen, und allen ihrer Vordern und Nachkommen Seelen zum Trost und Heyl eine ewige Meß in dem Spital zu dem heiligen Geist zu Ulm, gewidmet und gestifftet, also und dergestalten, daß besagter Spital zu Ulm, gegen von ihme empfangenen

1000. Rhei-

1000. Rheinischer Gulden, einem jedesmahls zu Halt- oder Singung dieser Meß, von dem ältesten des Weckerlinischen Geschlechts Mannlichen Namens, oder in Ermanglung dessen von Burgermeister und Rath zu Ulm, bestellten Caplan oder Priester, alljährlich aus dessen Einkünfften und Mitteln 40. Pf. an Gelt, 5. Imi Rocken, und 5. Imi Veesen, ab dessen Korn-Kasten in Ulm, ausrichten und bezahlen solle, allermassen auch hernachmahls diese Fundation sub dato 17. Martii Anno 1440. von dem Bistthum Costantz confirmirt, auch sein Fundatoris hinterbliebener Wittib ein formlicher Gült-Brieff darauff, auff Geheiß Herrn Burgermeister und Rath zu Ulm, durch die Spital-Pflegere sub dato Nicolai 1439. auffgerichtet und behändiget worden, gestalten dann auch über solcher Fundation biß auf die in vorigem Seculo beschehene Reformation zu Ulm gehalten, gefolgter Zeit aber diese pacisirte ewige Zinß, an Gelt und Frucht-Gülten, jedesmals dem ältesten Manns-Namen von dieser Weckerlinischen Familie gereicht worden, wie aus Johann Albrecht Schremmen Notarii zu Ulm bey den Actis liegenden Schreiben de dato 12. Septembris Anno 1651. zu erlernen, vermög welchen der letzte Niesser dieser Gefäll, Georg Rudolph Weckerlin, geweßter Parlaments-Secretarius in Engelland gewesen;

Ohnerachtet nun aber nach dieses Georg Rudolph Weckerlins Tod, Hanns Weckerlin, geweßter Burger und Metzger zu Cantstatt, auch nunmehro seelig, und nach dessen Tod selbigen Sohn Georg Weckerlin, dermahliger Sonnen-Wirth zu Stuttgardt, als in ordine gefolgte älteste des Weckerlinischen Geschlechts, diese Gefäll auch füraus geniessen sollen, so hat jedoch die Stadt Ulm, anfangs ohnwissender Dingen, aus was Ursach solches geschehen, mit Jährlicher Reichung deroselben, anfangen zuruck halten, so daß ermeldter Georg Weckerlin Sonnen-Wirth, nachdeme er bey Gnädigster Herrschafft vorher einig Intercession-Schreiben an den Magistrat zu besagtem Ulm ausgewürckt, sich selbsten dahin zu erheben, und sowohl wegen des verfallenen als künfftigen, anzusuchen, endlich gemüßiget worden; Obwohlen nun aber derselbe Anfangs zu Erlangung seiner Intention gute Promessen erhalten, er auch um so viel weniger an glücklichem Ausgang der Sach gezweiffelt, um willens besagter Magistrat zu Ulm in Anno 1650. da der alte Hanns Weckerlin zu Cantstatt hierunter ebenfalls gnädigste Intercession ausgewürckt gehabt, sub dato 2. Augusti, in einer Responsion an Gnädigste Herrschafft sich dieser Reichung damahlen nicht zu entschütten begehrt, sondern allein, daß Hanns Albrecht Schremmen ihres Notarii Schwieger, dermahlen diese Gefäll zu niessen berechtiget wäre, sich entschuldiget, so hat jedoch derselbe hernachmahls das Widerspil erfahren müssen,

indeme besagte Stadt Ulm auf das letztere Fürstl. Intercession-Schreiben sub dato 12. Aprilis 1679. Gnädigster Herrschafft rescribirt, daß der Stiffter Burckhardt Weckerlin diese jährliche Zinß nicht zu dem Ende erkaufft, daß solche der älteste Weckerlin einnehmen, sondern daß man einen Caplan zu haltender Meß damit besolden solle, und obschon nach vorgegangener Reformation diese Meß abgangen, und biß ad annum 1650. dem ältisten Weckerlin diese reditus gereicht worden, so seye jedoch solches per errorem geschehen, und dahero sie, in Betrachtung bekannter massen, was GOtt gewidmet, nicht mehr ad profanos usus gezogen werden könne, auch nach der Reformation dergleichen abgöttische Gestifft, zu andern milden Sachen von denen Ständen verwendet worden wären, solche auf ihre Arme in ihrem erarmten Spital zu verwenden gedächten, welches alles aber man nunmehro an seinen Ort gestellt seyn lasset, und allein dißmahlen prævia hac facta narratione sich auf nachstehende Quæstiones Rechts belehren lassen wollen:

1.) Ob der Aelteste in dem Weckerlinischen Geschlecht, diese gestiffte Reditus nicht noch, wie nach beschehener Reformation biß ad Annum 1650. denen Weckerlinischen Vorfahren widerfahren, mit Recht zu prætendiren habe;

2.) Wann dieses nicht angehen solte, ob die Stadt Ulm solche reditus der Weckerlinischen Familie entziehen, und mit Recht zu ihrem Hospital widmen könne;

3.) Ob nicht vielmehr diese Reditus mit Gnädigster Herrschafft in Würtemberg Consens zu einem Stipendio auff der Weckerlinischen studirende Kinder zu richten wären;

4.) Ob unter denen Weckerlinischen Kindern auf solchen Fall nicht ein Unterschied zu machen, weilen sich der Sach biß anhero niemand, als die jetzige Imploranten Georg, und Georg Friderich die Weckerlin, Vatter und Sohn, welcher letztere bereits ein Söhnlein, so dieses Stipendium geniessen könnte, hat, angenommen, oder, ob diese Reditus auf die gesammte zu den Studiis gewidmete Weckerlinische Kinder umzutheilen sein möchten;

5.) Wann diese Reditus auf die gesammte Weckerlinische Kinder umzutheilen wären, ob nicht beede Imploranten ihre dißfalls bereits ausgelegte, und noch anwendende Unkösten vorhero vor einiger Niessung hinweg zu nehmen befugt seyen;

6.) Ob nicht dißeit Anno 1650. zuruck

geblibene Zinsse und Gülten, von der Stadt Ulm noch begehrt, und zu einem neuen Capital, zu Vermehrung des Stipendii angelegt werden könnten;

7.) Ob die Herrschafft Würtenberg, circa hanc transformationem Judex competens und darinnen zu disponiren befugt?

Als uns Decano und andern Doctoribus der Juristen Facultät bey gemeiner Hoch-Fürstl. Würtemb. Hohen Schul Tübingen vorgesetzte Facti Species mit Beylagen à lit. A. ad lit. M. zugesandt worden, mit Begehren, wir wollten unser in Rechten gegründtes Bedencken über die deroselben angehängte Fragen in Schrifften förderlichst mittheilen; So haben wir, zu geneigter Willfahrung, dieselbe so bald mit Fleiß durchgelesen, reifflich erwogen, und in gepflogener collegialischen Deliberation einmüthig befunden, auf die proponirte Fragen den Rechten gemäß zu seyn, wie folget. Und zwar betreffend

Die erste Frage:

1 Ob der Aelteste in dem Weckerlinischen Geschlecht diese gestifftete reditus nicht noch, wie nach beschehener Reformation bis ad annum 1650. denen Weckerlinischen Vorfahren widerfahren, mit Recht zu prætendiren habe?

So möchte es zwar ersten Anblicks ein starckes Ansehen haben, ob wäre der Aelteste des Weckerlinischen Geschlechts nicht befugt die gestifftete reditus, davon die Frage, mit Recht zu prætendiren, unerachtet jederzeit der Aelteste des Geschlechts dieselbe von Zeit der Reformation bis ad annum 1650. empfangen,

Angesehen 1. die Stifftung, woher diese reditus rühren, von dem Authore, Burckhard Weckerlin, ex singulari quodam pietatis zelo ac devotione erga DEUM T. O. M. zu dem Ende geschehen, daß ihme Burckhard Weckerlin, seiner Frauen und allen ihren Vordern und Nachkommen, zu deren Seelen Trost und Heyl, eine ewige Messe in dem Spital zum Heil. Geist zu Ulm gesungen und gelesen werden sollte, massen er deswegen von besagtem Spital mit 1000 fl. Rheinisch 40 Pfund guter und genehmer Heller der Stadt Ulm Währung, neben 5 Imi Rockens und 5 Imi Veesen jährlicher ewigen Zinsen und Güldten erkauffet, daß dieselbe ein jeglicher Priester und Altarist, dem die obberührte Messe zu jeden Zeiten geliehen würde, geniesen sollte. Und damit die Messe desto baß ohne Abgang bestehen und erhalten werden möchte, hat er Weckerlin ferner gestifftet und geordnet, daß wann es beschehe, daß die Meß ledig würde, es beschehe durch Tod eines Priesters der sie verwesen, oder daß er sie bey seinem Leben aufgegeben, daß dann von seinen Kindern und nachkommenden ehelichen Erben, Manns-Namens, dieweil sie im Leben, allwege der Aelteste dieselbe in einem Monath von Zeit der Erledigung einem ehrbaren Priester wieder leyhen sollte, wann aber seiner Nachkommen mannlichen Namens keine mehr im Leben seyn würden, alsdann Burgermeister und Rath der Stadt Ulm mit ihrer mehrern Wahl die obgenannte Meß als dick die ledig würde hinleyhen und derselben Meß rechte Lehen-Herren in allwege seyn und heissen sollten, kein Priester aber dem sie verliehen selbige zu verwechseln, zu vertauschen oder hinzugeben Macht haben, alles Laut Innhalt des Stifftung-Briefs lit. A. B. also dem Aeltesten des Weckerlinischen Geschlechts zwar das Recht dieses gestifftete beneficium, so offt es erledigt, zu verleyhen, nicht aber dasselbe spreta religione selbst zu geniessen oder die erkauffte Güldten und Zinsen in seinen eigenen privat-Nutzen einzuziehen, gegeben werden.

Zweytens scheinen diese reditus quæstionis veluti constituta dos missæ à Burchardo Weckerlin, pro suæ & progenitorum ac successorum suorum animarum salute, Episcopi Constantiensis consensu & authoritate, ordinatæ, pro re sacrâ zu halten zu seyn, gestalten er Burckard Weckerlin, erwehnte reditus expresse, aus sonderbarer Andacht und Eyfer, dazu erkauffet und gewidmet, daß sie beständig zu GOttes Ehr und milden Sachen gebraucht und angewendet werden sollen, und zwar in specie zu einer ewigen Messe, die zu sein und seiner Frauen und allen deren Vorfahren und Nachkommen Seelen zu Trost und Heyl gesungen und jederzeit einem sondern Priester von dem Aeltesten des Weckerlinischen Geschlechts, wann aber solches gäntzlich abgestorben, von Burgermeister und Rath der Stadt Ulm mit der Nutznieſſung solcher von ihm darzu erkaufften jährlichen Zinsen und Güldten verlyhen werden solte; dergleichen Meß aber wird bey den Papisten für einen grossen Gottesdienst, ja gar für ein heiliges Sacrament gehalten, dem sie mit dem Heiligen Abendmahl des HErrn einerley Nutzen und Würckung zuschreiben, sagende, daß sie dienen zur Versöhnung mit GOTT, Austilgung der Sünde, Erlangung geistlicher und leiblicher, zeitlicher und ewiger Gut- und Wohlthaten, nicht allein für die Lebendige, sondern auch für die Verstorbene, deren Seelen im Fegfeur noch nicht anugsam gereiniget seyn; Indubie ergo Missa ex ipsorum sententia pro re sacra habenda, & consequenter idem quoque dicendum videtur de ipsius Missæ dote; accessorium enim sequitur naturam sui principalis. 2

c. 42. de R. I. in 6.

Idemque accessorii & principalis est judicium.

Hieron. de Monte *tr. de finib. reg. c. 5. n. 13.*

Sind

3 Sind aber 3. diese reditus pro re sacra zu halten, so sind sie auch anzusehen als res divini juris, quæ hominum potestati & promiscuo usui exemptæ, quodammodo in solius DEI jure & potestate habentur.

Vinn. *ad §. 7. Inst. de rer. divis. in fin.*

Und haben wohlfolglich von den Weckerlinischen nicht können ullo titulo acquiriret werden, daß sie selbige itzo mit Recht prætendiren.

Nam res divini juris, quarum principaliorem speciem res sacræ constituunt, καθ' ἑξοχὴν nullius dicuntur, quia nim. non modo actu in nullius sunt dominio, sed ita quoque affectæ & qualificatæ sunt, ut nec alicujus fieri queant vel à quoquam acquiri possint, ac ne usus quidem earum singulorum sit; eaque ratione differant à rebus humani juris publicis, quæ & ipsæ cum iis, quæ singulorum sunt, comparatæ equidem nullius in bonis esse dicuntur.

l. 1. ff. de rer. divis.

usu tamen singulorum sunt; item à rebus communibus, feris nim. bestiis, volucribus, piscibus, in naturali sua libertate constitutis, quæ in comparatione illarum, quæ quisque jam actu habet & possidet, itidem nullius dicuntur.

in §. 12. Inst. d. t. de rer. divis.

habent tamen hanc naturam, ut per occupationem acquiri possint & primo occupanti cedant.

d. §. 12.

Quod secus in rebus divini juris, hæ enim commercio privatorum in totum exemptæ sunt extra casum necessitatis, ac pietatis pro redimendis captionis,

§. ult. Inst. de empt. vend. l. 6. l. 22. l. 73. ff. de contract. empt. Vinn. *d. l.* Dn. Rebhan. *Hodoget. Jur. chart. 3. clim. 2. n. 11.*

4 Nec usucapione vel præscriptione alicui acquiri possunt, nulla enim in iis vel inchoari vel decurrere vel compleri potest præscriptio

§. 1. Inst. de usucap. l. 9. ff. de usurpat. & usucap.

Qualitas namque rebus hisce semel injecta eas ita pervadit ac permeat, talemque naturam illis indit ut eam nq. deponere, nec ad priorem naturam repeti, revocarique queant, nisi quem casum adversamque fortunam audaci alicujus spiritu & mente sacrilegæ experiantur, quod expectari neque naturale neque civile esse, sed de facto tantum fieri, & si earum rerum naturam intueamur impossibile esse ICtus Paulus homo Ethnicus respondit

in l. 83. §. 5. de Verb. oblig.

Hinc & Cicero: nihil mortales, à Diis immortalibus usucapere posse, tradit pariter Ethnicus.

in Orat. de respons. arusp.

Unde quid illos, qui se Christianos & religiosos profitentur, facere deceat ac oporteat, facile judicare esse ait.

Cothman. *vol. 2. Cons. 100. n. 23.*

Und ob wohl nach beschehener Reformation und aufgegangenen Licht des Evangelii die Messen, worzu die reditus quæstionis gestifftet und gewidmet, abgethan worden, weilen von Luthero und andern, die durch sonderbahre Erleuchtung und Beystand GOttes das Werck der Reformation, zu Beförderung Göttlicher Ehr, nicht nur angefangen sondern auch glücklich hinausgeführt aus H. Schrifft gezeiget und remonstriret worden, daß die Päbstische Messen in GOttes Wort nicht gegründet, sondern demselben viemehr schnurstracks zuwider, ja die Lehr von der Meß ein dogma in Christum ejusque meritum contumelioſum, Idololatricum, impium, Novi testamenti eversivum, primitivæ Ecclesiæ planè incognitum, infinitis contradictionibus seipsum perimens, indeque ceu monstrum horrendum & abominandum Idolum ex templo Domini à veris Christianis ejiciendum sey, welches seinen Ursprung von dem Pabst Gregorio I. mit dem Zunahmen M. qui cum ex somniis, ut tradunt, Origenis, apparitionibus, aliisque fallaciis ac præstigiis Purgatorium fabricatus esset, persvasit orbi oblationes preces, Missasque instituendas, ut liberarentur ex illo tormentorum loco, dato Ecclesiæ s. Ecclesiasticis tributo certo, quos mors alias rebus humanis jam exemerat, so er für ein gutes Mittel die Kirch zu bereichern angesehen und ersonnen, auch hernach im Werck wahrhafftig befunden, cum dici aut credi vix posit, quantæ inde Ecclesiasticæ rei antè propemodum desertæ accessiones factæ, universis, quibus tantillum religionis inerat, quæcunque sua profundere potius & in officia pia animabus tum suorum tum suis post mortem præstanda erogare, quam in profundo miseriarum baratro æternum delitescere, cupientibus.

vid. Dn. Rhet. *Diss. de Secularisat. bon. Ecclesiast. cap. 2. num. 23. 24.*

Und demnach diese von Burckard Weckerlin 6 zu einer ewigen Meß aus einem Irrthum gewidmete Güldten und Zinsen seine Nachkommen, als sie sich zur wahren Evangelischen Religion bekennet, salva conscientia auf dergleichen Mißbrauch nicht mehr verwenden können; so hätten sie doch dieselbe ob sic cessantem causam dispositionis nicht, wann es auch gleich nicht res Sacræ, sondern nur Ecclesiasticæ wären in suos privatos & profanos usus ziehen oder convertiren, sondern vielmehr dieselbige als einmahl, quanquam ex superstitione & errore, zu GOttes Ehr und milden Sachen gewidmet in andere *pios usus*, zu rechter Fortpflantzung GOttes Ehr verwenden und anordnen sollen.

Non enim quod DEO semel dicatum ad usus humanos & profanos iterum transferendum.

c. semel DEO. de R. J. in 6.

Prohibet id ipsum Sacrarum literarum Majestas

Levit. *VII. 25. XXVII. 28.*

quæ DEUM in eos, qui bona cultui suo vel Ecclesiæ consecrata diripiunt aut profanant, severe excandescentem exhibet
Jo. *VII. 1.* Dan. *V. 3.* Joel *III. 5. 12. 13.* Malach. *III. 8.* Prov. *XX. 25.* Act. *V. 3.* Rom. *II. 22.*
ac specialiter bonorum Ecclesiasticorum in profanos usus applicationem LL. civiles injustam pronunciant, quippe quæ omnia ad Ecclesiæ cujusque jura pertinentia, tanquam ipsam Ecclesiam, intacta venerabiliter custodiri, illæsaque jugiter servari volunt.
l. 4. in fin. l. 14. & Auth. Hoc jus porrectum. it. Auth. Multo magis. C. de SS. Eccles. Nov. 7. Nov. 120.
Damnant eandem Jura Canonica sub fulmine anathematis, excommunicationis & banni, sub pœna sacrilegii & restitutionis tripli &c.
c. si quis dator. 2. & can. fin. c. 1. q. 3. c. 1. c. 3. 4. 13. caus. 17. q. 4. c. 1. caus. 12. q. 2. can. 3. & seqq. ead. caus. 12. q. 2. can. 25. caus. 16. q. 7.
Succenturiantur denique his & Constitutiones Imp.
Rec. Imp. Aug. *de anno 1530 §. Etliche haben Clöster &c.* ibi: *zu ihrem eigenen Nuz oder in andere Wege, unordentlicher Maß, ihres Gefallens gewendet. und dieselbe nicht weiters wider ihre Fundation verliehen oder andern zu verleihen gestattet &c.* Rec. Imp. Spir. *de anno 1544. §. Und damit der Kirchen-Güter halber &c.* Pax Relig. *de anno 1555. §. Dieweil aber etliche &c.*

7 Si quæ ergo possessiones ac bona à majoribus nostris ex singulari devotione ad Ecclesiæ, aliosve pios usus dedicata & donata, licet ex errore in Cimmeriis dominantis Papatus tenebris veram DEI gloriam ceu genuinum scopum haud attigerint vel assecuta sint, usu eorum superstitiosa traditionum humanarum spurcitie coinquinato, non tamen ideo in patrimonialem sive privatum ac profanum usum temerè convertenda, sed superstitione & abusu, cui perverso Zelo olim mancipata, rejectis in parilem rursus pium ac meliorem sive veræ pietati consentaneum usum transferenda & applicanda sunt.

8 *arg. l. 17. ff. de usu & usufruct. leg.* ubi talis proponitur casus: Legatum Civitati relictum est, ut ex reditibus quotannis in ea civitate, memoriæ conservandæ defuncti gratia, spectaculum celebretur: quod illic celebrari non licet. Quæritur, quid de legato fieri debeat? Respondit Modestinus: Cum testator spectaculum edi voluerit in civitate, sed tale, quod ibi celebrari non licet, iniquum esse, hanc quantitatem, quam in spectaculum defunctus destinaverit, lucro heredum cedere, igitur adhibitis heredibus & primoribus civitatis inspiciendum, in quam rem converti debeat fideicommissum, ut memoria testatoris alio & licito genere celebretur.
Quo JCti Modestini Responso, (cum quo conferatur
l. 4. ff. de admin. rer. ad civit. pert. l. 5. in f. C. de pagan.)
commotus Philippus Melanchthon & bona 9
Ecclesiæ dicata, si usus ad quem destinata impius vel superstitiosus deprehendatur, in alium meliorem pium usum convertenda, minime verò profanis commoditatibus applicanda esse non minus pie ac religiose quam convenienter censuit
in Epit. Philosoph. moral.
quod cum insigni ejus elogio probat
Cujac. *ad d. l. 16.*
comprobant idem ex d. textu
Bartol. *ibid.* exemplum ponens in testatore, qui promissis canendis centum legaverat, quæ, si propter interdictum Ecclesiæ missa non possit cantari, in alium pium usum converti omnino debere dicit. Hieron. Schurff. *Cent. 1. Cons. 90. num. 13.* ubi dicit: certi juris esse, quod data oblata & relicta in certum pium usum, si iste usus deficiat, vel in ipsum ob certam aliquam causam converti non possent, debeant ad alium pium usum converti per *d. l. 16.* Mod. Pistor. *vol. 1. Cons. 54. num. ult.* Wesenbec. *v. 1. Cons. 37. n. 8.* Cothmann. *v. 2. Cons. 100. n. 24. 25.* Petr. Syring. *de Pac. relig. concl. 38. lit. B.* Reincking. *de R. S. & E. l. 3. cl. 1. c. 3. num. 15.* Cran. *de Pac. Relig. part. 1. probl. 5.* Finckelthus. *de Jure Patron. c. 6. num. 162. & Observ. 97. per tot.* Marc. Luscov. apud Laurent. Kirchov. *vol. 1. Cons. 33. num. 29. seqq.* Brunnemann. *ad d. l. 16. & in Jur. Eccles. l. 2. c. 3. num. 5.* Klock. *tom. 1. Cons. 36. q. 1.* in terminis terminantibus de relictis ad missas legendas ac cantandas quoque agens.

Aber dessen allen ohnangesehen, 10
können wir, salvo semper melius sentientium judicio, den geschriebenen, im Heil. Römischen Reich Teutscher Nation im Schwang gehenden, und in vim Juris communis recipirten Kayserl. und Päpstlichen Rechten nach, anderst nicht erachten, denn daß die Weckerlinische Familie zu diesen von ihrem Vorfahren Burckard Weckerlin vom Spital zu dem Heil. Geist in Ulm erkaufft- und zur ewigen Meß gestiffteten und gewidmeten reditibus annuis, so laut præmittirten überschickten Facti speciei von Zeit der Reformation biß ad annum 1650. je und allwege dem Aeltesten des Geschlechts von dem Spital gereichet worden, nunmehr ein solches

Jus

Jus habe, daß sie selbige hinfürder mit Recht prætendiren könne, und deroselben Abfolge und Reichung von der Obrigkeit der Stadt Ulm ihro nicht möge mit Recht denegiret werden.

11 Denn ob es zwar an dem 1) daß dieselbe reditus zu dotirung der ewigen Messe, so Burckard Weckerlin wollen, daß ihm, seiner Frauen und allen ihren Vordern und Nachkommen zu dero Seelen Trost und Heyl gesungen und gelesen werden sollte, erkaufft, gestifftet, und geordnet, daß ein jeder Priester und Altarist, dem berührte Messe zu jeden Zeiten geliehen würde, solche geniessen sollte, auch ferner damit die Meß desto baß ohne Abgang bestehen und erhalten werden möchte, die Versehung gethan, daß wann es geschehe, daß die Meß entweder durch den Tod oder Aufgebung des Priesters, der sie verwesen, ledig würde, allwege der Aelteste des Weckerlinischen Geschlechts und Namens dieselbe in einem Monath von Zeit der Erledigung einem ehrbaren Priester wieder verleyhen sollte, nach dem Abgang des Geschlechts aber solch Jus, die Meß zu verleyhen, Burgermeister und Rath der Stadt zukommen, und sie derselben rechte Lehen-Herren seyn und heissen; Also dem Aeltesten des Weckerlinischen Geschlechts nicht die Nutznieſſung der erkauften Gülten und Zinsen selbst, sondern allein das Recht, solch von ihm B. Weckerlin gestifftetes beneficium in casu vacantiæ zu verleyhen, (quod nihil aliud quam Jus Patronatus infert, consistens in jure præsentandi ad illam præbendam personam idoneam, quæ missam institutam & Episcopali authoritate confirmatam celebret seu dicat.

vid. Klock. *v. 1. Cons. 36. quæst. 3.* add. Ziegler *de dot. Eccles. cap. 5. n. 20. 21.* Stephani *de Jur. Patronat. p. 1. c. 7. num. 35. 36.*

12 reservirt; So hat jedoch der Aelteste des Weckerlinischen Geschlechts von Zeit der beschehenen Reformation zu Ulm biß ad annum 50. hujus Seculi, so nun schon über anderthalb hundert Jahr ist, anerwogen die Stadt Ulm eine von den ersten Städten, die mit Verlassung der Päpstischen sich zu der wahren seeligmachenden Evangelischen Religion bekennet haben, gestalten sie mit unter denen gewesen, so den 13den Octobr. An. 1529. in Comitiis Spirensibus wider das Edictum Wormatiense de persequendis Lutheranis publice ac solenniter protestirt, sothane reditus bey dem Spital erhoben, und ist also die Weckerlinische Familia ultra 100 annos imo tempore immemoriali in quieta quasi possessione perceptionis horum redituum constituirt gewesen.

13 Wird nun, wann einer nur 10 oder 20 Jahr in continua quasi possessione perceptionis annuorum redituum à privato solutorum, ex certa causa gewesen nicht nur præsumirt, daß er selbige bißher mit Recht genossen, sondern auch eo ipso, ins künfftig dieselbe zu exigiren, befugt und berechtiget sey

l. 6. ff. de usur. l. 20. C. de agric. & censit. Struv. *Ex. 43. th. 16.* Hahn ad Wesenb. *tit. de usurp. & usucap. num. 7.* Petr. Gilken *tract. de usucap. part. 2. membr. 1. cap. 4.* ibique longa serie adducti. *num. 1.* Henr. Gebhard. *de usucap. cap. 3. num. 30. seqq.* Brunnemann. *ad d. l. 6. num. 2.* Mev. *p. 2. dec. 318.* Carpzov. *p. 2. c. 2. d. ult.* Dn. Maurit. *p. 1. Cons. Chilon. 28. num. 7.*

Non obstante *l. 28. C. de pact.* quæ loquitur de casu, ubi constat, pactum de sorte aut nullum, aut invalidum esse.

Mev. *d. p. 2. dec. 362. num. 4.* Brunnem. *d. l. & ad d. l. 28. C. de pact. inf.*

in quo casu præstatio sine causa obligationem futuræ præstationis non inducit nisi sit tricennalis.

Brunnemann. *ad d. l. 28. num. 10.* Hartm. Pistor. *Obs. 201. num. 1. seqq.*

Und werden sonst res Ecclesiasticæ immo- 14
biles, quas inter etiam istiusmodi reditus annui perpetui referuntur,

Ant. Gabriel. *comm. opin. lib. 6. tit. de V. S. concl. 8.* Gail. *2. O. 10.* ibi Eberh. Fabric. Mynsi. *c. 1. O. 69.* Ziegler. *de dot. Eccles. c. 8. num. 1. in f.*

contra omnes Ecclesias, sola Romana excepta, quæ 100 annorum præscriptione gaudet, generaliter 40 annorum spatio tam de Jure Civili quam Canonico præscribirt, idque sive sit privatus, qui præscribit, sive alia Ecclesia, etiam Romana, præscribat

per Auth. Quas actiones. C. de SS. Eccles. ibi Gilken. Richter. Brunnemannus. *c. de quarta 4. c. ad aures. c. illud. x. de præscript.* Andr. Vallens. *in parat. Jur. Can. lib. 2. tit. 26. §. 6. num. 7. 9.* Ziegler. *ad Inst. Jur. Can. l. 2. t. 27. §. 14. p. 633.* Brunnemann. *Jur. Eccles. lib. 2. c. 11.* Carpzov. *p. 2. c. 5. d. 2. 4.* Anastas. Germonius *de immun. sacror. lib. 3. c. 18. num. 109. seqq.*

etiamsi sint de dote Ecclesiæ, quia etsi de 15
præscribenda dote ipsius Ecclesiæ agatur, 40 annorum spacium sufficit.

dd. txx. Bald. Novell. *tr. de dot. part. 1. num. 8.* ubi refert, ita consuluisse Collegium Perusinum, in causa Episcopi Interanensis cum ipsa communitate super certis reditibus, jam ab antiquo per ipsam communitatem in nova fundatione Episcopatus dictæ terræ pro dote assignatis, post vero per multa tempora non exactis. Idem *part. 7. privil. 1. num. 5. in fin.* Sequitur eum Sand. Felin. *ad d. c. ad aures. 6. num. 1.* Joh. Franc. Balbus *tract. de præscript. prim. part. quintæ princip. q. 1. n. 2.* ubi addit rationem, quare res Ecclesiæ sint præscriptibiles, quia nimirum ipsarum alienatio non est simpliciter prohibita, sed saltem cum certa solennitate fieri jubetur, quo casu præscriptio non censetur prohibita, secus ubi pro-

hibitio alienationis est simplex, per quam res commercio hominum plane eximitur.

Wie viel mehr wird dann die Weckerlini-
16 sche Familie die nun à tempore repurgatæ religionis diese von ihrem Vorfahr von dem Spittal erkauffte und zur ewigen Meß gestiffetere reditus erhoben, genutzet und genossen, befugt und berechtigt seyn, dieselbige auch ins künfftig zu exigiren, hergegen der Spittal, solche ihnen ungeweigert zu reichen, schuldig seyn, weil sie das jus percipiendi reditus hosce, nicht nur quadraginta, auch nicht nur centum, sondern plusquam centum & viginti annos, imo per immemoriale tempus, quasi possedirt, und tanti temporis præscriptione contra ipsum Hospitale acquirirt.

Welches 2) wohl geschehen können, um
17 willen sothane reditus eigentlich keine res Sacræ, sondern allein res Ecclesiasticæ seyn, die der præscription in allweg unterworffen, gestalten die Meß zwar an und vor sich von den Papisten für einen grossen Gottesdienst, atque pro proprie dicto sacrificio, incruento, Novi Testamenti propitiatorio & satisfactorio, in quo Sacerdos, solus communicans, super altari, Patri cœlesti, Christum, velut hostiam in cruce oblatam, sub specie panis & vini, pro vivorum & mortuorum, in purgatorio nondum plene purgatorum peccatis, pœnis, satisfactionibus, aliisque necessitatibus, offerat, also consequenter pro re sacra gehalten und ausgegeben wird; Was aber von jemanden zu dem Ende daß ihm und den Seinigen eine Messe gesungen werden solle, gestifftet und dahin gewidmet wird, daß solches der constituirende Meß-Pfaff vor die Besinguna und Haltung der Meß nutzen und niessen solle, das ist, ob es gleich der haltenden Meß pro dote assignaret wird, doch nur eine res Ecclesiastica præscriptioni obnoxia, gleich wie dasjenige was Ecclesiæ als rei sacræ in dotem gegeben wird, ut inde structura Ecclesiæ conservari, imprimis verò ejus ministri sacro officio dicati commode sustentari, aliaque ad cultum divinum necessaria comparari possint, ne ille aliquando intercidat.

Ziegler. *de dot. Eccles. cap. 7. num. 2.7. 38. & cap. 8. num. 1. seqq. cap. 11. num. 11.* Finckelthus. *de Jur. Patron. cap. 4. num. 65. 66. 67.*

Nam ut res Sacra dicatur requiritur 1.)
18 ut DEO rite & legitime sit consecrata, eoque hominum commercio exempta. 2.) cultui divino immediate & directo inserviat; Quæ requisita in ædibus cultui divino dedicatis, templis nimirum Oratoriis, item in instrumentis cultus divini veluti in libris, patinis, calicibus, vestimentis sacris &c. equidem adsunt, seseque aperte produnt, in bonis vero Ecclesiæ in dotem assignatis ad sustentationem ministerii, conservationem ædium sacrarum, alimoniam pauperum &c. itemque in bonis Missæ pro dote ex superstitiosa devotione datis, ad sacrificulum Missam pro ipsius dotantis & Prædecessorum successorumque ejus animarum salute decantaturum ex reditibus illorum exhilarandum omnino deficiunt, hinc & illa non pro rebus sacris, sed pro rebus Ecclesiasticis tantum habentur.

Ziegler *de dote Eccles. cap. 12. num. 5.* Dn. Rebhan. *Hodoget. Jur. chart. 3. clim. 2. §. 12. 13.* Brunnemann. *in jur. Eccles. lib. 2. c. 2. & 3.* Joh. Schilter. *in Praxi Jur. Rom. in for. Germ. Ex. 4. th. 2.*

Ac licet utræque, tam res Ecclesiasticæ 19
nimirum quam res sacræ DEO dicatæ dicantur

in c. nulli 12. q. 2.

attamen majorem cum cultu divino connexionem habent res Sacræ, quam Ecclesiasticæ, quæ illum remotius attingunt, imo ferè non attingunt, & hinc facilius quoque, quam res sacræ, in commercium veniunt

post Dn. D. Harpprecht *ad §. 7. Instit. de R. D.* Ziegler *dict. loc.* Rebhan. *cit. loc.*

Dubium itaque non est quin cum Ec- 20
clesiæ ab initio in dotem data 40. annis præscribi contra Ecclesiam queant, etiam possint, quæ postea ex liberalitate piorum illis supervenerunt, cum difficilius admittatur alienatio illorum, quæ Ecclesiæ in dotem data, veluti præcipuam bonorum Ecclesiasticorum speciem constituentium quam horum, quæ donationibus & largitionibus dein doti accesserunt; Quæ communiter à majoribus sub tali conditione, qualem hic Burckardus Weckerlin expressit, relinqui solebant. Incesserat enim eos opinio meriti salutem æternam se consecuturos, si facerent, ut in sui nominis memoriam vel unica saltem quotannis Missa celebraretur, illamque vel certiorem fore vel facilius obtineri posse si missæ tales numero plures cantarentur, hinc profusius bona sua in hanc rem impenderunt, neque extitit fere quisquam paulo opulentior, qui non unam & alteram anniversariam salutis suæ promotricem post mortem suam expetierit, legata aut donata hanc in rem haud contemnenda bonorum suorum parte

Ziegler *de dot. Eccles. cap. 7. num. 5. cap. 11. num. 45. cap. 12. num. 7.*

Ecquis verò, quæ sub specioso illo pietatis commentitiæ prætextu Ecclesiis obvenere & accessere, eximet, tanti temporis, quod hic elapsum, imo saltem 40 annorum præscriptioni?

Wollte

21 Wollte man aber 3) ſagen, die Weckerliniſche hätten keinen titulum, und wären nicht in bona fide conſtituirt geweſen, um willen ſie die Stifftungs-Brieffe in Handen gehabt, daraus ſie gnugſam erſehen und erlernen können, daß ihnen das Recht dieſe reditus zu erheben und zu nutzen nicht zugekommen, dahero hätten ſie daſſelbe auch nicht præſcribiren können,

quoniam Jure Canonico absque bona fide nulla procedit præſcriptio

c. ult. X. de præſcript. j. c. vigilanti eod. c. poſſeſſor. de R. I. in 6. Harppr. *ad pr. Inſt. de uſucap. num. 80.* Mynſing. *4. O. 6.* Anaſt. Germonius *de Sacror. immunitat. lib. 3. cap. 18. n. 98. ſeqq.* Mart. ab Azpileveta *p. 1. Conſil. lib. 3. de rebus Eccleſ. al. Conſ. 1. n. 4.*

quod eo usque extendit Franzkius, ut procedere dicat, licet quis per multa annorum millia poſſederit.

Lib. 3. Reſol. 1. num. 270. addatur Felin. *in d. c. fin. de præſcript.* Covarruv. *ad d. c. poſſeſſor. §. 8. num. 5. verſ. quæritur præterea.* Caniſ. *ad cit. c. vigilanti de præſcript.* Gilken *de præſcript. p. 2. m. 3. c. 1. num. 6.* Balbus *p. 2. part. 3. princ. quæſt. 13. num. 1. 2. & p. 3. part. 4. princ. quæſt. 3. num. 4.* Klock. *vot. Cam. 65. num. 69. 70.*

22 So iſt doch dawider zu mercken, daß obwohl die Weckerliniſche die Stifftungs-Brieffe in Handen gehabt und daraus erſehen können, daß dieſe Reditus principaliter nicht für ſie, ſondern zu einer ewigen Meß, ſo dafür geſungen werden ſollte, geſtifftet, und Ihnen nur das Recht ſelbe zu verleyhen reſerviret worden, ſo haben ſie doch, nachdem ſie nach aufgegangenem Licht des Evangelii aus Göttlicher Schrifft berichtet worden, daß dergleichen Päbſtiſche Meſſen in GOttes Wort nicht gegründet, ſondern ein Phariſäiſche Heucheley und cultus baaliticus contra mandatum DEI ad obſcurandam gloriam Chriſti & juſtitiam fidei excogitatus, nach der Apologie der Augſpurgiſchen Confeſſion *p. 115. 116.* und Schmalkaldiſchen Articuln *pag. 305. 306.* nicht ohn Urſach vermeint, daß wann ihr Vorfahr Burckard Weckerlin in dem Päbſtiſchen Irrthum, daß durch die Meß ſein und der ſeinigen Seeligkeit befördert würde, nicht geſtecket, er das Geſtiffte nicht würde gethan haben, und weil nunmehr nach der erfolgten Reformation die Urſach des Geſtiffts ceſſirete, hörete auch billig das Geſtiffte auf, und wären ſie, als ſeine deſcendentes ex capite prædilectionis, die Gülten und Zinſen für

23 ſich ſelbſt einzuziehen wohl befügt, (geſtalten denn nicht wenig der Rechtsgelehrten dociren, quod favor liberorum præferatur favori Eccleſiæ, aliusque piæ cauſæ,

c. quicunque 17. q. 4. ubi donatio Eccleſiæ facta favore liberorum revocatur. hincque Divum Auguſtinum etiam Editiam, quod magnam facultatum partem in Eleemoſinas profudiſſet, cum filium haberet, increpaſſe notat

Tiraquell. *in Comment. ad l. C. de rev. donat.* in Gl. *Libertis. n. 90.* ſubjungens prolixum Dd. catalogum, qui ſimpliciter docuerunt, favorabiliorem liberorum quam Eccleſiæ cauſam eſſe. Conf. Idem *tr. de privil. piæ cauſ. privil. 118.* Fuſar. *de ſubſtit. q. 393. n. 65.*

daher nicht ohn einen Schein Rechtens jemand 24
auf ſolche Meinung kommen u. dafür halten kan,
quod ſi teſtator falſa opinione inductus pro ſalute animæ ad pias cauſas aliquid legaverit, legatum illud ſit inutile, nec hac in parte pia cauſa, ſed liberi ejus prærogativam habere debeant; nam cum meritum ſalutis æternæ ſit cauſa finalis ejusmodi relicti,

Socin. Senior. *in l. 40. §. ult. n. 18. ff. de condit. & demonſtr.* Mantic. *de Conject. ult. volunt. lib. 5. tit. 15. n. 35.*

ea ceſſante & relictum ipſum concidere vi- 25
detur.

Quo non ſine colore 2.) induci poſſe videtur

l. ult. ff. de hered. inſtit.

cujus exemplo probatur, quod quoniam teſtator diſponit ex erronea opinione, non valeat diſpoſitio, quoniam illa erronea opinio fuit cauſa diſpoſitionis. Quod eo magis 3. procedere videri poſſet, quoniam opinio illa meriti eſt impia, inepta & in meritum Chriſti injurioſa, uti hæc B. Weckerlini fuit, impiis enim & ineptis defunctorum voluntatibus leges non adſiſtunt;)

Und weil die Obrigkeit der Stadt Ulm ſol- 26
ches wiſſender Dingen geſchehen und ihnen die Zinſen und Gülten durch dero Spitalpflegere willig reichen laſſen (denn daß daſſelbe ohn Vorwiſſen der Obrigkeit von den Spital-Pflegern geſchehen ſeyn ſollte, iſt nicht vermuthlich, ſondern vielmehr die ſtarcke Præſumtion, daß es ex Decreto Magiſtratus geſchehen, dann wer wollte glauben, daß die Spital-Pflegere würden die Jährlichen Gülten, ſo ſie vorhin dem Meß-Prieſter gereichet, dem Aelteſten des Weckerliniſchen Geſchlechts gegeben haben, wann ſie nicht vorher deswegen ein Decret von der Obrigkeit empfangen, daß ſie es demſelben folgen laſſen ſollten? iſt es aber, wie gar vermuthlich, ex Magiſtratus decreto geſchehen, ſo iſt auch ohnzweifflich davon reifflich vorher in Senatu deliberirt, der aufgerichtete Gült-Brief, ſo nicht weniger bey dem Spital und in der Obrigkeit Handen, als bey den Weckerliniſchen, ohn allen Zweiffel, wenigſtens in Copiis ſeyn wird, inſpicirt, und der Stadt damaligen Hrn. Conſiliariorum Gutachten gleichfalls darüber auch vernommen worden, daß ſich alſo die Obrigkeit weder mit der Unwiſſenheit noch mit dem Irrthum entſchuldigen kan,) ſind ſie nicht nur authoritate Superioris Jus Epiſcopale habentis in quaſi poſſeſſionem juris percipiendi reditus hoſce ge-

kommen, sondern auch darinn so lang mit wohlermeldter Obrigkeit Wissen und Approbation geblieben, indem sie Jährlich der Spital-Pflegere Rechnungen, worinn dieser dem ältesten des Weckerlinischen Geschlechts beständig gereichten Zinsen und Gülten jedesmals gedacht worden, abgehöret, justificiret und approbiret, mithin also auch diese denen Weckerlinischen beschehene Zinßreichung genehm gehalten, daß demnach keinesweges gesaget werden mag, daß sie Weckerlinische nicht in bona fide gewesen.

Qui enim authoritate Superioris possidet juste ac bona fide possidere intelligitur

l. 11. de acq. poss. Lud. Postius *tr. mand. de manuten. Obs. 12. n. 5. Dec. 89. n. 10.* Pontan. *de spol. l. 2. c. 16. n. 182.* Gratian. *discept. for. cap. 926. num. 32.*

maxime si possessio ejusdem vallata sit authoritate Principis, cujus vices sustinet Magistratus civitatis Imperialis.

Gratian. *cap. 907. n. 12.*

27 Welches dann 4. zwar um so weniger gesaget werden kan, quia & ex tanti temporis lapsu bona fides præsumitur, tametsi possessor nullum etiam habeat titulum,

Innoc. *in c. 2. de restit. in integr.* Panorm. *in c. diligenti. de præscript.* Covarruv. *tom. 1. relect. ad c. possessor. p. 2. §. 8. n. 3.* Cravetta *de antiq. tempor. p. 4. §. materia ista. n. 21. seq.* Harpprecht. *ad pr. Inst. de usucap. n. 65.* Mev. *Cons. 108. n. 155. 156.* Menoch. *de præsumpt. l. 3. præs. 130. n. 11. & lib. 1. Cons. 90. n. 75.* ubi in terminis præscriptionis Juris Patronatus ita respondit.

28 ac expediti juris est, bonam fidem omnino ex titulo putativo (qui ex scientia ejus contra quem præscribitur, hic Administratorum Hospitalis & Magistratus Civitatis Ulmensis, inducitur adeoque casu nostro adest) & injusto quoque errore causari, maxime ubi de rerum incorporalium præscriptione agitur,

Joh. Fr. Balbus *in repet. L. Celsus de usucap. part. 1. n. 12.* Alciat. *de præsumpt. reg. 3. præs. 5. pr. & n. 3.* Paul. Æmil. Verallus *p. 2. dec. 68.* ubi ita decidit Rota Romana. Mev. *d. Cons. 108. n. 152.*

eo quod causa etiam injusta & fatua a dolo ac consequenter etiam à mala fide excuset.

l. 12. §. 2. de liber. caus. Menoch. *de recup. poss. remed. 5. n. 49.* Balb. *d. l. n. 14.*

29 Quinimò & ex cursu longissimi, multo magis igitur ex plus quam centenarii, imò immemorialis temporis, lapsu, omnem malæ fidei præsumtionem elui ac purgari, contra vero bonam fidem ita induci tradunt Dd. haud pauci, ut ne facilè quidem illum, adversus quem præscribitur, ad contrariam malæ fidei probationem admittendum dicant, quia pro præscribente adest præsumptio juris & de jure, quæ regulariter probationem in contrarium non admittit, posita scil. præscriptione & lapsu tanti temporis, si enim probare velit adversarius, quod tantum tempus nondum sit elapsum, hoc ipsi omnino concedendum esse ajunt

Felin. *in c. cum nobis X. de præscript. n. 7.* Bart. *in l. fin. C. unde vi.* Jason. *vol. 1. Cons. 57. n. 23. Cons. 72. n. 11. vol. 2. Cons. 209. n. 4.* Dec. *Cons. 266. n. 5. & Cons. 272. n. 9.* Hier. Gabriel. *vol. 1. Cons. 164. n. 14.* Menoch. *de præs. 130. n. 17. 18.* Vultej. *vol. 4. Cons. Marp. 25. n. 191.* Klock. *vot. Cam. 65. n. 73.*

Ne dicamus plures esse, qui in præscri- 30
ptione illius temporis, cujus initii memoria non extat bonæ fidei rationem non haberi statuant, quos inter

Salicet. *ad l. 2. C. de servit. n. 8.* Struv. *Ex. 43. th. 23.* expresse inquiens in præscriptione immemoriali nulla bona fides, nullus titulus, nulla rei qualitas attenditur, sed tantum rem vel jus esse neglectum tanto tempore, cujus initii memoria non extat.

Quos suæ sententiæ relinquimus.

Fünfftens können die Weckerlinische zwar 31
sonst keinen titulum, dadurch ihnen das Recht diese reditus einzuziehen gegeben worden, allegiren, allein wird ultra bonam fidem à lege præsumptam & ex diuturnitate temporis inductam, in hac præscriptione temporis memoriam hominum excedentis, worinn sie sich fundiren, kein ander titulus erfordert, (cum ille nec in præscriptione 40. annorum contra Ecclesiam complenda requiratur

Balb. *2. part. 3tiæ part. princ. q. 6. n. 10.* Martin. ab Azpileveta *p. 2. Consil. in append. l. 2. tit. de præscript. Cons. 1. num. 4.*)

wie solches von denen Rechtslehrern insgemein ausser Zweiffel gesetzt wird, ex ratione, quia tempus illud per se justissimum titulum tribuit, ceu vim privilegii & concessionis habens, etiam in iis quæ Principi sunt reservata

c. 26. §. præterea. de V. S. Klock *vot. Cam. 65. n. 43. & vot. 72. n. 74.* Marc. Luscov. ap. Kirchov. *vol. 1. Cons. 33. n. 16. 21.*

Et enim si ab initio alius verus interve- 32
nisset titulus, non opus fuisset præscriptione illa, sed cum titulus cessat, & nihilominus Dominus nunquam contradixit, elicitur inde consensus ejus, qui vice tituli est, & decursu temporis immemorialis confirmatur, ita ut non debilius jus inde sic tacita Domini tamdiu tacentis voluntate acquirenti accedat, quam si ab initio expressa intercessisset stipulatio. Ipsa ergo immemorialis præscriptio legitimus est titulus.

Vinc. de Franchis *dec. 166. n. 1.* ibique Flav. Amendola. *in addit.* P. Æmil. Verall.

Verall. *p. 2. dec. 355.* Arism. Tepatus *Compend. dec. tit. 558. cap. 2.* Mart. ab Azpileveta. *p. 1. Conſ. l. 3. tit. de reb. Eccl. alien. vel non. Conſ. 1. n. 1.* Lælius de Zanchis *de privil. Eccleſ. priv. 22. n. 12.*

ac proinde alium non deſiderat titulum,
33 quam in rem luce meridianâ clariora ſunt verba, quibus hoc aſſertum corroborat Pontifex

in c. 1. de præſcript. in 6. ibi: ſed eſt neceſſarius titulus, qui poſſeſſori cauſam tribuat præſcribendi, niſi tanti temporis allegetur præſcriptio cujus contrarii memoria non exiſtat. add. Mev. *Conſ. 108. n. 140. 141.*

34 Et quidem tantæ efficaciæ titulus eſt, ut per illum non ſaltem quævis poſſeſſio, etiam illa, ut dictum, quæ in rebus ad ſolum ſuperiorem ſpectantibus aſſerta eſt, juſtificari poſſit, ſed etiam probatio in contrarium vix admittatur, cum hæc præſcriptio habeat vim legis

l. 1. §. fin. de aq. pluv. arcend.

conſtituti ſ. conſtitutionis Juris per reſcriptum

Bartol. *v. 1. Conſ. 188. n. 5.*

ſpecialis conceſſionis ac privilegii, ex certâ ſcientiâ a Principe indulti,

l. 3. §. 4. de aq. quot. & æſtiv. d. c. 26. de V. S. Klock. *vol. 1. Conſ. 8. n. 212. Conſ. 28. n. 75. Conſ. 11. n. 297. Conſ. 31. n. 8. Conſ. 50. n. 214. vol. 4. Conſ. 1. n. 179.* Sixtin. *de Regal. l. 1. cap. 5. n. 141.* Caſp. Caballin. *milleloq. 591.* Mev. *d. Conſ. 108. n. 142. ſeq.*

35 imo tanta polleat authoritate, ut poſſit etiam mutare quadrata rotundis, omniaque, quæ ſub mundana gubernantur machina, renovare valeat.

Marc. Ant. de Amat. *dec. 169. n. 26.* Klock. *vol. 2. Conſ. 47. n. 106. ſeq. Conſ. 48. n. 83. ſeqq.*

Nec tantum minora verum etiam majora Regalia, quæ ſalvo ſummo imperio cuidam conceduntur, eadem contra Principem acquirantur.

Sixtin. *d. c. 5. n. 149.* Klock. *vol. 1. Conſ. 31. n. 98. Conſ. 50. n. 282. vol. 3. Conſ. 153. n. 254.* Richter. *dec. 21. n. 51.*

Neque eidem contradicens audiendus dicatur, quo litium ſit finis, certique poſſeſſores.

Joh. Cephal. *l. 3. Conſ. 403. n. 38. 39.* ubi addit, hanc concluſionem etiam in præjudicium Eccleſiæ procedere.

36 Weil denn dieſe præſcription, (quæ etſi lex omnem tollat præſcriptionem non tamen excluſa intelligitur, præterquam in expreſſis a jure caſibus

Boer. *dec. 39. n. 11.* Matth. de Afflict. *dec. 254. in fin.* Faber *in Cod. Sabaud. l. 7. t. 13. d. 19. n. 1.*)

an und vor ſich ſolche Krafft und Würckung hat, waltet bey uns kein Zweiffel, daß die Weckerliniſche mediante eadem auch das jus reditus hoſce percipiendi contra Hoſpitale 37
acquirirt haben, quemadmodum per idem præſcriptionis genus & petitionem annuarum penſionum ſubmoveri notat

Anton. Faber *Cod. Sabaud. lib. 7. tit. 13. def. 19.*

quod tam de præteritis quam de futuris annuis præſtationibus exaudiendum,

Carpz. *p. 2. c. 2. d. 1.* Gail. *2. O. 74.*

& procedit quoque etiamſi legatum annuæ penſionis pio loco relictum ſit

tradente eodem Fabro *d. l. def. ſeq. 20.* & Ricc. *collect. dec. 778.*

und alſo vermöge derſelben gnugſam geſichert ſeyn, authoritate ejus, qui jura condendi poteſtatem habet, qui hanc pœnam amiſſionis jurium ſuorum induxit in odium negligentium ac favorem ſollicitorum,

Innoc. *in c. cura paſtoralis. de jure patron.* Marc. Luscov. ap. Kirchov. *v. 1. Conſ. 33. n. 17.*

um ſo mehr, weil wider ſolche Præſcription und Verjährung der Hoſpital ſich ob ſcien 38
tiam Magiſtratus keine Reſtitution in integrum zu erfreuen, anerwogen nec Eccleſiæ, quarum tamen propenſiſſimus eſt favor, contra hanc præſcriptionem immemorialem reſtituuntur.

l. fin. C. de fund. patrimon.

nec Princeps ex plenitudine poteſtatis contra eandem reſtituere poteſt.

juxta Roland. a Valle *vol. 4. Conſ. 59.* Arismin. Tepat. *comp. dec. tit. 558. n. 8.*

Und dieſer unſer Deciſion mag im geringſten keinen Abbruch gebähren, was darwider 39
oben in rationibus dubitandi eingeführet worden, denn gleichwie ſelbiges in genere aus demjenigen, was bishero deduciret, meiſtens ſeine abhelffliche Maß hat, alſo ergibt ſich in ſpecie, quoad 1. dubitandi rationem, daß freylich die Weckerliniſche das Recht dieſe von Burckard Weckerlin zur Meß geſtifftete reditus Gülten und Zinſen zu erheben und einzuziehen, vermög der Stifftung ihnen nicht vindiciren können, dennoch aber ſolches gar wohl vi immemorialis ac plus quam centenariæ præſcriptionis thun mögen.

Die andere und dritte ratio dubitandi gründet 40
ſich auf einem falſchen præſuppoſito, ob wären nemlich dieſe von Burckard Weckerlin geſtifftete reditus eine res ſacra hominum commercio exempta, deſſen contrarium in ſecunda decidendi ratione mit mehren erwieſen, und remonſtrirt, daß ſie nur rem Eccleſiaſticam conſtituiren und conſequenter wohl haben können præſcribirt und mediante præſcriptione acquirirt werden, præſertim tanti temporis lapſu.

Die vierte ratio dubitandi inferirt weiter 41
nicht, als daß die Weckerliniſche, wann ſie ihre Chriſtliche Schuldigkeit in acht nehmen und GOttes Seegen beybehalten wollen, gehal-

ten und verbunden seyn, die von ihrem Vorfahr einmahl zu milden Sachen, aus Irrthum und Unwissenheit der mit unterlauffenden Idololatrie aber zu einer ewigen Meß, gestifft und gewidmete Gülten und Zinsen, ob wohl sie selbige itzo ihnen mediante præscriptione immem. temporis acquirirt, nichts destoweniger vel ex hac causa, weil sie GOtt so weit erleuchtet, aus der Finsterniß des Pabstthums heraus gerissen und ans Licht des wahren Evangelii gebracht, daß sie itzo erkennen, was es vor ein aberglaubisches abgöttisches Wesen um die Päbstische Messen sey, wieder zu milden Sachen und in alios vere pios usus zu rechter Fortpflantzung GOttes Ehr zu verwenden.

42 Gestalten die Erfahrung bezeuget hat, daß diejenigen, so dergleichen zu milden Sachen & ex erronea ac superstitiosa devotione etiam ad minus pios usus a Majoribus ipsorum gestifftete Güter in ihren Nutzen gezogen und behalten, wenig Glück und Seegen von GOtt dabey gehabt, sondern dadurch noch wohl um das ihrige, so sie vorhin gehabt, gekommen, und also an ihnen wahr worden, was

Petrus Mindanus *in Proceff. suo lib. 3. de continent. cauf. c. 18. n. 51.*

ex Luthero meldet, bona Ecclesiastica in suum usum convertentibus idem accidere, quod Aquilæ olim obveniebat, cui videnti Jovi sacrificium in ara fieri ex carne agnina, advolanti bonamque partem auferenti carbo igneus alis adhæserat, quo postmodum & nidos & pullos quibus prædam advexerat, comburi faciebat; und was die Sprüchwörter ausweisen da man sagt: **Pfaffen-Gut, Raffengut, hat Adlers Federn, es kommt nicht auf den dritten Erben.** item: **Kirchen-Gut hat eiserne Zähne, frisset eins mit dem andern hinweg;** Saget auch deswegen nicht unbillg Brunnemannus

in Jur. Eccles. lib. 2. cap. 3. §. 5. in fin.

Bona Ecclesiastica ad profanos & privatos usus translata ipsi non absimilia videri vaccis exhaustis & macris, quæ devorarunt vaccas pingues, & nihilo ditiores sed pauperiores factæ fuere.

Aus diesem nun erlediget sich

Die andere Frage:

43 **Wann dieses nicht angehen sollte, ob die Stadt Ulm** solche reditus **der Weckerlinischen Familie entziehen und mit Recht zu ihrem Hospital wiedmen könne?**

von selbsten, nemlich weil die Weckerlinische Familie solche reditus und jus illos percipiendi, mediante præscriptione, für frey und eigen erworben, also dieselbe dadurch ihre Art und Eigenschafft, so sie vor diesem gehabt, verloren, daß sie jetzo nicht mehr pro re Ecclesiastica, sondern pro re seculari familiæ Weckerlinianæ propria zu halten, so kan die Stadt Ulm selbige der Weckerlinischen Familie keines weges entziehen und zu ihrem Hospital widmen.

Quod enim nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.

l. 11. de R. J.

Nec tantum inter prima præcepta, quæ à 44
DEO omnibus Noachidis data esse dicunt Hebræi, & legis naturalis compendium alii constituunt,

de quibus vid. Cunæus *de Republ. Hebr. 1. p. 4. & p. 272.* Selden. *de Jur. nat. & gent. juxta discipl. Hebr. l. 1. c. 10.* Conf. verò Dn. D. Osiander *in Typ. leg. nat. part. special. th. 46. 47. & in not. ad Grot. l. 1. c. 1. n. 16. obs. 3.* Ziegler. *ibid.* Zentgrav. *in Orig. Jur. nat. art. 6. n. 38.* Valent. Velthem. *Introd. in Grot. l. 1. c. 1. §. 29. not. 3. p. 70. seqq.*

hoc numerant, quod quis alteri suum auferre non debeat; sed etiam Philosophi testantur, justitiam in eo sitam esse, ut abstineatur alienis.

Porphyr. *de non usu anim.*

Hinc Julianus: Lex, inquit, altera & ipsa sua natura sancta atque divina ea est, quæ semper & ubique alienis abstinere jubet. Et in eandem sententiam Poeta Græcus, Euripides canit

Spernenda, si non jure veniat, copia est,
Communis æther hominibus, tellus quoque,
In qua ampliare cuique sic fas est domum,
Ut ab alienis rebus ac vi temperet.

Ja wenn auch diese reditus noch im vorigen 45
Stande und nicht von ihnen præscribirt wären, so würde doch die Obrigkeit der Stadt Ulm nicht befugt seyn, dieselbe allein nach ihrem Gefallen ad alios pios usus zu verwenden, sondern schuldig seyn mit den Weckerlinischen de translatione eorundem in alios magis pios usus zu communiciren, weil der Stiffter dieselbe titulo emptionis venditionis von dem Spital um 1000. fl. Rheinisch zu einer ewigen Gült erkaufft, und die Messe, so ihm, seiner Frauen und aller derer Vordern und Nachkommen Seelen zu Trost und Heyl gesungen werden sollen, damit dotirt, also und dergestalt, daß solche Meß mit diesem ihrem dote so offt dieselbe ledig würde, allwege von dem Aeltesten des Weckerlinischen Geschlechts, Stammens und Nahmens, so lang derselbe seyn würde, einem ehrbaren Priester geliehen werden sollte, wann aber der Weckerlinische Manns-Stamm abgangen, alsdann sollte darnach Burgermeister und Rath der Stadt Ulm obgenannte Meß, so offt sie ledig, vorgeschriebener massen hinzuleyhen Macht und Gewalt haben, auch derselben rechte Lehen-Herren seyn und heissen ꝛc. also die Weckerlinische Familie vi fundationis beneficii hujus Ecclesiastici liberam collationem erlangt, welche freye Collation ihro, so lang der Weckerlinische Manns-Stamm währen würde, bleiben und nach dessen gäntzlichen Abgang ererst auf Burgermeister und Rath der Stadt Ulm kommen sollen, derowegen wann, nachdem nun die Messe abrogirt, diese der gestiffteten

stiffteten Messe zugeordnete dos zu einer andern milden Sache, GOttes Ehr recht zu befördern, anzuwenden wäre, könnte hochermeldte Obrigkeit, den von der Weckerlinisch. Familie noch vorhanden seyenden nicht vor- und eingreiffen, und ermeldte Stifftung allein, wohin sie wollte, ziehen oder wenden, um willen ja die Weckerlinische Familie ihro in jure conferendi beneficium hoc in casu vacantiæ (qui si unquam, sanè tum verè adesset) in der fundation vorgesetzet, und deren die Obrigkeit in casum, si ipsa in masculis plane deficiat, nur substituirt, itaque quamdiu aliqui ex familia Weckerlinia superstites, nullum aliud circa beneficium istud jus sibi Magistratus civit. Ulmensis vindicare potest, quam quod ejus ceu superioris Episcopale jus habentis authoritate accedente fieri deberet à Weckerlinis illa beneficii immutatio ad alium licitum pium usum.

Marc. Luscov. *cit. Consil. 33. ap.* Kirchov. *vol. 1. n. 32. 35.*

46 Zumalen da dieses von B. Weckerlin gestiffte Beneficium ein Beneficium curatum, ut Canonistæ vocant, gewesen, qui animarum eorum, qui de familia Weckerl. fuere, curam annexam habuit, und deswegen die Collation dem Weckerlinischen Geschlecht, so lang solches währen würde, von dem Stiffter reservirt worden, deswegen ermeldtes Geschlecht insonderheit ein jus quæsitum dazu, daß es ihm nicht, zu freyer Disposition von der Obrigkeit, entzogen werden könnte, sondern zu einem solchen milden Gebrauch gewidmet werden müßte, der zwar forderist GOttes des Höchsten Ehr, so dann secundò der Weckerlinischen Wohlfahrt zum Zweck hätte

juxta tradita Klockii *d. Consil. 36. q. 1.*

Nicht weniger ist auch der

dritten Frage

47 **Ob nicht vielmehr diese reditus mit gnädigster Herrschafft in Würtemberg** Consens **zu einem** Stipendio **auf der Weckerlinischen studirende Kinder zu richten wären?**

Erörterung aus dem, was ad primam quæstionem deducirt, gar leicht zu nehmen, nemlich daß weil die Weckerlinische ermeldte reditus illosque percipiendi jus 100. annorum, imo immemorialis temporis præscriptione als eigen acquiriret, aus Antrieb ihres Christlichen Gewissens aber dennoch billig sothane reditus ad alios pios usus wieder verwenden, sie in so weit jetzo davon als de rebus propriis frey ad pias causas disponiren, und gar wohl, mit ihrer gnädigster Herrschafft in Würtenberg Bewilligung und Confirmation majoris authoritatis gratia, ein Stipendium auf die Weckerlinische studirende Kinder richten und anordnen mögen, inmassen solcher Gestalt diese vorhin ad pios sed superstitiosos usus gewidmete reditus zu rechter Fortpflantzung GOttes Ehr wohl angewendet werden, in Betrachtung, daß was zu Erhaltung, Fortsetzung und Behuff der Studien so wohl in weltlichem Regiment, als in der Kirchen auf taugliche, geschickte und gute Hoffnung von sich scheinen lassende Ingenia, die sich den Studiis ergeben, gewendet wird, recht zu GOttes Ehren angewendet wird, juxta illud Megalandri Lutheri in explicatione 48
Evangelii Epiphan. **Wer armen unvermöglichen verlassenen Leuten mit Geld und Gut hilfft, wer seine Steuer und Handreichung giebt, daß junge Leute zur Schule gehalten, in GOttes Wort und andern Künsten auferzogen werden, daß sie mit der Zeit in Kirchen-Diensten helffen und fürgehen können, der opfert und schenckt dem armen Kindlein JEsu** &c. &c. & D. Luc. Osiandri *in notis ad Epistol. Joh. 3. v. 8.* Wer einem Studenten forthilfft, daß er in GOttes Wort desto besser sich könne unterrichten lassen, und dermaleinst ein getreuer Diener der Kirchen werden, der thut eben so viel, als wenn er selber predigte, und wird von GOtt reiche Belohnung empfahen, nach der herrlichen Vertröstung Christi: Wer einen Propheten aufnimmt, der wird eines Propheten Lohn empfahen. Itemque illud D. Joh. Michaelis Dilherrn im Tugend-Schatz. pag. 634. §. 13. Wann Land und Leute recht sollen regieret werden, muß man bey Zeiten junge Leute auferziehen, derer man sich künfftig bedienen könne; weßwegen die lieben Alten schöne Stipendia gestifftet haben, damit auch diejenige, so keine sondere Mittel aber doch feine Ingenia haben, möchten fortgebracht werden, und wer solche heilige Stifftungen hemmet oder hinterhält, der handelt nicht allein wider das siebende, sondern auch wider das dritte Gebot, dieweil die Beförderung der Ehre GOttes und der wahren Religion dadurch gehindert wird.

Hinc & causa studiorum pro maxime pia 49
causa habetur, juribusque ac privilegiis Ecclesiæ & Clericorum gaudet ac fruitur,

Horat. Lutius *de privil. Scholar. privil. 1. & 2.* Wesenbec. *Consil. 80. n. 7.* Klock. *vol. 1. Consil. 36. n. 20.*

nam studium labor spiritualis audit

in Clem. 1. §. licet. ibi Glos. *de V. S.*

& studentes pro utilitate & commodo totius Ecclesiæ laborare dicuntur;

Socin. *in c. fin. num. 5. de Magistr. & ne quid exig. pro lic. doc.* Abb. *in c. 1. de fer.*

Ecclesiæque servire, quia student, ut postea Ecclesiæ melius serviant;

arg. l. quæsitum de leg. 3. Bald. *in l. qui sub prætextu. C. de SS. Eccles.* Felin. *Consil. 18.* Abb. *vol. 1. Consil. 88. col. 3.*

ac inde pecunias Ecclesiæ in studia im- 50
pendens eas in utilitatem Ecclesiæ impendere dicitur

secundum Felin. *in c. cum m. 9. de const. n. 22.* Calder. *Consil. 2.*

Imo bona Ecclesiastica scholis publicis qq. in sacra pagina obligata fuisse testatur

Decian. *vol. 1. Consil. 14. n. 46.*
Nec immeritò, ex scholis enim tanquam ex officina quadam s. seminario prodeunt, quicunque Ecclesiæ & Reipubl. in qua illa est, inserviunt, quibus bene se habentibus cuncta in Republ. florent vigentque.
Vivant igitur Scholæ, vivant Athenæ, artes ac scientiæ, quæ sunt radii divinæ sapientiæ ad gloriam beatæ Triados in sempiternum vivant. Pius est qui assentitur, improbus qui Amen non inclamat, non minus vere, quam piè ait

Joh. Boter. *de origin. urb. lib. 2. c. 4.*
Sublatis namque de medio literarum ac bonarum artium exercitiis brevi concidere Rempubl. oportet. Quam nemo unquam bonis consiliis administrare nemo rectis lectis legibus intra modestiæ cancellos retinere potest, si præclara sapientiæ studia, quæ unica magnarum rerum fundamentum, pro vili & abjecto habeantur.

51 Und daß dergleichen Gestiffter, wie dieses Weckerlinische gewesen, wann sie auch nicht einmal præscribirt seyn, wie dieses ist, Verwendung in Stipendia auf Schuler und Studenten licitè geschehen könne und geschehen seye, agnosciren, approbiren und testiren in terminis

Klock. *alleg. Consil. 36. qu. 1.* JCti Wittebergenses ap. Ziegler. *de dot. Eccles. cap. 8. num. ult.* in Responso, verbis: Haben die Schöpffen des Stadt-Gerichts zu Jüterbock von undencklichen Jahren etliche geistliche Lehen und Commenden, als Patroni und Comt-Herren, zu verleyhen gehabt, welche sie nach der Reformation als die Päbstischen Intonationes, Vigilien, Altaristen und dergleichen, worzu solche Einkünfften eigentlich gewidmet gewesen, aufgehört, in andere pios usus, Stipendia und Besoldungen der Kirchen- und Schul-Diener verwendet ꝛc. ꝛc. Illustr. Dn. à Seckendorff im Teutschen Fürsten-Staat. p. 2. c. 14. ibi: weil manches seines Ingenium, aus Mangel des Verlags, nichts lernet, die Reichen aber dafür halten, daß sie dessen nicht bedörffen, und dahero in allen Ständen grosser Mangel geschickter Leute, sonderlich bey Kirchen- und Schul-Diensten, auch bey Gerichtsstellen sich ereignet; So haben von Alters her die Lands-Herren, sonderlich nach der Religions-Aenderung, und da man ein und andere Clöster und Stifft eingezogen und dieselbe Clerisey samt ihrem Einkommen abgeschafft, viel Stipendia oder jährliche Reichung eines gewissen Geldes vor arme studirende Jugend, so wohl in Gymnasiis, als auf Universitäten verordnet ꝛc.

Die vierte Frage:

52 Ob unter denen Weckerlinischen Kindern auf solchen Fall nicht ein Unterschied zu machen, weilen sich der Sach biß anhero niemand als diese jetzige Imploranten Georg und Georg Friedrich die Weckerlin Vater und Sohn, welcher letztere bereits ein Söhnlein, so dieses Stipendium geniessen könte, hat, angenommen, oder ob diese reditus auf die gesamte zu den Studiis gewidmete Weckerlinische Kinder umzutheilen seyn möchten?

belangend, so hat der Aelteste des Geschlechts für seine Kinder, so wohl aus der Fundation der Stifftung, als insonderheit aus der complirten Præscription deren dickgemeldten Redituum ein jus quæsitum für andern, denn in der Fundation, ihme von dem Stiffter das Jus Patronatus ac facultas conferendi beneficium gegeben worden, und hat der Aelteste des Geschlechts daher von Zeit der Reformation biß ad annum 1650 die gestifftete reditus allzeit erhoben und genossen, consequenter ist demselben das jus percipiendi reditus illos per præscriptionem acquirirt und dergestalt zugewachsen, daß bey Anordnung und Verwendung derselben zu einem Stipendio auch billich daher dessen Kindern, wann sie zu den Studiis tüchtig und geschickt seyn, den Vorzug in Geniessung desselben haben, argumento eorum quæ tradit

Klock. *cit. Consil. 36. q. 4.*

in Mangel deren aber andere capable subjecta von der Familie, vel in defectum horum etiam andere zugewandte, oder auch gar fremde fähige Ingenia dazu admittiret werden, in gewisser determinirender Anzahl, damit sie etwas merckliches und erkleckliches zu Fortsetzung der Studien empfahen.

Nam si Stipendia nimis tenuia sint ac Scholares nihil aut parum subsidii ex parentum patrimonio vel aliunde habeant, exiguos in studiis facere possunt progressus, tempora enim quotidie pejus se habent, & indies crescit annonæ caritas, hinc plura, quæ olim constituta sunt Stipendia, quia hodie vix alimentationi sufficiunt, absque felici studiorum progressu, in Academiis consumuntur. Consultius igitur ac satius longe est Stipendiatorum numerum restringere & paucioribus, selectis tamen adolescentibus, ampliora conferre beneficia, quo Studiorum cursum felicius ac citius absolvere, majorique cum emolumento, fructu & gloriæ Ecclesiæ ac Reip. inservire queant. 53

Fritsch. *de Stipend. cap. 6. n. 5. seqq.*

Die fünffte Frage:

Wann diese reditus auf die gesamte Weckerlinische Kinder umzutheilen wären, ob nicht beede Imploranten ihre disfalls bereits ausgelegte und noch anwendende Unkosten vorhero vor einiger Niessung hinweg zu nehmen befugt seyn? 54

Scheinet

scheinet zwar ex dictis ad præcedentem quæstionem, daß nehmlich des Senioris Familiæ Kinder bey dem stifftenden Stipendio den Fürzug für andern haben, und es also nicht auf die gesamte Weckerlinische studirende Kinder umzutheilen seye, selbst hinweg zu fallen, wie sie concipirt ist, weil, indem der jetzige Senior keine studirende Kinder mehr hat, und dessen mit-consulirende Sohn, Georg Friedrich nach ihm in familia ætate maximus bereits einen zu den Studiis gewidmeten Filium hat, derselbige als præsentis Senioris nepos & futuris senioris filius, das Stipendium zu geniessen vor andern dergestalt bekommen wird, allein erachten wir doch, daß beyde Prætendenten auch bey solcher Anordnung des Stipendii ihre bereits ausgelegte und noch ferner auf Erlangung der redituum quæst. anzuwenden habender Unkosten vor einiger Niessung hinweg zu nehmen wohl befugt und berechtiget seyen, wann sie selbige nicht sponte dahinden lassen wollen, quia nec sic proprium, sed familiæ & imprimis futurorum familiæ Seniorum negotium gerunt, adeoque eos ad expensarum in eorundem commodum factarum refusionem ex negotiorum gestorum quasi contractu obligatos habent

arg. l. 3. §. 6. l. 21. §. de neg. gest.

Die sechste Frage ist

55 **Ob nicht die seit A. 1650. zuruck gebliebene Zinse und Gülten von der Stadt Ulm noch begehrt, und zu einem neuen Capital zu Vermehrung des Stipendii angelegt werden könnten?**

So wir nicht anders als mit Ja beantworten können, denn die Weckerlinische Familie damahlen schon das *jus percipiendi* reditus *hosce annuos a Burckardo* Weckerlin olim ab *Hospitali* emptos per præscriptionem acquirirt gehabt, und ist also der Hospital die in solchen Jahren seither verfallene jährliche Gülten und Zinsen ihnen zu reichen schuldig gewesen, dahero denn der Schluß von selbsten folgt, daß sie demnach mit Recht noch von denen Weckerlinischen gefordert und zu Vermehrung des aufrichtenden Stipendii angelegt werden können.

was endlich

Die siebende Frage

Ob die Herrschafft in Würtemberg 56
circa hanc transformationem Judex competens **und darinnen zu** disponiren **befugt?**

anlangt, so wird eigentlich, nachdem diese reditus von den Weckerlinischen schon für eigen præscribirt seyn, zu vornehmender Verwendung und Verordnung derselben zu einem Stipendio, keiner Obrigkeit Consens eben ad subsistentiam ordinandi Stipendii de jure nothwendig erfordert, weil sie antiquam suam qualitatem per præscriptionem schon verlohren, doch kan, wie obgemeldt, majoris authoritatis gratia, Serenissimi gnädigste Einwilligung und Confirmation fruchtbarlich adhibirt, und Ihro Hochfürstl. Durchl. unterthänigst ersuchet werden, als Supremus Patronus, zu beständiger Erhaltung der Stifftung supremam Superintendentiam gnädigst auf sich zu nehmen. Wann sie aber nicht als eigen 57
præscribirt worden wären, und ihre alte Qualität noch hätten gehabt, würde ad eorundem in Stipendium vel alium pium usum transformationem consensus Magistratus Civitatis Ulmensis Episcopale jus, in loco rei q. s. sitæ & ubi ordinatio olim facta, habentis erfordert worden seyn. Sollte aber die Stadt 58
Ulm noch itzo bey gegenwärtiger der Sachen Bewandtniß die Auslieferung der Zinsen und Güldten ferner difficultiren und die Weckerlinische wollten selbe mit Recht suchen, würde causæ hujus competens Judex weder Ihro Hochfürstl. Durchl. zu Würtemberg, noch Magistratus Ulmensis, sondern der Rath der Stadt Memmingen, Gemünd oder Biberach, als Judex Austregarius, in prima instantia seyn, ex Imperatoris Sigismundi privilegio,

de quo post alios testatur Limn. *Tom. IV. Jur. Publ. in addit. ad lib. 7. cap. 50. num. 7.*

Wollten solches ꝛc. ꝛc. Actum in Collegio Nostro d. 3. Febr. 1685.

CONSILIUM XII.

DE

Septi remoratorii sive Clusæ molaris, (in vernacula nostra Mühl-Wehr) ex pristino loco in alium translatione, & exinde à flumine vicinis horumque prædiis illato damno, ut & de actionibus ex eo descendentibus.

SUMMARIA.

CAsus narratio præmittitur a num. 1. usque 16. inclus.

17. Expetito judicari potest an actio subsidiaria contra Magistratum instituta sit.

18. Actio de aqua pluvia arcenda, cur in substrato non competat, & quid ad illam requiratur?

(*) *Descriptio actionis de aqua pluvia arcendâ.*

19. Non competit Actio de aqua pluvia arcenda,

cenda, quando per flumen illiusque aquæ cursum damnum alicui datum fuerit.

20. *Ratio hujus.*

(*) *Subjungitur hic Ludov. Molinæ & Rauchbari sententia de aqua pluvia.*

21. *Alia ratio ob quam actio aquæ pluviæ arcendæ hoc in casu non competit.*

(*) *Testis etiamsi sit unicus plenam fidem contra producentem meretur.*

22. & 23. *Judex vi clausulæ salutaris in fine libelli adjectæ, super alia magis commoda ratione in locum prioris substituenda pronunciare potest.*

24. *Vi hujus clausulæ omne remedium competens in judicium deductum censetur.*

25. *Eam adjiciens Judicem de officio interpellasse creditur.*

26. *Cur in casu proposito & quando in genere hoc obtineat?*

27. *Quænam juris remedia in casu præsenti rite & apte institui possint hic ostenditur.*

28. *Inter hæc primum locum invenit interdictum ne quid in flumine publico fiat.*

29. *Argumentum in contrarium.*

30. *Responsio ad illud.*

31. *Secundo locum hic invenit actio negatoria generalis.*

32. *Tertio Actio Legis Aquiliæ.*

33. *Cui tamen Glossa contrariatur.*

34. *Sed minus recte.*

35. *Ut ipsa Glossa tandem fatetur.*

36. *Actio Legis Aquiliæ de Jure Romano an contra hæredes competat?*

37. & 38. *Multi Ddrum sentiunt illam hodie adversus hæredes competere ex ratione ibi subjuncta.*

39. *Ampliatur hæc sententia.*

40. *Quam & ex Jure Canonico probare contendunt.*

41. *Imo plane de Jure Civili contra hæredem sub certo respectu dari autumant.*

42. *Contraria sententia verior.*

43. *Ratio hujus.*

44. *Quæ universaliter omnibus actionibus ex delicto descendentibus licet persecutoriis applicanda.*

45. *Deficit enim fundamentum transitionis actionum quod est repræsentatio defuncti.*

46. *Contraria huic Juris Canonici dispositio ejusque in foro Civili asserta generalis receptio in dubium merito vocatur.*

47. *Eo Judex præsertim respicere debet, an Actor intentionem suam probaverit.*

(α) *Nuda Actoris asserta fidem non merentur.*

(β) *Ex Superiorum permissu atque præscitu quæ fiunt, juste ac rite facta esse creduntur.*

48. *An ipse damnum quis det an occasionem præbeat, ad paria judicantur, hinc etiam causæ remotæ in damno ratio habetur.*

49. 50. & 51. *De certa ac propria scientia deponenti credendum.*

52. 53. 54. & 55. *Exempla culpæ omittendo commissæ.*

56. *Testium depositio pro Actore non statim damnum passum probat.*

57. *Nec relatio à Judice ad oculare m inspectionem Deputatorum semper hujus efficaciæ est, licet, damnum datum esse sat clare alleget.*

58. *Imo non semper confessio Rei erga Actorem.*

59. *Quid si testes de damno permanenti & intolerabili plane deponant, annon illud satis probatum censendum sit?*

60. *Damnum allegans illiusque resarcitionem petens, causam damni propriam ac veram præcise probare tenetur.*

61. *Frustra damni restitutionem petit, qui ipse in culpa est.*

62. *Absque dolo vel culpa damnum non infertur.*

63. & 64. *Testi verisimilia deponenti fides omnino habenda venit.*

65. *Inprimis si hoc per quinquaginta annorum spatium observasse confirmat.*

66. *Pluribus testibus fides omnino habenda venit.*

67. *Inprimis si illorum asserta juris dispositioni sunt consentanea.*

68. & 69. *Quidnam dicatur in Jure ripam munire?*

70. & 71. *Cuique liberum est prædia contra aquarum impetum tueri.*

72. *Cavere tamen debet talis in decem annos vicino opus nociturum non esse.*

73. *Cautio hæc ante opus factum quærenda.*

74. *Qui re sua utitur, damnum non dare censetur.*

75. *Quid si alteri damnum actualiter exinde oritur, an nihilominus hujusmodi permissum sit?*

75. *Irrationabilis plane illa prohibitiva constitutio habetur, quæ hodie hujusmodi opus conficiendum & conservationem rei propriæ impedit.*

76. 77. & 78. *Ridiculum plane censetur, de damno, quod faciliori via avertere quis potuisset, conqueri velle.*

79. & 80. *Quilibet negligentiæ suæ merito pœnam luit.*

81. & 82. *Imprimis si ab altero quis à damno sibi præcavendo fuerit admonitus.*

83. *Dehinc sibi habeat, quod tale Consilium spreverit.*

84. 85. 86. & 87. *Frustra culpæ & exinde dati damni quis incusatur, si causa damni ex alio longe fonte originem trahit.*

88. *Hinc etiam nulla actio exinde competit.*

89. *Suum enim cuique factum nocet.*

90. & 91. *Nec alterum in communionem illius trahere valet, sed damnum exinde acceptum ipse ferre tenetur.*

92. *Limites & signa per flumen separata mutationi semper sunt obnoxia.*

(*) *Flumina in dubio limites censentur.*

93. *Prædiorum, quæ fluminum, ripis terminantur,*

nantur, ſemper incerta poſſeſſio ac dubium dominium.

94. *Quomodo habeatur id quod per alluvionem alterius prædio accedit?*

95. *Ratio hujus.*

96. *Cum jure accreſcendi ad paria judicatur.*

97. *Quomodo damnum agris adverſis ex alluvione contingens, ſit conſiderandum?*

98. *Cur Romani ejus repetitionem prohibuerint?*

99. & 100. *Ratio generalis quare damnum ex alluvione proveniens, non attendatur.*

101. *Quod per alluvionem accreſcit, fit ſenſim, nec in hominum oculos incurrit.*

102. *Nec accedit alterius induſtria & calliditas.*

103. *Nec poteſt ſciri cujus antea fuerit adjectum.*

104. *Cauſa Efficiens alluvionis proxima hic oſtenditur.*

(*) *Torrens ſub flumine non comprehenditur & quare?*

105. *Modi quibus per flumen publicum alluvio contingit, hic oſtenduntur.*

106. *Forma alluvionis in acceſſione conſiſtit.*

(*) *Item in fluminis mutatione latenter facta.*

107. *Momentum hic pro atomo puncto accipitur.*

108. & 109. *Alluvio non informatur nec obſtat, licet alter dicat ſe vidiſſe vicino prædio aliquid accedere, ubi ſimul additur ratio.*

110. *Objectum alluvionis.*

111. *Illius Subjectum.*

112. *Romanorum cum noſtris agris quoad alluvionis jus plane comparari nequeunt.*

113. *Venditio prædii ſub clauſula* daß es ſich mindere und mehre, *an ad alluvionis jus recte extendatur?*

114. *An in alluvione omnis induſtria hominis exulare plane debeat?*

115. *Cautela ex Noe Meureri tractatu* vom Waſſer-Recht, *notatu maxime digna hic allegatur.*

116. *Ad juſtificandam alluvionem neutiquam requiritur, ut ignoretur cujus antea fuerit adjectum.*

117. *Quod ex jure alluvionis ſtricte accepto probari nequit, interdum vel coalitionis, vel alvei deſerti & exſiccati jure probatur.*

118. & 119. *Alveus fluminis vicinorum prædiorum partem conſtituit.*

120. *Sub vocabulo* Alt-Waſſer *quid proprie veniat, hic explicatur.*

121. *Actore non probante Reus eſt abſolvendus.*

122. *Jus ſuum, inprimis antiquum, nemini auferendum.*

123. *In ripa alterius appodiare ſe non licet.*

124. & 125. *Quid ſi de facto tale quid factum ſit?*

126. *Ripa quo reſpectu in privati ſit dominio?*

127. *Ex quanam ratione?*

128. *Sententia.*

129. *Judicis officium hoc omnino exigit, ut ante publicationem ſententiæ partes ad transactionem admoneat.*

1 Alls denen uns wieder zugeſchickten anjetzo hiebey wieder zurückkommenden Actis, in Sachen der Anwälde des Flecken Groſſen Ingersheim, Bietigheimer Amts, Klägern an einem, Herrn Licent. Kürners, als Gnädigſter Herrſchafft anderweit verordneten Procuratoris, Intervenienten am andern, wider des gemeinen Flecken Pleidelsheim, Marpacher Vogtey, conſtituirten Syndicum, und denn in ſpecie wider Simon Friderichen, Müllern daſelbſt uxor. nomine, item David Heinrichen und geſamte Innhabere des Armen-Caſtens zu Stuttgardt Widdum-Guts in Actis benannt, alle daſelbſten Verburgerte, beklagte am dritten Theile, ſo wir deren hohen Wichtigkeit nach zum andern mal, ſo bald es andere unumgängliche auch hochwichtige Amts-Geſchäffte zugelaſſen, mit behörigem Fleiße durchleſen und in darob gepflogener deliberation allen Umſtänden nach reifflich erwogen, haben wir erſehen,
2 daß, nachdem Ingersheimiſche Anwälde, wie auch Gnädigſter Herrſchafft verordneter Procurator interveniendo wider des gemeinen Flecken Pleidelsheim Gewalthabere, und obbenannte Perſonen in ſpecie geklaget, daß in Wiederaufbauung deren in Anno 1620. von ꝛc. Herrn Hertzog Johann Fridrichs Fürſtl. Durchl. auf unterthänigſtes ſuppliciren der Pleidelsheimer gnädigſt, gegen Reichung eines Jährlichen Canonis à 6. fl. an Geldt und 6. Scheffel Kern, nähiſt am Neckar zu erbauen, erlaubten, und würcklich darauf von ihnen Pleidelsheimern aufgerichteten, auch bis in Annum 1634. in guttem Eſſe erhaltenen, dazumalen aber temporis bellici injuria ruinirten und bis ad Annum 1676. alſo öd geſtandenen, in ermeldtem 1676ſten Jahr aber von Hanß Michel Hertzen, jetzigen uxorio nomine mitbeklagten Müllers Ehe-Vorfahren, deme ſie Pleidelsheimer ſelbige pro 530. fl. mit Fürſtl. Rent-Cammer, ſub hac conditione, wann der Kauffer den Canonem, ſo wohl an Gelde, welches Pleidelsheimer noch immerdar bezahlt, als Kerner, völlig abzutragen, nicht allein würcklich den Anfang machen würde, ſondern auch, es ſey gleich ſolche Mühle gar oder zum Theil erbauet, mit fortwähriger deſſen ohnabbrüchiger Abſtattung continuiren, ertheilten Conſens und Ratification verkauffet, wieder reparirten Mühlen, 1. ihme Hertzen nicht ge- 3
bührt mit Aenderung des Mühlfachs, ſo er nicht, wie das alte geſtanden, in gerader Linien eingerichtet, ſondern damit auf 90. Schuh in der Mitte gegen dem Fluß aufwärts zugefahren, den Lauff des Fluſſes zu ändern, und ihnen Klä-

gern dadurch dergleichen grossen Schaden zuzufügen, als ihnen jetzo würcklich geschehen, indem durch sothanen Bau das Wasser bey dem Aufsteigen und Anlauffen sehr gespannet, und sich gegen der Ingersheimer Marckung und Güter zu wenden, und allda einzureissen, gezwungen worden, gestalten dann der Augenschein ergeben, daß der Fluß ihnen in 500. Schritt lang Grund und Boden hinweggerissen, ja vor der Zeit um die 20. 30. Schritt weiter gegen Pleidelsheim geloffen, also ihnen Ingersheimern wohl in die 100. Morgen Felds den Strich herunter weggenommen, und denen Pleidelsheimern zugelegt, welcher Klagenden Ingersheimern verursachte Schad, wann keine Remedirung geschehe, noch immer grösser werden, und in kurtzem ihnen der Fluß alle Wiesen und Vieh-Weyde gar hinweg nehmen werde, weilen am Ingersheimer Gestade ein weicher sandiger Boden, am Pleidelsheimer Gestad aber ein felßsigter steinigter Grund.

4 Noch 2. dem David Heinrichen & Consorten geziemet, den bey ihren von dem Armen Kasten zu Stuttgardt erkaufft- und emphyteuseos jure innhabenden Widdum-Gütern angeflößeten Kieß-Banck dergestalten, wie sie gethan, mit Weiden zu überstecken, wodurch sie mit verursacht, daß der völlige Necker-Fluß von der, wegen veränderten dessen Lauffs, nunmehr gantz trucken gelegten Mühlen abgetrieben worden, und den starcken und grossen Einriß in die Ingersheimer Güter gethan, auch, wann nicht in Zeiten geholffen wird, besorglich noch ferner die übrige Ingersheimische Güter, so Gnädigster Herrschafft tacitæ hypothecæ nexu für das von deroselben justo & oneroso emptionis titulo pro 5298. fl. 35. kr. an sich gebrachte Erblehen des Fahr- und Fisch-Wassers, samt Wiesen, Wördt, Kieß und Weydach, verhafftet, angreiffen wird, und also zugleich auch Gnädigste Herrschafft, tam ratione hypothecæ suæ, quam canonis præstandi, gefähret werden:

5 Hergegen 3. Schultheiß, Burgermeistere und Gerichte zu Pleidelsheim obgelegen gewesen wäre, dem geänderten Mühlbau und angeflößten Kieß-Banck und Weydach bey des Armen Kastens Widdum-Gütern nicht also zuzusehen, sondern beydes zu verhindern, weil sie die Fürstl. Würtembergische Müller-Ordnung dazu verbindet, deswegen sie ob neglectum of-
6 ficium billig in subsidium gehalten. Und demnach nicht nur principaliter Klagende Ingersheimer, sondern auch Fürstl. Hr. Anwald, wegen der Gnädigsten Herrschafft dabey versirenden Interesse, gebeten, mit Urtheil und Recht zu erkennen, daß Simon Fridrichs Eheweib nicht allein das Mühlfach in den alten Stand wieder zu richten, mithin das Wasser von des Flecken Ingersheim Marckung, Wiesen und andern Gütern ab- in seinen vorigen Gang leiten zu helffen, und den Mühl-Graben weiter zu machen, sondern auch den Klägern hierdurch zugezogenen Schaden zu erstatten; David Heinrich cum Cons. aber das Kieß-Bett zu eröffnen, und den Weydach gleicher Gestalt abzuraumen; und dafern sie solches auf ihren Kosten zu præstiren nicht vermögten, Schultheiß, Burgermeister und Gericht zu Pleidelsheim den Abgang und Mangel für sich und im Namen gemeinen Fleckens zu ersetzen, und das Wesen in seinen vorigen Stand zu bringen schuldig seyn sollen, cum refus. expensarum.

Auf solche zugleich von denen Ingersheimern 7
und Fürstl. Anwalde erhobene Klage forderist Schultheiß, Burgermeister und Gericht zu Pleidelsheim exceptionem non competentis actionis opponirt, und litem negativè, negando narrata prout narrata, contestando zerschiedenes zu ihrer Defension angeführt, endlich aber gebeten, sie nicht allein von angestellter Klag zu absolviren, sondern auch bey ihrem von unerdencklichen Jahren ruhiglich gebrauchten Jure alluvionis zu manuteniren, und demnach ferner zu erkennen, daß ob auch Klagende Ingersheimer das Weydach quæstionis selbst abraumen, den Kieß-Banck öffnen, und das Wesen also wider den natürlichen Lauff und Gang des Flusses in alten Stand auf eigne Kosten richten wollten, oder Ihro Hochfürstl. Durchl. gnädigst verordnen wollten, daß solches suis sumptibus geschehe, Beklagte solches dennoch zu leiden nicht schuldig, sondern so ferne die Ingersheimer ihren vermeinten Schaden ja wenden, und Ihro Durchl. Dero geklagten Gütern je gerathen und geholffen sehen wollten, solches auf der Ingersheimer Grund und Boden, ohne Nachtheil deren Beklagten Zuwachs Rechtens, und anderster nicht bewerckstelliget werden sollte und möchte, Implor. Nob. judicis officio.

Hiernechst David Heinrich und übrige Inn- 8
habere des Armen Kastens zu Stuttgardt Widdum-Gütter eandem Litis contestationem paucis, mutatis mutandis, cum petitionibus similibus repetirt, und weil sie dieselbe sub conditione & qualitate des Nehmens und Gebens dem Armen Kasten Erb- Zinßlichen aberkaufft, dessen Pflegern litem denunciret. Num. Act. 20.

Nicht weniger endlich auch Simon Fridrich 9
uxor. nomine litis Contestationem qualificate negativam übergeben, und nachdem er darinn der Länge nach remonstrirt, daß die in libello conventionis namhafft gemachte actio und andere illi affinia remedia deren in jure erforderten Requisitis nach keinesweges wider ihn statt finden mögen, ebenfalls um Absolution gebeten.

Hierauf sodann beyde Theil sich ad proban- 10
dum offerirt, und noch einen Augenschein einzunehmen gebeten, (da bey der Zeugen Aufnahm Kr. einen Abriß des Neckerflusses Hrn. Commissario dem Rotulo Examinis beyzulegen übergeben, worwider aber Aa. nicht nur damahls, sondern auch hernach in ihrer überreichten Probation-Schrifft excipirt und protestirt. Nach eingekommenen Rotulis exa- 11
minum testium und Relation deren zum Augenschein deputirt und adhibirten Commissariorum

riorum beyde Partheyen einander das Juramentum calumniæ, und Aa. zugleich Rr. das juramentum judiciale über einige Articul deferirt, ſolche deferirte juramenta allerſeits gebührend abgelegt, und die übergebene Articul ſchuldigſter maſſen beantwortet worden, alſo darauf ex utraque parte reſpectivè Probation- und Refutation- Eventual- Schluß-Schrifften übergeben; hernach Rr. denen Aa. über den von ihnen bey der Commiſſion übergebenen Abriß des Fluſſes und der Gegend daherum, weil ſie auf ihren dawider opponirten exceptionibus noch immer beſtanden, das juramentum judiciale deferirt, zwey Articulos überreicht und auf ſelbe mittelſt deferirten Eydes Aa. zu vernehmen gebeten, wider welche Zumuthung des Eydes Aa. gleichfalls ex variis cauſis excipirt, endlich aber beyde Theil in hoc puncto dem Hrn. Richter hinterſetzet.

12 Darinnen auf daſſelbe hin wir in vorigem Bedencken auf Begehren des Herrn Richters unſere rechtliche Gedancken dahin ertheilt, daß der Abriß einigen der Sachen Verſtändigen zu dergleichen Verrichtungen entweder vorhin verpflichteten oder in Pflicht und Eyd zu nehmen habenden Perſonen zuzuſtellen und damit in rem præſentem zu ſchicken, mit dem Befehl alles gegen einander zu halten und zu beſchauen, pünctlich zu notiren, und dem Hrn. Richter wieder ob der Abriß in allem der Sachen gemäß oder nicht zu referiren, weil dadurch die Gewißheit des erſten Articuls und die Beſchaffenheit des eingegebenen Abriſſes füglicher als durch der Aa. Eyd zu erlernen; über dem andern à Rr. übergebenen Articul aber wären Aa. den ihnen deferirten Eyd zu

13 præſtiren per Interlocutum zu condemniren; Solchem zu Folge der Hr. Richter Chriſtian Reinwalden, Johann Heimb und Hannß Jacob Hepplern committirt, den Augenſchein einzunehmen und zu erkundigen, ob die Ichnographia dem Lauff des Fluſſes und Situation der daran ſtoſſenden Güter conform oder nicht, welche darauf Num. act. 64. referiret, daß ſie befunden, daß der erſte von denen dreyen ihnen mitgegebenen Abriſſen Num. 1. welchen Aa. ihrer Klag beygelegt ſub lit. D. dem jetzigen Statui gantz nicht conform, desgleichen der ſub Num. 3. (den Rr. mit der Litis Conteſtation eingelegt) & ſub Num. 2. der eben derjenige, ſo bey der Commiſſion und Zeugen Aufnahm dem Commiſſario übergeben, nicht nur den jetztmahligen Gang des Neckers nicht juſt anzeigen, ſondern auch die Kieſe nicht an den Ort, wo ſie hin gehörig, ſetzen, deswegen ſie vor nöthig erachtet, zu mehrer Erleuterung und endlichen Beſchluß des ſchwehren Rechts die wahre Beſchaffenheit klärlich in einem neuen Abriß vor Augen zu ſtellen, zugleich auch zu bedeuten, was und wer an der Verwüſtung dermahl ohngefährlich ſchuldig ſey, wie denn ſolches aus denen im neuen ſub Num. 65. den Actis beygelegten

14 Abriß exprimirten Zahlen zu ſehen. Und zwar zeige Num. 1. den erſten Einriß in der Pleydeſheimer Allmand, ſo den Gütern nicht ſonderlich, dermahlen aber gar nicht ſchädlich ſey, ſeyen auch die alldort ſtehende wilde Felben dem Augenſchein nach von ſelbſt erwachſen und nicht geſetzt. Num. 2. zeige an ein Kießbanck im Meß ein 4tel weniger 2 Ruthen haltend, ſo zwar dermahl keinen Schaden thue, allein verurſache der Gewalt des Waſſers, daß es im Eck und biß zu End des Geiſinger Zehendens einen ſtarcken Einriß thue. Num. 3. zeige im Meß ein Kieß, ſo noch nicht lang liege, doch ſchon mit einem Waaſen und ſteinfelben Beſchleim überzogen, von 9 und ſieben achtels Morgen, 4 Ruthen, 12 Schuhen, welcher Kießbanck der Mühl hauptſchädlich und leite den Gewalt des Waſſers gäntzlich auf der Ingersheimer eigenthumliche Güter und Wieſen, thue auch ſolchen mercklich groſſen Schaden und Einriß, indem gedachter Waſſers-Gewalt alldorten ein leimen Boden antreffe, ſo ſich gern abwaſche. Numerus 4. bemercke, das ob und zwiſchen dem Mühlfache gefloßte Kieß im Meß 2 Morgen 1 Ruthen haltend, ſo wegen ſeiner Höhe und Ausfüllung des Fachs der Mühl am ſchädlichſten, auch ſelbe gantz öde mache, liege ohngefähr in die 4 Schuh tieff, werde davon das gantze Mühlwehr bedeckt und ſeyen in die 10 Schuh hoch aufgewachſene Felben ſchon darauf geſtanden. Num. 5. zeige ein Kieß hinter dem Wehr im Maß 8. und einen halben Morgen, 7 Ruthen, 4 Schuh haltend, ſo der Mühl gantz keinen Schaden thue, aber auf Ingersheimer Seiten groſſe Uberleitung, und hätten ihres Erachtens allem Anſehen nach ermeldte Geiſinger und Ingersheimer, wo ſie mit Krippen und Streich-Wänden bey Zeiten vorkommen wären, ohngefährlichen vor ſolchem groſſen Schaden wohl ſeyn können. Desgleichen hat 15 Hr. Richter Aa. per Interlocutoriam das deferirte juramentum über den Innhalt des andern Articuls abzulegen injungirt, welches nach denen Rr. deferirten, a judice confirmirten, und drauf den 3 Decembris 1683. a Rr. würcklich abgelegtem Juramento malitiæ, Aa. durch zwey dazu deputirte und ſpeciali mandato verſehene Perſonen, namentlich Heinrich Kieſen von 58 Jahren, und Michel Eyperſpach von 36 Jahren, præſtirt, die vermög deſſen auf den andern Articul dieſes Innhalts: Wahr, daß der jenige Grab, ſo in dem a Rr. übergebenen Abriß der alte Fluß Ingersheimer Seiten beſchrieben iſt, vor der Zeit vom Neckar auch eingefloſſen geweſen, und daß man ſolchen nachgehends zu Ingersheim und ſonſten das Alt-Waſſer geheiſſen: ausgeſaget, daß zwar derjenige Grab quæſtionis, ſo in der Rr. Abriß der alte Fluß beſchrieben, das Alt-Waſſer genennet werde, der Neckar aber ſey niemahl dahinein geloffen, ſondern es ſey ein pur lauteres Moß und friſches Brunnen-Waſſer, werde nahends biß von Geiſingen herab geführet, müſſe von ihnen, wann ſie anders das Thal gebrauchen wollen, alle drey oder vier Jahr ausgeſchlagen werden,

wann auch der Neckar das gantze Wiesen-Thal wegnehmen sollte, würde er doch in diesen Graben nicht lauffen, dieser Graben sey an den Weinbergen herüberwärts nahends ein gantzen Büchsen-Schuß vom Neckar.

Auf welcheshin hernach die Partheyen allerseits per interlocutoriam dahin angewiesen, daß sie in principali beschlossen und hintersetzet.

16 Demnach dann nun wir Decanus und andere Doctores der Juristen-Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Würtembergischen Hohen Schuhl Tübingen freundlich ersucht worden, jetzo unser rechtliches Gutachten über die gantze Sach zu ertheilen, und was nunmehro darinnen definitive zu sprechen, dem Hrn. Richter an Hand zu geben, so können wir nicht besser thun, (weil die formalia Processus in allen Stücken richtig, ausser daß wir in Actis finden, daß David Heinrich in seiner litis contestation angebracht, daß er sein von des Armen Kastens zu Stuttgardt Widdum-Gütern inhabendes Viertel Wiesen vor zwanzig Jahren von seinem Schwäher dotis loco bekommen, demnach er, wann sein Weib, deren es in dotem gegeben worden, noch lebet, nicht proprio sondern uxorio nomine erscheinen und sich per cautionem rati legitimiren sollen, welches in dem Fall, da es sich also verhält, ante sententiæ publicationem noch zu thun, und eo nomine hactenus acta zugleich zu ratificiren haben wird,) als daß wir die Sach nach üblicher Gewohnheit der Relationen in den vier Fragen

1. Was vor eine Klag und Action erhoben?
2. Ob sie probiret und bestärcket?
3. Ob Beklagte der Kläger Action durch ihre exceptiones zu rechtlicher Genüge abgeleinet?
4. Was zu sprechen, und wie zu sententioniren sey?

examiniren.

So viel demnach die **erste Frage** belanget, so wird 1. Schultheiß, Burgermeister und Gericht zu Pleidelsheim actione in factum subsidiariâ belanget, indem klagende Ingersheimer, und Fürstl. Hr. Anwald, als Intervenient, in ihren übergebenen libellis bitten, zu erkennen und zu sprechen, daß Schultheiß, Burgermeister, Gericht und Rath zu Pleidesheim, weil sie dem geänderten Mühlbau und bey des Armen-Kastens zu Stuttgardt Widdum-Gütern angeflößten Kießbanck und Weydach also zugesehen, und solches durch Verbott nicht verhindert, wie sie vermög der Fürstl. Würtembergischen Müller-Ordnung thun sollen, schuldig und verbunden seyn, wann Simon Friedrich das Mühl-Fach in den alten Stand zu richten und David Heinrich ac Consl. das Kieß-Bett zu eröffnen, und den Weydach abzuraumen, um dadurch das Wasser von des Flecken Ingersheim Marckung, Wiesen und andern Gütern, ab- in seinen vorigen Gang zu leiten und zu führen, auch Aa. den verursachten Schaden zu erstatten, nicht vermögten, für sich und im Namen gemeinen Fleckens, den Abgang und Mangel zu ersetzen, und das Wesen in seinen vorigen Stand zu bringen.

Quæ petitio congruit naturæ actionis illius, quam adversus Magistratus, Administratores & Officiales publicos, ob culpam tàm commissionis, quàm omissionis (dum vel faciendo limites mandati officii excedunt, vel omittendo non inquirunt officii & vocationis suæ partes, aut volentes easdem omittunt, vel non libenter, aut non integrè vel assiduè faciunt;) & tàm levem, quàm latam, ad damnum datum resarciendum, competere, indubium est. 17

vid. Dd. *ad l. 6. ff. de admin. rer. civit.*
Mev. *ad Jus Lub. part. 2. tit. 3. n. 35.*
B. D. Mylerus *Hyparchol. cap. 16. n. 1. 2. 3. seqq. cap. 17. 18.*

2. Werden principaliter Simon Friedrich und David Heinrich ac Consortes belanget, jener das Mühl-Fach zu ändern, diese das bey ihren Gütern liegende Kießbett zu eröffnen, und das Weydach abzuraumen, dadurch den Fluß von der Aa. Gütern ab- und in den vorigen Gang zu leiten, und den, mittelst veränderten Mühl-Fachs, und allzusehr mit Weiden übersetzten Kießbodens, Aa. an ihren Gütern zugefügten grossen Schaden zu ersetzen. Und zwar exprimiren Aa. selbst das genus institutæ actionis, und machen namhafft actionem de aqua pluvia arcenda, meldende, daß sie sothane action nicht nur wider Simon Friedrichs Eheweib, sondern auch wider David Heinrichen & Consortes zu instituiren wohl berechtiget, auch wider diese sich ferner des interdicti nequid in flumine publico fiat, quo aqua aliter fluat, atque priori æstate fluxit, mit gutem Fug bedienen mögen. Es hat aber Simon Friedrichs Patronus causæ in litis contestatione mit mehrem ex jure dargethan und deducirt, daß die in libello nominetenus exprimirte actio de aqua pluvia arcenda, (quæ datur, quando quis opus aliquod in fundo suo fecit propter quod aqua pluvialis nocere possit fundo vicini, vel quando quis timet, ne aqua pluvialis propter opus manu factum per vicinum prædio ipsius damnum afferat, ad hoc, ut qui opus fecit illud destruat, 18

post Dd. *ad tit. ff. de aq. pluv. arcend.*
Boer. *Cons. 24. n. 34.* Petr. de Ravenna *sing. 864. & 865.*)

dißfalls, ob requisitorum illius actionis (quæ sunt 1. ut opus manu factum sit
l. 1. §. 1. §. 15. ff. de aq. pluv. arc.
2. in loco privato
l. 18. ff. d. t.
3. rustico
l. 1. §. 19. d. t.
4. privata authoritate
l. 2. §. 3. l. 23. d. t.
5. vicino non sciente vel patiente
l. 19. l. 20. j. l. 9. §. 1. d. t.

6. non

6. non agri colendi causa
l. 1. §. 3. l. 15. cit. tit.
7. ob quod opus aqua pluvia nocitura agro per influxum
l. 1. pr. & §. 17. 21. d. t. l. 8. §. 5. si serv. vindic.)

defectum maxima ex parte, keines weges Statt finden könne. Und ob wohl Aa. Patronus causæ darauf ein und anders in der Probation-Schrifft repliciret, und sein assertum de competentia actionis aquæ pluviæ arcendæ etlicher massen zu salviren suchet, so geschiehet doch solches mit schlechtem Effect und Nachdruck, und kan unsers Ermessens dasselbe ex jure nicht wohl behauptet, noch ermeldte Action dißfalls mit Nutzen contra unum vel alterum ex reis
19 intentirt werden, nicht nur allein weilen hier der Einbruch und Schade Aa. durch den offentlichen und allgemeinen, seine lebendige Quelle und immerwährenden Ursprung habenden, daher auch stets in seinem natürlichen Graben und Gang abwärts fliessenden, und nimmer eintrocknenden, Necker-Fluß geschehen; gedachte Action aber, wie die Appellation und Benam-
20 sung derselben selbst giebt, de aqua pluvia de cœlo cadente & imbre excrescente, ac propter opus manufactum damnum minante, concipirt ist, (wiewohl

(*) Lud. Molina *de Just. & Jure Tr. 2. Disp. 304. n. 3.*

schreibet: Nomine aquæ pluviæ hîc non solum intelligitur aqua imbrium, quæ de cœlo decidit, sive hyberna sive æstiva sit, sed etiam quæ cum illa mixta fluit, qualis est, quæ exscaturit ex fontibus & quæ in fluminibus fluit. Aqua enim fontium incrementum magnum accipit ex aqua pluvia, quæ terræ imbibita simul scaturit cum aqua ex aere in cavernis terræ generata, multumque aqua fontium ex pluvia pendet, si enim anno aliquo modicum pluat, fontes exsiccantur. Flumina vero ex aqua pluvia & fontium constant. Unde si ex opere aliquo aqua fontium aut fluminum vicino agro noceat, competit aquæ pluviæ arcendæ actio, ut id opus destruatur, & ut solvatur damnum post litem contestatam eâ aquâ datum.
Quibus paria ferè tradit

Andr. Rauchbar. *lib. 2. qu. 27. n. 10. 11.*

quanquam hæc actio, inquiens, concepta tantum sit de aqua pluvia, i. e. de aqua, quæ de cœlo cadit & imbre excrescit
l. 1. pr. & §. 17. de aqu. pluv. arc.

tamen in ea non attenditur, unde aqua oriatur, nam si ex publico loco oriens vel ex loco aliquo sacro, per fundum vicini discurrat, isque opere facto in meum fundum eam avertat, aquæ pluviæ arcendæ actione tenetur vicinus, ut &, sive aqua simplex cœlestis & pluvia, sive fontana palustris vel fluvialis cum mixta pluviatili vel cœlesti noceat,
d. l. 1. pr. & §. 15. 17. d. t.

vel etiam utilis actio de aqua pluvia arcenda dabitur, si alia aqua damnum attulerit, vel negatoria vel in factum.
l. 2. §. 5. d. t.)

sondern auch zumalen, weil die Mühle und das Wehr oder Fach in flumine publico, Sereniss. Principis indultu ac authoritate, & ita quidem, uti nunc est, ipsis Ingersheimensibus non modò scientibus, videntibus & patientibus, sed etiam suo modo approbantibus, erbauet und gemacht worden, (gestalten Testis decimus
21
ad Defens. 41. & 42.

ceu communis Aa. & Rr. testis, de quo alias Dd. tradunt, quod contra producentem deponens plenam mereatur fidem, etsi numero unus sit, nec repelli ab ipso possit, quia eo ipso, quod ad testimonium vocatus est, per eum approbatus esse videtur, ut inde non possit amplius sine magna causa repelli, etiamsi quoque à parte adversa sit productus. (*)

Farinac. *tr. de testibus q. 62. n. 237.* Carol. de Mæan *rer. judicat. p. 4. Obs. 313. n. 34.* Ant. de Amato *dec. 24. n. 23.* Joh. Cephal. *lib. 1. Cons. 65. n. 55.* Besold. *vol. 6. Cons. 296. n. 7.*

eidlich bekundtschafftet, daß da er das Mühl-Fach, so durch den Necker eingerissen gewesen, wieder bis an das Gestade gebauet, der Schultheiß und der Gemeine Burgermeister von Ingersheim zu ihm gekommen und gesagt, so sey es recht, sich auch erboten, sie wollten ihme Holtz dazu geben, wie er dann gleich mit ihnen hinauf in ihre Allmand gangen, allwo sie ihme etliche Weidenbäum zukommen lassen, und ungefähr 8. Wägen voll geben; haben ihme auch drey oder vier Ingersheimer in dem Tag-Lohn geschafft, und das Fach ausmachen helffen; Und deponiren

Test. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 17. ad Def. 43.

daß der Fleck Ingersheim so hoch und nahe am Necker-Fluß, wo die Pleidelsheimer Mühle sey, liege, daß sie das Fach qu. nicht allein täglich von ihren Fenstern und Häusern heraus vor dem Gesicht sondern auch ihre Fähr und Schiff, neben einem Fähr-Häußlein, wo täglich ihrer zwey sich aufhalten, nahe daran haben, täglich daherum fischen und wandeln, also die gantze Gemein den Bau wohl führen sehen, dennoch kein Mensch von ihnen bis zur Zeit dieser angefangenen Rechtfertigung das geringste nicht geklagt, juxta depositionem

Testis 10. ad Def. 44.)

desgleichen der Kieß durch den Fluß gelegt, die Weiden von selbsten aufgewachsen, also die meisten requisita actionis illius augenscheinlich ermanglen.

Ob nun aber der Hr. Richter nichts destoweniger vi clausulæ salutaris in fine libelli ad- 22
jectæ super alia Aa. magis commoda actione in locum illius substituenda ex officio zu pronunciren Fug und Macht habe, oder ob clausulâ illa adjecta non obstante potestas ipsius dergestalt ad actionem expressam co-

arctirt sey, daß er allein darüber erkennen und pronunciren müsse, noch auf einig anders genus actionis reflectiren könne, wie Beklagte wollen, ist die præjudicial-Frage, so allhier jetzo forderist zu erörtern?

23 Wir halten aber unsers Orts dafür, daß der Hr. Richter, ob clausulam illam: Worüber dann und was sonsten der Sachen Bewandtniß nach am geschicklichsten und formlichsten hätte sollen können oder mögen gebeten werden, das Mild- und Hülff-richterliche Amt um Ertheilung heylsamen Rechtens und Gerechtigkeit bester Massen imploriret wird, libello in fine annexam, super alia quam per errorem ab Aa. expressâ, ex narratis libelli resultante, actione zu pronunciren wohl befugt,

24 quia virtute illius clausulæ omnis actio, omneque remedium competens & ex narratis resultans in judicium deductum censetur, ut communiter notant

Dd. in c. dilectus. X. de ord. cognit. Mynsing. *cent. 4. Obs. 55.*

25 ac eam adjiciens judicem de officio suo impertiendo interpellasse videtur, ita, ut licet alias Judex fatuus esse dicatur, si pronunciet super non petitis, clausula tamen illa adjectâ, benè quod deest supplere, ac super non petitis etiam sine ullo metu vitii nullitatis tuto pronunciare possit, quemadmodum de Praxi Cameræ Imperialis quotidiana testatur

Gail. *1. Obs. 61. n. 10. in fin. & Obs. 108. n. 6. seqq.* Gylmann. *p. 1. t. 7. vot. 3. n. 6. seqq. & p. 3. t. 1. vot. 12. num. 14. seq.*

26 Hocque vel maximè ea de causa hîc obtinebit, quia res ipsa bene exposita, libelli conclusio rite concepta ac narratis libelli convenienter formata est, ita, ut ex eâ intentio & jus actorum sive petendi causa satis intelligi queat, quo casu actoribus nocere non debet, quod inconvenientem vel ad rem non pertinentem s. inadæquatam actionem errore ducti in libello expresserint aut nominaverint.

Dn. Struv. *in Evolut. Controv. in Syntagm. Jur. Civ. compreh. Ex. 5. th. 41.* Carpzov. *in Proc. tit. 6. art. 2. §. 2. n. 9.* Mev. *p. 3. dec. 351. in fin.* Brunnemann. *in Proc. Civ. cap. 5. n. 14.*

27 Aus den narratis libelli aber fliessen und resultiren folgende remedia Juris, so Klägern in casu præsenti, da die Aenderung des Mühlfachs und Uebersteckung des Kießbodens mit Weiden Ursach, daß der Fluß einen andern Gang gesucht, und ihnen ihrer Sage nach durch unzuläßige Aenderung des Mühlfachs, und wider die Gebühr und ausdrucklich Verbott beschehene Uebersteckung des Kießbodens mit Weiden der geklagte Schade von dem Fluß zugefüget worden, und sie deßwegen künfftig noch grössern Schaden zu befürchten, von Rechtswegen zukommen, als 1.) actio ex interdicto restitutorio:

28 Ne quid in flumine publico fiat, quo aqua aliter fluat, atque uti priori æstate fluxit, qua quidem cuilibet de populo experiri licet adversus eum, qui fecit aliquid in flumine ripave ejus, quo aqua cum vicinorum accolarum ad ripas illius prædia habentium detrimento, prædiis illorum nimirum rapidiori cursu detrahendo, vel qua alia ratione nocendo, aliter fluat atque priori æstate fluxit, ad hoc ut illud destruat, omnia in priorem statum reducat & restituat, damnaque data resarciat.

Dd. *ad d. tit. ff. ne quid in flum. publ.* Molina *de Just. & Jur. tr. 2. Disp. 704. n. 27.*

Non obstantibus iis, quæ in contrarium 29
adducit Davidis Heinrici & Consort. Patronus causæ in Litis contestatione, quasi hæc actio vel ex ea ratione hic locum invenire nequeat, quoniam si quis opus aliquod ultra annum habuerit, ac alter tum demum animadvertat solitum cursum per id immutatum esse, non amplius ea ceu annali præscriptione sublatâ uti possit

per tradita Struvii *Ex. 45. th. 92.*

quia quod dicitur annuo spacio interdi- 30
ctum illud exspirare, procedit, quando privati alicujus præjudicium solum vertitur & in vim præcepti executivi interdicto agitur, secus si moveatur ratione præjudicii publici & in vim actionis in factum intendatur, tum enim perpetuum est.

Coll. Jur. Arg. *ad d. t. th. 8. &* ab ipso Struvio allegatus se ita explicans Petr. Frider. Mindanus *tract. de interdict. tit. 6.*

2.) actio negatoria generalis, qua quis 31
itidem intendit, adversario jus non esse ita ædificare vel ædificatum aut opus factum habere, petitque, ut opus, unde damnum imminet, destruat, ac si quod inde jam subsecutum fuerit damnum, illud resarciat.

arg. l. 14. §. 1. l. 17. pr. ff. si servit. vind. l. 1. §. 17. ff. de aq. pluv. arcend. Bartol. *in l. 2. ff. de flumin. n. 9.* Molina *de J. & J. d. disp. 704. n. 4.*

3.) competirt sonst auch actio Legis Aquiliæ, 32
quam tali in casu omnino locum quoque invenire, satis manifesto probare videtur

arg. l. 2. C. de Leg. Aquil. ibi: *Quin etiam si aqua per injuriam alio derivata sit, ut in priorem statum restituatur, ejusdem Judicis cura impetrabis.*

Nam licet verba illa de interdicto: Quod 33
vi aut clam interpretetur

Glossa *in d. l.* quam probat Brunnemann. *ibid. n. 9.*

attamen probabilius est de eadem actione, 34
cujus in initialibus verbis & prima parte legis mentio facta est, illa quoque accipienda esse, quoniam sic aptius ultima legis pars priori cohæret, & rubrica tituli idem suadet, præsertim cum nulla nos cogat necessitas, ut de interdicto quod vi aut clam eadem interpretemur, quid enim prohibet, quo minus actione Legis Aquiliæ petamus,

ut

ut aqua per injuriam alio derivata in priorem ſtatum reſtituatur, & damnum quod inde nobis interim contigit, emendetur? Pertinetne id totum ad intereſſe noſtrum pecuniarium, ad quod actio Leg. Aquiliæ omnino competit, etſi etiam extra rem ſit.

l. 27. §. 32. ff. ad Leg. Aquil. l. 13. §. 2. de uſufruct. j. §. 10. Inſt. de Leg. Aquil. l. 21. §. f. l. ſeq. ff. eod. Salicet. *ad d. l. 2. n. 2.* Cyn. *ibid.*

35 Et hinc ipſamet Gloſſa quoque tandem fatetur, cum interdicto illo utilem Legis Aquiliæ actionem competere. **Allein kan dieſelbe hier wider des im Neckar ertrunckenen Hertzen Wittibe, als ſeine Erbin, nicht ſtatt finden.**

36 Utut enim nonnulli ita inferant, quod quamvis actio Legis Aquiliæ de Jure Civili Romano contra heredes non detur, quia eſt pœnalis mixta, ſi non ſemper ratione exiſtentiæ, tamen ratione aptitudinis, ut Brunnemannus loquitur

Exerc. ad Inſt. 24. ad §. 9. Inſt. de Leg. Aquil. ob §. 9. 13. Inſt. d. t. l. 2. pr. l. 21. §. 1. l. 27. §. 5. j. l. 23. §. 8. ff. eod. add. Bachov. *de action. Diſp. 5. th. 21.*

37 attamen hodie, illo damnum æſtimandi modo, qui Jure Civili obtinebat, obſoleto, fit mere rei perſecutoria

teſte Grœneweg. *ad d. §. 9.* Gudelino *de Jure noviſſ. lib. 3. tit. 13.* Struvio *Ex. 14. th. 25.* Brunnemanno *ad l. 27. §. 5. ff. ad Leg. Aquil.*

38 & hinc non modo in foro conſcientiæ omnino heres, ſi defunctus ex notabili culpa ad reſarciendum damnum injuſte datum obligatus fuerit, ad illud quoque reſtituendum, ſub reatu culpæ lethalis, teneatur ac devinctus ſit, juxta doctrinam

Molinæ *de J. & J. tr. 2. Diſp. 697. n. 34.*

39 licet, neque qui illud dedit, neque heres illius, ex eo locupletior factus fuerit,

tradente Molina *d. l.* & Joh. Valero Valentino, Carthuſiæ Majoricenſis Priore, *in different. utriusque for. voc. Reſtitutio. diff. 47.*

40 ſed & ex æquitate Juris Canonici ad idem obſtringatur, juxta

Mev. *part. 5. dec. 39.* & laudatum Joh. Valer. *cit. loc. arg. c. fin. x. de ſepult. c. Tua nos. 9. x. de uſur. & c. in literis 5. x. de raptor.*

41 id quod pluribus authoritatibus confirmat, quin ulterius & ex ratione Juris Civilis Legis Aquiliæ actionem, quatenus tantum intereſſe damni dati & non pœnam perſequitur, contra heredem dari, ſicque hactenus nullum inter Jus Civile & Canonicum etiam diſcrimen intercedere, probare ſatagit

Petr. Barboſa *ad l. ſi filiusfam. 15. cum l. ſeq. ff. de judic. n. 139. ſeqq.*

Quicquid vero tandem ſit de Jure Civili, ſane juxta æquitatem Juris Canonici contra heredes in conſcientia ad damni reſtitutionem obligatos actionem illam hodie dandam & ſecundum Juris Canon. diſpoſitionem in ſummis præſertim tribunalibus omnino pronunciandum eſſe dicit

Brunnemann. *ad l. 23. §. 8. ad L. Aquil.* ſubjungens ita etiam Facultatem Juridicam Francofurtenſem in cauſa civitatis alicujus contra Perſonæ illuſtris filium reſpondiſſe. *add.* idem *Conſ. 124. n. 12. 13.*

Attamen illatio & doctrina iſta nobis non 42
tantum admodum ſuſpecta eſt, ſed imo etiam prorſus vitioſa videtur. Nam actio Legis Aquiliæ, non ſolum ex illa ratione, contra heredes non datur, quia eſt pœnalis mixta, quam exprimit JCtus

in l. 23. §. 8. ff. ad L. Aquil.

& Imperator

in §. 9. Inſt. eod.

ſed vel maximè ex hac ratione, quia de- 43
ſcendit ex delicto, hæc etenim, ut univerſalis, non illa, ceu particularis, eſt genuina, adæquata & concludens ejus rei cauſa & ratio

arg. l. 4. §. fin. & ll. ſeqq. ff. de alien. jud. mut. cauſ. fact. cum ſimil.

haud enim tantùm actiones pœnales in he- 44
redem paſſivè tranſire negantur, ſed idem etiam de rei perſecutoriis ex delicto deſcendentibus paſſim in legibus traditur, &, eas contrà heredes, non niſi in quantum ex delicto ad illos pervenit, dari, dicitur,

ut in d. l. 4. §. fin. & ll. ſeqq. l. un. C. ex delict. defunct. in quant. hered. l. 44. de R. I. l. fin. C. rer. amot. l. 1. §. f. l. 3. pr. §. fin. ff. de vi & vi arm. l. 17. §. f. l. 26. de dol. mal.

quod & ratio actionum pœnalium tranſitionem paſſivam in heredes impediens, non minus in rei perſecutoriis, quam pœnalibus locum ſibi vindicans, perſonalitas nimirum delicti, qua repræſentatio defuncti excludi- 45
tur, confirmat.

B. D. Lauterbach. *Diſp. de tranſit. actionum. th. 35.*

Licet ideoque actionem Legis Aquiliæ hodie mere rei perſecutoriam eſſe concedamus, haud tamen inde ſequetur, eam adverſus heredes competere, ſed contrarium per dicta omnino ſtatuendum erit. Neque im- 46
merito etiam contrariam Juris Canonici diſpoſitionem, ejusque, in foro etiam civili, à Vinnio aſſertam receptionem generalem, in dubium vocat

Joh. Otto Tabor *racem. crim. 7. th. 23. pag. 372. ſeqq. & racem. 1. th. 64.* B. D. Lauterbach. *cit. Diſp. th. 39.*

Kan alſo der Herr Richter per deducta **von denen beeden erſtern** actionibus, **die wider geſammte** principaliter **Beklagte** competiren, **eine** vi ſalutaris illius clauſulæ in locum incongruè per errorem expreſſæ **gar wohl** ſubſtituiren **und darüber befindenden Dingen nach**, vel juxta petitum Aa. vel pro Rr. juxta eorum petitum, pronunciren. **Und weil**

nun dieses unserm Ermessen nach in so weit seine Richtigkeit hat, wird jetzo ohn weitern Um-
47 schweiff und Auffenthalt zu sehen seyn: Ob Klägere zu rechtlicher Gnüge ihre Intention erwiesen, daß nemlich der Müller das Mühlfach in Wieder-Erbauung der Mühl unzulässig geändert, (denn daß Aa. in ihrer Klag anziehen, daß diese Mühle qu. gleich von Anfang auf ihr der klagenden Ingersheimer Grund und Boden oder Marckung von den beklagten Pleidelsheimern erbauet sey, und ihnen Ingersheimern nicht nur an ihrer vorhin an solchem Fluß gehabten Mühlen Nutzen grossen Abbruch und Schaden gethan, sondern zumahlen auch an ihrem justo & oneroso emptionis titulo acquirirten Erb-Lehen des Fähr- und Fisch-Wassers sammt Wiesen, Wörthen, Kieß und Weydach nicht wenig præjudicire,
α ist gantz in keine consideration zu ziehen, weil sich das erste keineswegs erfunden, so viel aber das andere und dritte belangt, Rr. sicher stehen, weil sie die Mühle qu. nicht vor sich ad Aa. æmulationem, omni jure prohibitam, vel animo ipsis nocendi, ceu quod in dubio non præsumitur, nec ab Aa. probatum est,
β sondern auf Gnädigster Herrschafft Erlaubniß erbauet, laut Lit. A.)

48 Deßgleichen David Heinrich & Consortes ihre von dem Armen-Kasten zu Stuttgardt innhabende und jure emphyteuseos besitzende Widdum-Güter wider die Gebühr zu sehr mit Weiden übersteckt haben, und solche Aenderung des Mühlfachs und Übersteckung des Kießbodens mit Weiden die wahre, eigentliche und alleinige Ursach sey, daß der Neckar-Fluß jemehr und mehr sich gegen ihr der Ingersheimer Marckung zu gezogen, immer weiter in ihre Güter eingerissen, je länger je mehr davon hinweg genommen und der Beklagten Pleidelsheimer Seiten angelegt, endlich um den ersten Advent des 1679igsten Jahrs den grausamen Einriß oben am Ende des Fachs gethan, die Mühle gäntzlich trucken gelegt, und gleichsam einen neuen Alveum von ihren Gütern gemacht, sie Aa. also dadurch in den geklagten Schaden gekommen, daß ihnen in die 100. Morgen Felds den Strich herunter weggenommen worden, und solcher Schade daher von Tag zu Tage noch grösser, ja der gantze Fleck endlich mittelst Verliehrung aller ihrer Wiesen und Viehzucht gar ruiniret, und Gnädigste Herrschafft zugleich auch werde gefahret werden.

49 Da dann zwar nicht zu läugnen, daß Kläger ratione des Mühlfachs des Fürstl. Würtenbergischen Baumeisters Malventers de certa ac propria scientia deponentis Zeugnis für sich haben, daß dieses letztere Mühlfach nicht, wie das alte gewesen, gemacht worden, sondern man mit selbem bey nahe 90. Schuh in der Mitte weiter gegen dem Fluß aufwärts zugefahren, und es gegen dem alten in 3. Schuh höher gestellet, welches ihme der Augenschein gegeben, indem er auf Fürstl. Befehl denselben einnehmen müssen, da er an den Pfahl-Stötzen und übrigen altem Werck noch sehen können, wie weit das alte Wehr in seiner graden Linie sich erstreckt, wie er solches aussaget

ad Prob. 10. Ejusq; Interr. 1.

sich auf seine zu Fürstl. Cantzley erstattete dieses in sich haltende Relation beruffend, und

ad d. Prob. 10. Interr. 2.

judicirend, daß wann der Müller das Fach 50
dem alten nach gemacht, sich das Wasser vielmehr auf die Mühle gezogen, als da es so gebauet, daher auch nach Aussage

Test. 7. Rr. ad addit. 13.

die Mühl-Beschauer von Marpach nunmehro 51
vor 3. Jahren gesagt, daß es nicht recht gemacht, wiewohl

Testes fere omnes als 5. 7. 8. 10. 14. 16. ad Defens. 47.

deponiren daß man in solchen Flüssen wie der Neckar die Fächer so weit hinein machen müsse, als man das Wasser fassen könne, zum theil, als

Testis 5. 6. 10. ad Def. 48.

referirend, daß das Mündelsheimer eben auch wie das bis jenseits hinüber ans Gestad gebauet sey.

Dem Bau-Meister adminiculirt einiger massen ratione des geänderten Mühl-Fachs

Testis 5. add. Prob. 10. & Int. ejus 1.

der auch deponirt, daß er vermeine, daß das jetzige Fach etwas höher und weiter hinüber gebauet sey als das vorige gewesen.

Zweytens haben sie zu rechtlicher Gnüge er- 52
wiesen, daß ein Müller, wann er seinen Mühl-Graben rein haben und den freyen Wasserlauff auf die Mühl erhalten wolle, durch das Mühl-Wehr eine Floß-Gassen, dadurch das Kieß und ander Unrath weggetrieben werde, zu richten pflege

per deposit. Test. 3. 5. 6. 7. 9. ad Aa. addit. 17.

dergleichen aber hier bey Wieder-Erbauung 53
der Mühl nicht gemacht worden, da doch bey erster Aufrichtung derselben eine durch das Fach gerichtet gewesen, nach eigener Aussage der Beklagten. ad art. addit. 16. der Kläger.

Drittens haben Klägere auch rechtlich dar- 54
gethan, daß bey Wiederaufrichtung der Mühl qu. kein Eich-Pfahl gesetzt worden, damit der Müller wissen mögen, wie hoch er das Wasser zu spannen, als doch vermög der Neuen Mühl-Ordnung de Anno 1669. art. 8. geschehen sollen.

Test. 3. 9. ad Aa. addit. 20.

Wie auch die Reparirung ohne Vorwissen 55
und Beysein der Beamten, Mühl-Meister und Benachbarten ohne vorher eingenommenen Augenschein und ohne vorher beschehene Denunciation fürgenommen grad wider berührter Mühl-Ordnung

cit. art. 8.

Nicht weniger scheint 4. überflüßig erwiesen 56
zu seyn, daß der bey David Heinrichs & Consorten Gütern gelegte Kieß-Banck und Weydach nicht nur des Wassers Gang auf die Mühle, so wohl dem Müller als Gnädigster Herrschafft

ſchafft zu ſonderbarem Nachtheil verhindere, ſondern auch zugleich daſſelbe auf der Ingersheimer Seiten treibe, und die Einriſſe in deren Güter verurſache

per depoſitionem teſtium fere omnium ad Prob. 15.

denn allda bekundſchafften

Teſtis primus

ſey leicht zu erachten, daß durch ſolchen Kieß-Banck, Weiden und Felben der Lauff von der Mühle getrieben, und das Waſſer ſtärcker auf die andere Seiten ſchlage und Schaden bringe,

Teſtis ſecundus ibidem

daß durch den Kieß-Banck Weiden und Felben der Mühlen Schaden geſchehe, gebe der Augenſchein und könne er mit gutem Gewiſſen ſagen ꝛc.

Teſtis tertius

das ſey augenſcheinlich, daß das Kieß-Bett, Weiden und Felben verhindern, daß das Waſſer nicht auf die Mühle lauffen, der Müller alſo zu ſeinem Schaden nicht mahlen, und Gnädigſter Herrſchafft die Gebühr nicht erſtatten kan, und weilen das Waſſer auf Seiten Pleidelsheim auswerff, ſo erfolge daraus, daß es auf anderer Seiten einreiß.

Teſtis quartus

das könne er auch anderſter nicht ſagen.

Teſtis quintus

Ja wann das Kieß nicht wäre, ſo hätte der Müller Waſſer, und könnte Gnädigſter Herrſchafft beſſer zuhalten, geſchähe auch mit Einreiſſen denen von Ingersheim kein ſo groſſer Schade.

Teſtis decimus

Der Kieß und Weydach verurſachen freylich auch, daß das Waſſer nicht auf die Mühl lauff, und daß es auf Seiten Ingersheim deſto mehr einreiſſe ꝛc.

57 Welches auch die von dem Hrn. Richter letzmals zum Augenſchein Deputirte in ihrer erſtatteten Relation ſub Num. Act. 64. beſtättigen, und die Vernunfft ſelbſten zu geben ſcheinet, in dem ja ſolch Kieß-Bett und Weydach der Menſur nach wohl in die 9 und ſieben achtel Morgen, 4 Ruthen, 12 Schuh, in ſich hält, und weg zu führen viel tauſend Karren voll gibt, nach Ausſag

Teſtis 5. ad Prob. 16. Int. 5.

daher es nicht wohl anders ſeyn kan, als daß dadurch das Waſſer auf die andere läge Seite getrieben werde.

58 Daß 5. Klägere durch die Einriſſe des Waſſers in ihre Güter groſſen Schaden erlitten und viel von ihren Gütern verlohren, ſeynd die Partheyen einander geſtändig, und iſt zum Uberfluß ſolches durch der Zeugen Ausſag hin und wieder in beyden rotulis Examinum gnugſam erwieſen, wiewohl die von Klägern angegebene Quantität der ihnen abgenommenen und denen Beklagten zugelegten 100. Morgen Felds weder von Aa. wie recht erwieſen, noch von Rr. eingeſtanden, ſondern beſtändig widerſprochen worden, indem ſie melden, daß weil ſie in allem ſo viel Wieſen nicht haben, es per rerum naturam nicht ſeyn könne, und haben es gewiß die Untergänger von Bottwar, welche gedachte Quantität in ihrer Relation geſetzt, alſo ungleich von einem der Aa. gehört, wie es ſich denn dergeſtalt erfindet

in Rotulo Aa. fol. 50. fac. 1. & 2.

Und dann daß 6. der Kläger Schade von 59
Tag zu Tag je länger je gröſſer werden, wann man nicht verbaue und remedire, und ihnen der Fluß endlichen mit der Zeit alle Wieſen und Vieh-Zucht hinwegnehmen werde, bejachzen

Teſtes 1. 2. 3. 4. 5. 6. 10. 11. 12. ad Probat. 16. Int. 20. Teſt. 1. 11. 12. ad Prob. 28. Int. 10. Teſt. 1. 2. 3. 5. 6. 8. 10. 11. 12. ad Prob. 34. 35.

Dem allem aber ſey wie ihm wolle, ſo können wir doch ſalvo cujusque melius ſentientis judicio nicht erachten und es dafür halten, daß Klägere ihre intention und das rechte Fundament ihrer Klag, wie ſich zu recht gebührt, erwieſen und dargethan, denn es annoch an dem Hauptſtücke fehlet; geſtalten Klägere keines weges dargethan, daß der von ihnen bereits erlittene und künfftig noch beſorgende gröſſere Schade durch weiteres Einreiſſen des Fluſſes in ihre Güter, eigentlich, urſprünalich und alleine nur von der Aenderung des Mühl-Fachs, unterlaſſener Einſetzung des Eich-Pfahls, verſaumter Einrichtung der Floß-Gaſſen und von dem David Heinrich & Conſort. auf ihren Gütern etwan beſchehenen Steckung einiger weniger Weiden herrühre, und dieſe Dinge principaliter verurſachet haben, daß der Fluß je mehr und mehr ſich gegen der Ingersheimer Marckung zugezogen, in ihre Güter immer weiter eingeriſſen, ihnen je länger je mehr davon hinweggenommen, und Pleidelsheimern gegeben, endlich oben am Ende des Fachs durchgebrochen, partem alvei ſui verlaſſen und einen neuen Gang geſucht, alſo Klägere in faſt unwiederbringlichen Schaden gekommen und noch gröſſern zu befahren, auch gnädigſte Herrſchafft ſelbſt gefahret werde; ſondern es iſt viel mehr 61
ſo wohl durch der Klägere, als Beklagten Gezeugen erweißlich gemacht, daß bey Klägern die gröſte Schuld haffte, indem ſich aus der Zeugen eidlichen Ausſage klar ergibt,

Daß 1. zwar das Waſſer, ſonderlich wann es aufſteige und anlauffe, den Ingersheimern ziemlichen Schaden thue, wie die Einriſſe und der Augenſchein bezeugen, die Urſach aber könne man nicht dem Fache allein zuſchreiben,

Teſtis 12. ſo der Fürſtl. Würt. Baumeiſter ad Prob. 11.

Dann an der Ingersheimer Seiten habe der Fluß ein hohes Geſtad und Wandung, ſo daß das Waſſer einer Piquen tieff und theils Orten tieffer flieſſe,

Teſtes fere omnes ad d. Prob. 11. Int. 1.

an dergleichen Geſtaden und Wandungen das Waſſer im Aufſteigen und bey Eißgängen immer mehr einzureiſſen und abfallen zu machen pflege, zumalen wann anderer Seits, wie hier

bey Pleidelsheim die Wandung flach und also beschaffen, daß das Wasser seinem natürlichen Gang nach mehr davon abwärts fliesse, und seinen Anlauff der tieffen Wandung zu nehme oder habe.

Testes omnes ad d. Prob. 11. Int. 2. & 3.

welches auch weder durch Floßgassen, noch eingesetzte Eich-Pfäle, um daran zu mercken, wie hoch das Wasser zu spannen, verhütet werden kan.

62 2. Könne man die Ursach und Schuld dessen auch nicht eigentlich dem David Heinrich & Consort. beymessen, denn sie nicht schuldig, 1. daß sich der Kieß-Banck bey ihren vom Armen-Kasten zu Stuttgardt inhabenden Widdums-Gütern gelegt, sondern der Fluß habe solchen vor sich selbst successivè gelegt.

Testis 12. ad Prob. 14. ibi: daß der Kieß-Banck sich da gelegt, daran sey David Heinrich und seine Consortes nicht schuldig, der Neckar thue solches vor sich &c.

Testis 4. add. Prob. 14. Inst. 5. verbis: der Fluß des Wassers hab den Kieß gelegt.

Testis 5. ibid. das Wasser stosse den Kieß-Boden selber hin, und verlasse solchen,

Testis 6. ibid. glaube es nicht, scil. daß der Kieß-Boden ein durch Menschlichen Fleiß gearbeitetes Werck sey, halte es auch nicht dafür, sondern daß das Wasser ihn in seinem natürlichen Lauffe mache &c.

Test. 10. Zeug glaube, daß der Neckar solchen Kieß allein ohn menschliche Hülff hingelegt.

wie solches bey dergleichen Flüssen zu geschehen pfleget.

Test. 11. 12. ad Prob. 28. Int. 11. & 12. Test. 10. ad Prob. 16. Int. 6.

63 Dabey zu consideriren, daß, wann ein Fluß solchen Kieß-Boden einer Seits lege, er schon vorher, ehe und dann er den Kieß-Boden trucken lege, ander Seits einen Einriß gethan haben müsse, weil sonsten das Wasser, wann es nicht zuvor einen andern Platz mit Einreissen gewonnen, keinen trucknen Grund wie die Kieß-Boden seyn, legen und verlassen könnte, wie vernunfftmäßig raisonniren

Test. 4. 5. 6. 12. ad Prob. 16. Int. 6.

64 Demnach der Neckar-Fluß in der Kläger Güter schädliche Einrisse gethan, ehe und dann einmahl der Kieß bey diesen des David Heinrichs & Consort. Widdum-Gütern geleget worden, wie sich solches ex dictis testium klar herfür thut, als die bejahen, daß das Wasser den Ingersheimern vorlängst aller Orten eingerissen und weggenommen.

Test. 1. 11. 12. ad Prob. 28. Int. 2.

65 und zwar von oben zwischen Geisingen und Ingersheim schon vor 40. 50. Jahren, dadurch sich dann der Fluß immer mehr und mehr auf Ingersheimer Seiten gelenckt

Test. 1. ad Def. 3. Int. 3.

Noch 2. sie den Weydach also, wie er ist, gepflantzt und gemacht, denn wann dergleichen Kieß von dem Fluß trucken gelegt worden, wachsen von sich selbst Weyden darauf in einem viertel Jahr, ja fast über Nacht

Test. 2. ad Def. 3. Int. 3. Test. 1. 2. 3. 4. 4. 5. 6. 7. 8. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. ad def. 16. Iidem ad Def. 3. Int. 1.

welches kein Mensch im gantzen Neckar-Thal nach Aussage

Testis primi ibidem.

läugnen könne, und lege alsdann, wann Weiden darauf wachsen, der Kieß mehr und mehr zu, hergegen reisse das Wasser auf der andern Seiten immer weiter ein, und ändere successivè der Fluß gar seinen vorigen Lauff, wie es hier geschehen und sich im Werck erwiesen.

Test. 3. ad Def. 3. Int. 3.

Und ob wohl einige von diesem auf David Heinrichs & Cons. Gütern stehenden Weiden möchten von ihnen, der Güter Inhabern, gesetzt seyn worden, wie theils Zeugen conjecturiren, und daß sie solches gethan, als unzulässig, ihnen pro culpa will imputiret werden, dadurch sie Ursach dazu gegeben, daß sich der Fluß auf Ingersheimer Seiten gelencket, und sothane schädliche Einrisse gethan, ja endlich gar die mutatio alvei erfolget; So attestiren doch die meisten Gezeugen 66

ad Def. 3. Int. 1. & 2.

daß der wenigste Theil gepflantzt, der mehrere Theil aber dem Augenschein nach selbst gewachsen sey, und daß man wo Wasser-Flüsse seyn, zu Beschützung und Erhaltung der Gestade dem gemeinen Gebrauch nach Weiden zu pflantzen pflege.

Testis 1. ad Def. 22. qui inquit, das sey der gemeine Gebrauch durch das ganzen Neckar-Thal. Test. 2. 3. 6. 7. 8. 10. 13. 14. 15. 16. 17.

welches auch den gemeinen Rechten gemäß zu 67 seyn scheinet

per tx. in l. 1. C. de alluv. verbis: tamen ripam suam adversus rapidi amnis impetum munire prohibitum non est.

ubi quid sit munire ripam non obscurum 68 est

ex l. 1. §. 5. de flumin. & l. 7. §. 6. 7. ff. nequid in flum. publ.

nempe aggeribus factis aquam fluviatilem 69 coercere, ne facile erumpere in vicina prædia queat,

Hering. *de molendin. qu. 17. n. 13.*

qui aggeres ac munitiones alio nomine dicuntur munimenta, septa remoratoria, claustra, incilia, clusæ &c. in vernaculâ Wehren, Dämme,

vid. l. 37. §. 1. de religios. Nov. Leon. 120. l. 17. pr. de act. empt. l. 52. §. fin. de leg. 3. l. pen. ff. de extraord. crim.

Bartol.

Bartol. *in l. 2. de flumin. n. 12.* Joh. Gryphiand. *tr. de Inſul. c. 28. n. 18.* Franc. Stypman *de Jure mar. & naut. p. 2. c. 5. n. 397.*

70 Si ergo cuique liberum eſt, ejusmodi aggeribus ac operibus exſtructis prædia ſua contra aquarum impetum & erumpentes fluminis eluviones tueri & defendere

per d. l. 1. C. de alluv. Sigismundus Buchner. *de re & jure aquat. th. 66.* Mev. *p. 8. dec. 230.* Brunnem. *ad d. l. 1. add.* Hering, *de molend. q. 40. n. 19.* Gryphiander *d. c. 28. n. 46. 47. ubi notat, iſtiusmodi munitiones & exaggerationes etiam Jure civili inter opera & impenſas neceſſarias reputari, utpote ad perpetuam utilitatem ac incrementum agri, inſulæ provinciæ pertinentes. quod & probat* F. Stypman *d. l. n. 407.*

71 quidni & poſitis arboribus ac ſalictis? imo peculiari quoque edicto prohibetur, ne ullo modo vis fiat ei, qui in flumine publico, ripave ejus opus facit, ripæ agrive, qui circa ripam eſt, tuendi cauſa, dummodo opus hoc ſubeat ſine ipſius fluminis ac navigationis in illo, uſusve ripæ publici incommodo.

l. 1. pr. & §. 1. de rip. muniend.

72 Quo fine Prætor etiam edicto ſuo cavet, ut ripas muniturus vicinis & his, qui trans flumen agunt, in annos decem boni viri arbitratu caveat, vel juxta perſonæ conditionem ſatisdet, nociturum non eſſe.

l. 1. §. 11. de aq. pluv. arcend. d. l. 1. §. 4. de rip. muniend.

73 Sed cautio iſthæc ante opus factum quærenda, poſt perſequendi hoc interdicto nulla ſupereſt facultas.

d. l. 1. §. 5. de rip. mun. Fr. Stypman. *d. l. n. 404.*

Quin nec id ad prohibendam ſtructuram aggeris in ſuo ſufficere, ait

Mevius *p. 8. dec. 231.*

74 quod vicino exinde incommodum vel damnum aliquod obveniat, quia damnum dare non intelligitur, qui re & jure ſuo uti-
75 tur, quod & ita facere licet, ſi alteri quoddam inde oriatur; ſed id tantum in vitio & prohibitum eſſe inquit, ut nocendi animo ſtructura aggeris, vel alia ſuſcipiatur, quod in dubio non præſumitur in eo qui in ſuo facit licitum, multo minus, ubi finis non improbus apparet, isque aliquid neceſſitatis habet, ubi ſubeſt quando pro agro muniendo, colendo aggeres ſtruuntur.

conſentit Brunneman. *in l. 1. C. de alluvion. n. 5.* Gryphiander *de Inſul. c. 28. n. 52. per l. 1. §. 4. ne quid in flum. publ. l. 2. §. 9. de aq. pluv. arcend.*

Licet vero hodie nonnullibi eo ventum, ut ſi domini agrorum vicinorum vel quicunque alii impetum fluviorum in prædia ſua imminentium modico ſumptu queant velintque ſiſtere, tamen prohibeantur, ac ne palum quidem figere iis permittatur, etſi undæ erumpentes aliquando magnam partem fundorum & aliquot jugera licentius abſumant, attamen ſatis durum cenſetur ita rei ſuæ propriæ conſervationem & ab interitu liberationem prohibere, quin prohibitiones ejusmodi in ſe & natura ſua æquitati & rationi directo repugnare cordate pronunciat

Manz. *ad §. 4. Inſt. de rer. div.*

3. helffe zwar das geänderte Mühlfach und der Kieß-Boden ſamt dem Weydach in etwas zu der Aenderung des Fluſſes Lauffs und Einreiſſen in der Ingersheimer Güter,

Teſt. 12. ad Prob. 16. ejusque Int. 13. Teſt. 17. ad defenſ. 50. Teſt. 5. 7. ad d. Def. 50. Int. 4.

allein ſey 4. die eigendliche Urſach alles dieſes 76
Schadens, den die Ingersheimer durch das Einreiſſen des Waſſers, und Aenderung des Fluſſes Lauffs erlitten, und ſo der Mühlen, auch conſequenter Ihro Durchl. dadurch daß die Mühl-Brücken gelegt, zugewachſen, das unterlaſſene Bauen deren Ingersheimer, denn hätten ſie ihrer Seits zu ihrer Nothdurfft gebauet, hätte nicht allein die Mühle das Waſſer behalten, ſondern ſie hätten auch ihnen ſelbſten damit vor dieſem groſſen Schaden, den ſie erlitten, ſeyn können.

Teſt. 5. 12. ad Prob. 10. Int. 3. Teſt. 1. 2. 5. 6. 12. ad Prob. ult. Int. 1. Teſt. 6. 12. ad Prob. 16. Teſt. 1. 2. 4. 5. 6. 10. 12. ad d. Prob. 16. Int. 21. Teſt. 3. 6. 7. 9. ad Aa. addit. 17. Int. 3. Teſt. 3. 9. ad Aa. addit. 20. Int. 2. Teſt. 1. 2. 3. 4. 5. 7. 8. 10. 11. 14. 15. 16. 17. ad Def. 28. 45. 50.

Welches auch confirmiren die auf der Aa. An- 77
ſuchen von Heylbronn zum Augenſchein Deputirte in ihrer Relation bey der Aa. Rot. Exam. Num. 9. ibi: Wann die von Groſſen-Ingersheim hätten ihr Land bey rechter Zeit erhalten, gebaut, und mit Krippen und Streichwänden verſehen, ſo wäre der Kieß oberhalb der Mühl nicht gelegt worden, dieweil aber der Kieß dahin gelegt worden, ſo haben die von Pleidelsheim keine Schuld daran ꝛc. & ibi: wann ſie Ingersheimer obgedachte Krippen und Streichwände bey Zeiten gemacht, hätten ſie den Kieß-Banck leichtlich wieder abgetrieben ꝛc.

Desgleichen die noch letztmahls von dem Herrn Richter ex officio zum Augenſchein Deputirte in ihrer Relation Num. act. 64. ibi: und hätten Geiſinger und Ingersheimer, wo ſie mit Krippen oder Streichwänden bey Zeiten vorkommen wären, ohngefährlichen vor ſolchem groſſen Schaden wohl ſeyn können.

Die Pleidelsheimer haben Ingersheimer Sei- 78
ten die Einriß nicht verhüten können, ſie Ingersheimer hätten ſelber vorbauen ſollen.

Teſt. 4. 5. 12. ad Prob. 16. Int. 19.

Das Geſtade ſey vor 20 Jahren an einer Seiten geweſen, wie an der andern

Teſt. 3. ad Def. 13. Int. un. & Def. 17. Int. 2.

wie sich dann Testis secundus
ad Rr. addit. 10. Int. 2.
auch noch wohl erinnert, daß auf Pleidelsheimer Seiten, wo jetzo das Kieß, es eben wie Ingersheimer Seiten der Zeit bey einer Piquen tieff gewesen, habe aber auf Ingersheimer Seiten schon viel Jahr immer mehr und mehr eingerissen,
Test. 1. 3. 4. 10. 12. ad Def. 9. & 10.
auch je länger je grössere Tieffe unter sich genommen und einen völligen Schlauch bekommen
Test. 1. 2. 3. 4. 7. 8. 10. 11. 12. ad Def. 11.
daher an Pleidelsheimer Gestad nach und nach abgewichen,
Test. 3. 4. 7. 8. 10. 11. 12. 14. 15. 16. ad Def. 12.
ja es habe oben zwischen Geisingen und Ingersheim schon vor 40. 50. Jahren eingerissen, dadurch sich der Fluß auf die Ingersheimer Seiten immer mehrers gelencket.
Test. 1. ad Def. 3. Int. 3.
79 Wie man nun an End und Orten, wo dergleichen Wasser, wie der Neckar, fliessen und einzureissen beginnen, gleich zu Anfange vorzubauen, und an die Gestade gewisse Gebäue, welche gegen dem Wasser zwerch gesetzt werden, das Wasser damit im alten Lauff zu erhalten, und von dem Ort, wo es vermuthlich Schaden thun könnte abzutreiben, pfleget zu machen, dergleichen Gebäu das Gestade unfehlbarlich vor schädlichen Einrissen auf Manns-Dencken hinaus bewahren.
Test. 1. 2. 3. 4. 5. 7. 8. 10. 11. 14. 15. 16. 17. ad Def. 19. 20. 21.
80 Also hätten solches auch billig die Ingersheimer thun sollen, insonderheit da es ihr Gestad schon vor vielen Jahren höchst-nöthig gehabt, und sie es dazumalen noch mit geringen Kosten ausrichten können, also ihnen gar wohl möglich gewesen, und wann sie solcher gestalten in Zeiten nach Nothdurfft hätten vorgebauet, wären die Kiese nicht so groß und trucken gelegt worden,
81 und dieser erfolgte grosse Schad ihnen nicht geschehen, lieffe auch das Wasser noch auf dem Kieß Pleidelsheimer Seiten der Mühlen zu, wie solches eidlich aussagen und bestättigen
Test. 3. ad Def. 13. Int. un. Test. 1. 2. 3. 4. 5. 7. 8. 9. 10. 11. 14. 15. 16. 17. ad Def. 23. 27. 28. 29. Eorundem Interrog. Test. 2. ad Def. 50. Int. 4.
82 Ja wann sie Ingersheimer noch in anno 1678. da der Fürstl. Würt. Werckmeister ihnen gerathen ihr Gestad fürdersamst mit 12. grossen Hauptstössen und Krippen jeden mit zehen 60schuhigen Pfählen wohl zu befestigen, auch mit Weiden, Faschinen und mit grossen Steinen zu beschwehren, dann zwischen jeder solchen Stoß-Krippen dem Gestade nach noch ein dreyfache Krippen hinter einander zu machen, solche auch mit Steinen und Grund wohl auszufüllen, den Bau an den Wiesen in der Schräge wohl abzulopiren, auch das gantze Gestad dem Wasser nach mit jungen Weiden zu einem lebendigen Bau einzulegen, nach Aussage
Test. 10. 17. ad Def. 24.
solchem Rath und darauf erfolgten Fürstl. Befehl gefolget, wäre dieser letztere grosse Schad nicht geschehen. Aber sie seyn immer Acht-los und fahrläßig gewesen, nie gethan, was sie wohl thun können und sollen, und also den Fluß immer weiter greiffen und einreissen lassen, wie von solcher ihrer Nachläßigkeit und Unachtsamkeit die Testes integris paginis zeugen
in Exam. Test. Rr. fol. 40. 41. 50. 51. 52. 53. 54. & alibi passim.
Daß sie jetzo schwehrlich, oder doch wenigst, 83
nicht ohn grosse fast unerschwengliche Kosten, wegen der Tieffe des Wassers, werden bauen können, und rechte Wissenschafft dazu, daß man recht baue und grösserm Schaden in Zukunfft wehre, gehören werde.
Test. 1. 2. 3. 4. 7. 9. 10. 11. 14. 15. 16. 17. ad Def. 21. Int. 2. Test. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 14. 17. ad Rr. addit. 6. Int. 2.
Und könne 5. so weniger dem Müller wegen 84
geänderten Mühl-Fachs und David Heinrichen ac Consort. wegen des bey ihren Gütern gelegten Kieß-Bodens und Weydachs die Schuld des Einreissens und Schadens, item des geänderten Lauffs des Flusses einig, alleinig, oder nur hauptsächlich und wahrhafftig zugemessen werden, aus Ursachen, weil der Neckar seinem natürlichen Gang nach, sich schon von Beyhingen herunter ob dem Pleidelsheimer Ranck vielmehr geraden Lauffs deren Geisinger, denn deren Pleidelsheimer Seiten, zuwendet und anleget, und so fort vollends mehr auf das Ingersheimer, denn das Pleidelsheimer Gestad stracks zu und deme ex opposito entgegen, hergegen aber vom Pleidelsheimer Gestad an, welches er seinem natürlichen Lauff nach hinter sich hat, abwärts fliesset,
Test. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 10. 14. 15. 16. 17. ad Rr. addit. 2. & 3.
demnach sich mehr auf das Ingersheimer, 85
denn das Pleidelsheimer Gestad legen muß, es sey das Gewässer gleich groß oder klein, mit oder ohne Eiß.
iidem ad addit. 4.
Zudem die Ingersheimer ein hohes Gestad 86
und Wandung haben theils Orten einer Piquen hoch und höher, dagegen es Pleidelsheimer Seiten gantz flach, je grösser und höher nun die Wandung, je mehr das Wasser in seinem Wachsen und Zulegen, besonder wann das Eiß gehet, an dieser Wandung anschläget und geritzet, bis es die Wandung überfliessen und hernach erst seinen ungehinderten Gang haben kan.
iidem ad addit. 5. & Testes fere omnes itidem ad Prob. 11. Int. 2.
Derowegen je öffter das Aufsteigen und 87
Wachsen der Wasser geschiehet, je ehender dergleichen Wandungen nach und nach endlich durch solches Anschlagen und Geritzen pflegen einzufallen und damit die Einrisse zu geschehen,
iidem ad addit. 6.
wie es denn mit denen von Seiten Ingersheim klagenden Einrissen von Jahren zu Jahren also ergangen,

iidem

iidem ad addit. 7.

und der Fluß ihnen nicht nur bey dem untern Kieß, ſondern aller Orten eingeriſſen, und weggenommen, weil man nicht gewehret und gebauet hat.

Teſtes fere omnes ad Def. 3. Int. 4.

88 Wann dann ſolcher Geſtalten klagende Ingersheimer ſelbſt daran ſchuldig, daß der Fluß nach und nach mehr und mehr ihrer Seits eingeriſſen, endlich ſeinen Lauff einiger maſſen gar geändert, mithin die Mühle trucken gelegt worden, und ſie Aa. ſolchen Schaden erlitten, weil ſie die ripas zu muniren und vorzubauen unterlaſſen, können ſie deſſentwegen einige Reſtitution an beklagte Müllerin, David Heinrichen ac Conſortes, und Schultheißen Burgermeiſter Gericht und Rath des Flecken Pleidelsheim ulla actione nicht ſuchen.

Qui enim culpa ſua damnum ſentit, ei propria ſua culpa in tantum nocet, ut non modo rei periculum ad ipſum ſpectet, ſed & actionem nullam unquam ad damnum reſtituendum habeat

l. 203. de R. J.

89 factum enim cuique ſuum non alteri nocere debet

l. 155. de R. J.

90 merito ergo qui culpa ſua damnum ſentit, ipſemet, & ſolus quidem, illud ſuſtinere, nec alium in communionem ejus trahere aut vocare debet, quoniam reſtitutionis obligatio ex damno alteri per injuriam dato ſaltem oritur, damnum autem per injuriam dediſſe dicitur, qui libera ſua voluntate alterum invitum ac immerentem læſit, ubi vero propria patientis culpa perpeſſi damni cauſa extitit, inviti ac immerentis læſio ab alio libere volente profecta adeſſe dici poteſt minimè, potius qui culpa ſua damnum paſſus eſt, ſentire illud non videtur;

d. l. 203. de R. J. ibi Jacob Gothofr. *c. 86. eod. in 6.* ibi Brunnem.

91 Mögen auch was ihnen der Fluß durch Einreiſſen und Aenderung des Lauffs von ihrer Marckung und Gütern weggenommen und beklagten Pleidelsheimern zugelegt, von denſelben

92 nicht wieder fordern. Denn wo die Grentzen und Marckungen durch einen Fluß unterſchieden und abgeſondert ſind, wie hier der beyden Flecken groſſen Ingersheim und Pleidelsheim Marckungen durch den Neckar unterſchieden ſeyn, (weil 1. ſonſt keine gewiſſe Marckſtein erfunden worden, ohne daß ein Scheid-Stein zu End der Ingersheimer Marckung an der Geiſinger Wieſen geſtanden, der das Ende der Ingersheimer Marckung gegen Geiſingen hin bezeichnet, wie ſich ex depoſitione

Teſtium omnium ad Aa. Prob. 17. & ſeqq.

und aus der Rr. Beylag ſub lit. A. ergiebt. Daher auch, daß die Mühl auf Ingersheimer Grund und Boden erbauet, von ſich ſelbſt zerfällt; und 2. ohne dem dafür gehalten wird,

(*) quod flumina in dubio limites cenſeantur

poſt Paul. de Caſtro, Franc. Marcus *part. 2. dec. 343. n. 3.*)

da ſind dieſelbe ſehr unbeſtändig, auch die an den Geſtaden zu beyden Seiten ligende Güter den Veränderungen ſtets unterworffen, juxta illud Theodoſiii ac Valentinianii

in l. 11. Cod. Theod. Nov. tit. 9.

Alluvionum, quæ contingere ſolent in 93
prædiis, quæ ripis quorundam fluminum terminantur, ea natura eſt, ut ſemper incerta poſſeſſio, incertum ſit ejus dominium; nam quod hodie poſſidemus, nonnunquam altero die vicini fundi domino in alteram fluminis ripam translatum acquiritur, nec tamen apud eum, cui accreſcit, ſemper remanet, ſed plerumque redit ad priorem dominum cum augmento. Sæpe nec ap. poſteriorem manet, nec redit ad priorem ſed in arenam fluminis inundatione ſolvitur.

Und wird dasjenige, was ein ſolcher offent- 94
licher gemeiner zweyer Oerter Marckungen ſcheidender Fluß, einer ſeits von den an das Geſtade ſtoſſenden Gütern nach und nach hinweg nimmt, und anderſeits den daran gelegenen Gütern allgemach zulegt, ſo daß man nicht ſehen noch wohl mercken kan, um wie viel ſich ein Gut jeden Augenblick mehrt, dem gemeinen Völcker-Recht nach den Beſitzern der Güter, denen es nach und nach zugelegt worden, jure alluvionis, oder Krafft des Rechtens der Anflöſſung zugeeignet und mag von den vorigen Beſitzern, gleich als wäre es mit Recht durch ein Urtheil verlohren, keineswegs wieder gefordert werden. Geſtalten die Flüß und Waſſerſtröhm darinn den Richtern und Schiedemännern, die einem an ſeinem Gut etwas zuerkennen, einem andern hingegen abſprechen, gleich gehalten werden.

l. 30. §. 3. ibi: *flumina cenſitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum & vice verſa addicant. ff. de A. R. D.* Joh. Oettinger *de Jur. & controverſ. limit. lib. 2. c. 2.* Bapt. Aimus *de jur. alluv. l. 1. c. 16. n. 1. ſeqq.* Noe Meurer *vom Waſſer-Recht. part. 1.* ad verba: *Was das Waſſer unſerm Acker anhängt &c.*

Dahero die Beſitzer der durch Anflöſſung 95
vermehrten Güter ſolch ihnen zugelegtes mit gutem Fug und Recht behalten und behaupten können, um ſo mehr

Quia alluvio juſtiſſimus ac naturaliſſimus acquirendi dominii modus cenſetur

l. 2. ff. pro ſuo.

quoniam contingit per operationem naturæ ſuapte ſponte alterius fundo detractum prædio alterius adjicientis, ejusque domino appropriantis, ipſo non tantum ignorante, ſed etiam invito

arg. l. 39. de neg. geſt. l. 53. de ſolut. l. 20. §. 5. de ſerv. præd. urb. l. 30. §. fin. ff. ſi ſerv. vind.

cum flumen pro ipſo ſine facto ejus laboret

l. 30. §. f. de A. R. D.

eoque etiam alluvio comparetur juri accre- 96
ſcendi

ab Andr. Knichen *de veſtit. paction. lib. 1.*

c. 1. inf. arg. l. 33. §. fin. de usufruct. l. 13. §. 14. de act. empt.

ut per quod pariter portio heredis deficientis cohæredi conjuncto non solum latenter ac ipso jure sine ullo ejus facto, sed etiam invito accedit

Duaren. *de jur. accresc. l. 1. c. 3. & l. 2. c. 1.* Suev. *de jur. accresc. l. 3. c. 2.* Cornel. Schwanenburg. *sim. tr. c. 10. q. 1.* Val. Riemer. *sim. tr. p. 2. n. 12. 15.*

licet alias jus accrescendi à jure alluvionis differat.

Bapt. Aimus *de jur. alluv. l. 2. c. 2. n. 5.*

97 Et quamvis alluvionis incrementum raro sine damno agrorum adversorum contingat, tamen id damnum partim divinæ providentiæ accepto ferendum est,

arg. l. 2. C. de alluv.

quæ propter peccata hominum divitias uni quandoque subtrahi, easque alteri largitur, partim quoque propriæ hominum incuriæ ripas contra fluminis impetum, ut hîc, non satis munientium.

l. 1. C. d. t. ibi Perez. *n. 1. 2.* Peller. ad Klock. *de Ærar. lib. 2. c. 63. num. 3.* Gryphiand. *de Insul. c. 18. n. 10. 11.*

98 Quæ causa est, quare ejus, quod vis aquæ abstulisset, repetitio nemini apud Romanos concessa fuit, ut ea res necessitatem ripæ muniendæ injungeret

teste Aggeno Urbico *lib. de limit. agror. consentiente JCto in l. 1. §. 5. de flum.*

99 Deinde incrementi hujus incertitudo facit ut non attendatur damnum, quia fortuna utens fluvii ministerio, mutabilis in horas, quod hodie adjecit cras cum fœnore detrahere potest soletque, & vice versa

arg. l. 30. §. 3. l. 38. de A. R. D. l. 1. C. de alluv.

100 Accedit publica utilitas, privato commodo omnino anteponenda, & ne dominia sint in incerto

l. 1. de usurp. & usucap. j. l. 5. ff. pro suo.

& ne domini res suas negligenter habeant, nominatim verò ut ripas benè muniant ac tueantur, ob quam adeoque nec illud privatum damnum, præsertim quod quis sua culpa sensit, attendendum venit.

Eyben *Obs. Theor. Pract. ad Inst. Disq. 10. Obs. 7.* Fritsch. *in addit. ad* Bapt. Aimum *de jur. alluv. lib. 1. c. 5.* Jo. Gryphiand. *de Insul. c. 18. n. 5. seqq. qui addit n. 13. nullum subesse dubium, quin alluvionis incrementum agro vel regioni nostræ, etiam cum damno vicini, adjectum, bono jure, etiam in foro conscientiæ, retineri a nobis possit. arg. c. quo jure dist. 8. & quia Evangelium non tollit Politias.*

101 Und obwohl klagende Ingersheimer vermeynen, daß dasjenige, was die Pleidelsheimer von ihr der Aa. Gestade, Marckung und Gütern überkommen, mit Bestand Rechtens für kein incrementum alluvionis gehalten werden könne, weil es 1) nicht nach und nach, unvermerckt, sondern als Anno 1679. der Fluß bey dem Fach durchbrochen, durch einen Gewalt des Neckars gantz schein- und offenbarlich, so daß es männiglich auch die Einfältigsten gnugsam animadvertiren und sehen können, ihnen Pleidelsheimern zugeleget worden, deßwegen sie sich auf Testis noni depositiön

ad Rr. addit. 18.

und den zu zweymahlen eingenommenen Au- 102
genschein beruffen. 2) Ihnen nicht naturali accessione & solo fluminis motu aut fortunæ dono zugekommen und gegeben worden, sondern von ihnen interveniente proprio ipsorum facto, singulari opera, atque industria, imo calliditate procurirt, und zuwegen gebracht. 3.) Kund- und unlaugbar, daß was 103
Rr. jetzo pro tali incremento halten wollen, klagenden Ingersheimern zugehört habe, daher es pro alluvione nicht geachtet werden könne, quia ibi requiritur ut ignoretur, cujus antea fuerit, quod prædio alicujus adjectum;

So können wir doch unsers Orts nicht sehen oder finden, warum das der Rr. Gütern zugelegte nicht sollte mit Bestand Rechtens für ein incrementum alluvionis gehalten werden können. Denn vor eines ist ausser allem 104
Zweiffel, daß was die Pleidelsheimer von der Aa. Marckung und Gütern überkommen, ihnen der gemeine offentliche Fluß des Neckars, so seine lebendige Quelle und steten Lauff hat, angeleget, und also causa efficiens proxima alluvionis vorhanden.

Hæc enim est flumen

arg. §. 20. Inst. de rer. divis. ibi flumen adjicit. l. 7. §. 1. de A. R. D.

Flumina quippe eorumque more agrimensores aliis spatia tollunt, aliis terram concedunt, inquit

Cassador. *lib. 3. var. add. l. 30. §. 3. ff. de A. R. D.*

Intelligendum autem flumen proprie sic dictum, Publicum scil. quod vivum & perenne perpetuoque fluit

Angel. Mynsing. Schneidwin. & commun. Dd. *ad d. §. 20.*

(nam improprie & vulgi saltem consuetu- (*)
dine torrens etiam flumen dicitur

arg. l. 4. §. 1. ff. de R. D. §. 2. Inst. eod.

Cum enim ille momentaneus sit, nec perpetuo fluat, sed siccitate utplurimum exarescat, verum flumen non est, sed tale videtur, notante

post Dn. D. Rebhan *in Hodog. Jur. chart. 2. clim. 2. par. 1. th. 8.* Joh. Sebast. Gambs *Diss. de alluv. th. 11.*)

Quale flumen publicum Nicarum nostrum esse nemo sanus negabit. Et hinc etiam cordate Testes ad unum omnes

ad Def. 2.

deponunt: der Neckar-Fluß nehme und gebe bald an dieser, bald an jener Seiten, überall wo er fliesse.

Contingit verò per flumen publicum alluvio 105
duobus modis 1) per adjectionem, quando nimirum

nimirum flumen terram fundo alterius detractam alteri agro latenter adjicit. 2) per receſſum fluminis, qnando nimirum flumen paulatim recedendo terram ſiccam relinquit, quæ cedit agris cohærentibus

l. 38. de A. R. D.

utroque modo hic eam factam eſſe Acta probant.

106 2.) beſtehet die forma alluvionis in acceſſione ſeu ut Imperator

in §. 20. Inſt. de rer. diviſ.

vocat incremento latenti h. e. occulto ſenſimque procedente augmento, quando nimirum flumen ex una parte per minutiſſimas particulas addit ex alia, i. e. ex oppoſito diminuit & corrodit adeo latenter, ut per imbecillitatem viſus humani cognoſci minime poſſit, quantum quoque temporis mo-
(*) mento agro adverſo adjiciatur, (vel quando ſic paulatim recedit ex una in alteram partem, ut alveum ſuum, (quem ventrem fluminis vocat

Bartol. *in tr. Tyberiad. p. 3. de alv. pr.*

quia ita aquam continet, ſicut ſtomachus vinum

dicente Baldo *in rubr. de rer. div. n. 27.* Idem & alii vulgariter lectum fluminis etiam nominant, quod quaſi in ipſo flumen cubet.

Hering. *de molend. qu. 55. n. 28.*

ac German. des Fluſſes **Bauch oder Bett**, quoque reddit

Noe Meurer *vom Waſſer-Recht. part. 3.*
Franc. Stypman. *de jur. marit. & naut. p. 2. c. 5. n. 292.* Fritſch. *in addit. ad* Bapt. Aim. *l. 1. c. 112.*)

ſenſim deſerat, ſiccumque relinquat, alium lente quærens ac inveniens) ac licet quis etiam per totam diem diligentiſſime intueretur, haud tamen ex viſus imbecillitate ſubtilia incrementa perciperet, quemadmodum nemo in cucurbita, quantumvis citiſſime creſcat, quantum quoque temporis momento creſcat, viſu percipere ac diſcernere poteſt, lynceo ipſo licet oculatior, ut loquitur

Gloſſa *in d. §. 20. l. de R. D.* & Aimus *l. 1. c. 3. §. 1. n. 1.*

Et quisnam arenam quæ in formam agri paulatim redigitur dinumerare vel per ſingula momenta deſignare aut intelligere valeret? non incongrue ait

Mynſing. *in d. §. 20. lit. A.*

107 Momentum enim hic non pro latiori quodam temporis ſpatio, ut

ut l. 6. de uſucap. & alibi

ſed in proprio ſuo ſignificatu pro atomo ſive individua parte temporis accipitur, ſicut cum hereditatem ne momento quidem in perſona ejus, per quem acquiritur, ſubſiſtere dicimus, cum JCto

in l. 79. de acquir. hered.

108 An welcher Form hier auch kein Mangel erſcheinet, denn kein Zeug von Aa. produciret worden, der da ſagen könne, daß er gantz ſchein- und offenbarlich geſehen, und in acht

genommen, wie viel der Rr. Güter von Augenblick zu Augenblick zugenommen, ſich gemehrt und ihnen angelegt worden, obwohl nachdem es geſchehen geweſen, ein jeder geſehen, daß ſie um ein zimliches zugenommen, und durch nach und nach an- und trucken gelegt Kieß gemehret worden. Wodurch vielmehr die alluvion erwieſen, als deſtruirt wird, nach der Rechts-Lehr des Bartoli de Saxoferrato

in Tyberiad. p. 1. verſ. per alluſionem.
vom Waſſer-Recht p. 1.

und Noe Meurers

da er ſchreibet, daß wohl zu ſehen, daß das 109
Waſſer etwas anhencke, wie es aber immerzu von Augenblick zu Augenblick zunehm und wachs, als wie ein junger wachſender Knab, daß ſey nicht im Verſtand, und darum werde die Gerechtigkeit (des anhängens, oder Anflöſſung) durch 2. 3. Zeugen, welche bekundſchafften, daß ſie geſehen, daß allgemach der Anhang ſich gemehrt, und gröſſer worden, erwieſen. Gleichwie auch aus dem abtheilen des Platzes, der ſich gemehrt, wohl zu ſehen, welches ſich angehängt, dann ſo man den Theil, der ſich angehängt, für ſich ſelber anſehe, ſo ſey leichtlich zu verſtehen, wie der angehängte Theil ſich allgemach gemehrt, wie ſolches zugangen, daß es das Waſſer thun müſſen, ein anderer ſolches nicht hätte thun können ꝛc.

Wie den auch Teſtis noni *ad Rr. addit. 18.* depoſition mehr wider Aa. als vor ſie, indem ſelbige dahin gehet, daß der Fluß in 10. Jahren gar viel weggenommen. Ob das nun nicht nach und nach ihrer der Aa. ſeits eingeriſſen und hinweggenommen, hergegen an derer Pleidelsheimer Seiten angelegt, wie

Teſtes 4. 10. & 12. ad Def. 10. & Teſtes 17. ad Rr. addit. 7.

deponiren, heiſſen könne, läßt man einen jeden unpaſſionirten judiciren: So hat auch kein anders der Augenſchein gegeben. 3.) Iſt 110
das objectum alluvionis quælibet res alienis prædiis accedens & accreſcens.

vid. Bartol. in Tiberiad.

Hier ein Theil der Kläger Geſtads und daran ſtoſſenden Güter; und 4. das Subjectum 111
der Beklagten anderer Seits anreinende Güter, denen jenes angelegt worden, welche alſo beſchaffen, daß das Anflöſſungs-Recht wohl ſtatt finde, geſtalten es nicht dergleichen vermarckte Güter ſeynd, wie vorzeiten bey der Römer Regiment es gegeben, die dem gewiſſen Meß nach ausgetheilet, und entweder mit gemeinen Wegen und Straſſen, oder natürlichen und ſelbſt-gewachſenen Reinen eingemarckt geweſen, die deswegen Agri limitati genennet worden, und den Rechten der Anflöſſung ſeu alluvioni nicht unterworffen geweſen,

l. 16. de A. R. D.

maſſen ſolche mit der Römer Policey vorlängeſt 112
in Abgang kommen, und unſere eingeſteinte und gemeſſene Güter mit denſelben keinesweges quoad jus alluvionis verglichen werden können, ut rectè tradunt

Oettinger. *de jur. & controverſ. lim. lib. 2. c. 2. num. 9. ſeqq.* Joh. Sebaſt. Gambs. *de alluv. th. 45.* Gryphiand. *de Inſul. cap. 27. n. 51.*

113 Ja des Armen-Kaſtens Widdum-Güter in ſpecie auch den Innhabern ausdrücklich alſo, daß ſie ſich mindern und mehren, und alſo das Jus alluvionis darinn ſtatt habe, verkaufft worden.

Daß aber das angelegte Rr. nicht ſolo fluminis motu & naturali acceſſione zugekommen, ſondern proprio ipſorum facto ſingulari induſtria, imò calliditate von ihnen procuriret worden, iſt nicht erwieſen, und wann
114 ſie gleich auf das angelegte Kieß einige Weiden zu den ſelbſt aufgewachſenen geſteckt, könte ihnen ſolches doch zu Præjuditz ihres Rechtens der Anflöſſung nicht gereichen oder mißdeutet werden, juxta illud, quod ſcribit

Noe Meurer *vom Waſſer-Recht p. 1. ſuper verbo: angehengt. n. 5.*

115 hiſce formalibus: wiewohl aber der Text ſagt, was das Waſſer einem Gut allgemach angehengt, daß es mit dem Gut eigen werd und alſo dem Buchſtaben nach den Verſtand, daß das Waſſer in dieſem Fall ohn Hülff oder Zuthun Menſchlicher Arbeit oder Geſchicklichkeit geb und nehme, halt ich doch dem Gebrauch nach dafür, und gibt es die Erfahrung, iſt auch als eine ſondere Cautel wohl zu mercken, wann ſich ein Sand angehengt, man alsbald Weiden ſtecke, alsdann der aufgeworfene Sand und Schleim zu einem beſtändigen Wördt oder Anhang leichtlich und bald gemacht wird ꝛc.

add. Bapt. Aimus *lib. 1. c. 9.*

116 Daß auch von den Rechten ad juſtificandam alluvionem erfordert werde, ut ignoretur, cujus antea fuerit, quod per flumen paulatim alicujus prædio adjectum, wird ſchwerlich zu erweiſen ſeyn, und behauptet grad das widrige öffters allegirte

Bapt. Aimus JCtus Parmens. *p. 1. c. 6. n. 7. verbis:* Cum aſcientia vel ignorantia domini non pendeat jus vel acquirendi vel non acquirendi per alluvionem. Indifferenter enim nobis hoc jure incrementa quæruntur, nihilque alluvionis effectu remoratur ſcientia vel ignorantia, cujus res ſit delata &c.

117 Geſetzt aber, Rr. könnten nicht alles, was ſie durch Zulegung des Fluſſes und Aenderung deſſen Lauffs überkommen ex jure alluvionis ſtricte accepto behaupten, ſo können ſie doch, was ſie eo jure nicht erſtreiten mögen, theils jure coalitionis, theils jure alvei deſerti vel exſiccationis alvei, quæ ſub jure alluvionis latius ſumpto continentur, gleichfalls dem gemeinen Völcker-Recht nach ihnen optimo maximo jure zueignen und behaupten.

argumento eorum quæ tradit Bartol. *in Tiberiad: ſuper verbis, partem aliquam. & tr. de alveo.* Noe Meurer *vom Waſſer-Recht. part. 1. ad verba: ſo der Gevvalt des Waſſers &c. & p. 3.* Fritſchius *in addit. ad* Bapt. Aimum. *c. 7. & 8. lib. 1.*

Und zwar um ſo mehr, weil der alte verlaſſene 118
und ausgetrocknete Waſſer-Bauch oder alveus faſt ein Theil der Pleidelsheimer Seiten auf den Fluß ſtoſſenden Güter vor dieſem geweſen zu ſeyn ſcheinen will, quemadmodum de alveo in genere dicunt

Bachov. Ludwell. & alii *ad §. 20. de R. D.* Fritſch. *in addit. ad* Baptiſt. Aimum *cap. 9.*

eum revera eſſe partem vicinorum prædio- 119
rum, publicum autem dici *d. §. 20.* vel ratione uſus vel quod flumen eum adhuc tenens efficiat, ne privatorum jus in eo ſe exerere poſſit, & ideo etiam vicina prædia poſſidentibus iterum cedere ſi exſiccatus fuerit, eorumque jam uſu & proprietate rurſus eſſe incipere, quia populus eo non amplius utitur.

Und faſt vermuthlich, daß derjenige Grab, ſo in dem a Rr. Num. 2. producirten Abriß der alte Fluß Ingersheimer Seiten beſchrieben iſt, zu Ingersheim und ſonſten aber das Altwaſſer genennet wird, vor der Zeit auch vom Neckar eingefloſſen geweſen, alſo er ſeinen Gang An. 1679 um den Herrn- und Hummelwörth wieder zu ſuchen begehrt, wie Rr. in ihrer Litis conteſtation eingebracht, obgleich Heinrich Kieſer und Michel Eyperſpach poſt præſtitum Aa. delatum juramentum judiciale deponirt, daß der Neckar niemahlen in ſolchem Graben geloffen, ſondern ſey ein friſches Brunnen-Waſſer. Denn ipſa denominatio ein anders zu 120
geben ſcheinet, geſtalten eigentlich ein Altwaſſer diß genennet wird da der Fluß vor Alters gangen, welchen Ort man darnach mit Weiden, daß kein Fiſch weder aus- noch einkommen mögen, verſetzt, wiewohl dem Gebrauch nach zu reden, alte Waſſer auch genennet werden die Brüche vom Fluß, die ſich erhaben, da der Fluß aus dem Hammen gelofen, und ſolche Löcher gemacht,

Noe Meurer *vom Waſſer-Recht. p. 1. ſup. verb. angehengt. n. 12.*

und ſind dergleichen alte Waſſer gemeiniglich ſo alt und in ſo langem Gebrauch und Nutzung, daß niemand gedenckt oder zu ſagen weiß, wann ſie angefangen,

Noe Meurer *d. l.*

daher ermeldte beyde ab Aa. ad præſtandum juramentum jud. ipſis a Rr. delatum Deputirte, derer der letztere nur 36. Jahr, der erſtere 58. Jahr, wohl davon nicht wiſſen können, daß der Fluß vor Zeiten darinn geloffen, ſcientifice aber, daß er niemahl darinn geloffen nicht ſagen können.

Dem ſey aber wie ihm wolle, ſo erbricht 121
ſich aus bishero deducirtem nunmehro gnug von ſelbſten, daß, ſo viel die andere, dritte und vierte obgeſetzte Frage belangt, Klägere den rechten Grund ihrer Intention nicht, wie ſich zu recht gebührt, erwieſen, der Beklagten Exceptiones aber hergegen alſo bewandt und

durch

durch der Gezeugen eydliche Aussagen, wie auch die eingenommene Augenſcheine und davon erſtattete Relationes an das Tages-Licht gelegt worden, daß was zu ſprechen ſey, leicht zu erachten, nemlich, weil die Actiones ſammentlich aus einem Fundament gehen und flieſſen, Beklagte insgeſamt von denen wider ſie erhobenen Klagen zu abſolviren und vi Imploration. Nob. officii Judicis a Kr. factæ zugleich zu ſprechen, daß falls man Klagender Seits hiernechſt einen Waſſerbau zu Abkehrung ferneren Schadens vornehmen wollte, ſelbiger auf eignen Grund und Boden, ohngekränckt der Beklagten Zuwachs Rechtens, geſchehen ſolle, weil

122 1. ein jeder bey ſeinen wohl hergebrachten in Jure communi gegründten Recht, quale ex parte Rr. hic eſt jus alluvionis activum, zu

123 ſchützen und zu handhaben, 2. non licet pedem figere, ſeu, ut veteres ICti loquuntur, ſe appodiare in ripa alterius, ibi aliquid ex-

124 ſtruendo vel immittendo aut ponendo, & ſi hoc fiat, dominus illud propria authoritate deſtruere ac evellere poteſt,

arg. l. 29. §. 1. in fin. ad L. Aquil.

125 vel ſi mitior placeat proceſſus, contra illud interdicto agere valet

l. 5. §. 10. de N. O. N. Franc. Marc. *p. 2. dec. 347.*

126 quoniam in alieno ſolo quid facere, domino invito, legibus prohibitum eſt, ripæ autem dominii & proprietatis ratione ad privatos vicinorum prædiorum poſſeſſores ſpectant

§. 4. Inſt. de R. D. l. 15. l. 30. §. 1. de A. R. D.

127 non immeritò, quia vicinarum poſſeſſionum domini ex fluminibus præterlabentibus multa ferre incommoda, multas devorare moleſtias coguntur, jam quippe undarum impetu pars agri avellitur, jam imbribus eædem exagitatæ ex alveo ſuo ebulliunt, ſternentes paſſim ſata læta, boumque labores, muniendæ hinc ingentibus ſumptibus, & ampliandæ ripæ, parcendum nulli operæ. Id quod omne proprietatis riparum lucro, commodoque ut penſaretur æquitati omnino conſentaneum legumlatoribus viſum fuit, quia natura ipſa præcipit, ut quem incommoda commoda una ſequantur

l. 10. de R. J. Klock. *de Ærar. lib. 2. c. 63. n. 3. ſeq.*

Und möchte demnach dieſem koſtbaren Proceſs durch nachſtehende Urtheil, die wir denen Rechten und den uns zugeſchickten ausgeübten Actis, ſalvo cujusvis melius ſentientis judicio, gemäß erachten, ſeine Endſchafft gegeben werden.

Urtheil.

128 IN Sachen der Anwalde des Flecken Groſſen-Ingersheim, Bietigheimer-Amts, Klägern Eins, Hrn. Johann Ludwig Kürners, J. U. L. und Hochfürſtln. Cantzley-Advocati, als Gnädigſter Herrſchafft verordneten Procuratoris, Intervenjenten andern; wider des gemeinen Flecken Pleidelsheim, Marpacher-Vogtey, conſtituirten Syndicum und denn in ſpecie wider Simon Fridrichen Müllern daſelbſt uxorio nomine, item David Heinrichen und geſammte Inhabere des armen Caſtens zu Stuttgardt Widdum-Guts in actis benannt, alle daſelbſt zu Pleidelsheim verbürgerte, Beklagte dritten Theils, wird auf Klage, Antwort, eingelegte Documenta, geführten Beweiß und eingenommene Augenſcheine, auch all ander Gerichtlichs Fürbringen, nach gethanem Recht-Satz, genommenen Bedacht, und gehabten Rath, mit Urtheil zu Recht erkandt, daß Beklagte nicht allein von denen wider ſie erhobenen Klagen zu abſolviren; wie wir ſie dann davon hiemit abſolviren, ſondern auch bey ihrem wohl-hergebrachten und bißher ruhiglich gebrauchten Jure alluvionis zu manuteniren und da man gegenſeits hiernächſtens zu Abkehrung ferneren Schadens einigen Waſſer-Bau vornehmen wolte, ſolches ohngekränckt itztgeſagten der Beklagten Zuwachs Rechtens geſchehen ſolle; die hin und wieder auffgeloffene Gerichts-Koſten aber werden, aus Bewegniß, gegen einander compenſiret und verglichen.

Vor deren Publicirung aber könnte ſich 129
doch der Herr Richter nochmahls eifferigſt interponiren und verſuchen, ob er durch ernſtlichen Zuſpruch zwiſchen denen klagenden Ingersheimern und beklagten Pleidersheimern annoch einen gütlichen Vergleich zu wege bringen, und dieſe, durch Fürhaltung des itzo noch zweiffelhafften Ausgangs der Sach, und deren auch noch in ſecunda inſtantia auf das Recht gehenden groſſen Koſten, weil, die Urtheil falle auch itzo wie ſie wolle, und verliehre wer da wolle, doch ohne Zweiffel noch von ſelbigem, der verliehrt, werde appelliret werden, dahin bewegen könnte, daß ſie ſich erböthen zu dem auf Ingersheimer Seiten zu Abwendung fernern Schadens fürnehmenden Bau ein erkleckliches dißmahl ohn Præjuditz ins künfftig beyzuſchieſſen und geſchehen zu laſſen, daß der Fluß durch den ihnen angelegten Kieß und Zuwachs wieder auf die Mühl, wo möglich, gerichtet und geführet werden möchte.

Welches ꝛc.

Actum in Collegio Noſtro den 6 Maji 1685.

CONSILIUM XIII.

DE

Debito per Cessionem in alium translato.

SUMMARIA.

PRæmittitur Sententia num. 1.
2. In processu semper eo respicere debet Judex, cujus nomine quis agat.
3. Maritus aliter de Jure Civili aliter vero moribus modernis ratione rerum dotalium in judicio agit.
4. Respiciendum tamen ad cujusque loci consuetudinem.
5. Obligationis & Cessionis instrumento omnino credendum.
6. Quod lex non cantat nec nostrum est cantare.
7. Exceptio à Reo opposita probanda.
8. & 9. An idem in delegatione ac novatione in specie sic dicta requiratur? varia Ddrum sententia remissive hic continetur.
10. Delegatio duobus expeditur actibus.
11. Aliter fit de Jure Civili aliter moribus.
12. Instrumentum Cessionis in forma debet esse confectum, nec falsam pro vera causa exprimere debet.
13. Aliud est Cessio nominis in solutum facta & acceptata, aliud Cessio nominis simplex, diversumque effectum producunt.
14. Nemo suum jactare præsumitur.
15. Cessio quando nullius valoris habeatur?
16. Ad cessionem nominis in solutum factam quid requiratur?
17. Conditione non existente non incipit deberi?
18. Clausula constituti possessorii quid operetur?
19. Quotiescunque in causa aliquid dubii versatur, expensæ sunt compensandæ.

Urthel.

1 IN Sachen Rechtens sich haltend zwischen Hrn. Christoph Gabriel Mausbergern, Klägern an einem; So dann Hrn. Engelbert Höyern mandatario & litis defensorio nomine Beklagten am andern Theil, erkennen wir Burgermeister, Cammerer und Rath der Stadt Colberg, auf Klag, Antwort, eingelegte Document und all ander gerichtlich Ein- und Fürbringen, nach gethanem Rechtsatz, genommenem Bedacht und eingeholten Rath auswärtiger unpartheyischen Rechtsgelehrten, mit Urthel zu recht, daß Beklagter Klägern die geklagte Summ der 100 Gulden Capital samt den schuldigen Zinsen von dem aus seinem Unterpfande erlößten Kauffschilling versprochener Massen an guten Reichs-Thalern in specie bezahlen und entrichten, oder widrigen Falls, daß Kläger in die ihm cum clausula constituti possessorii zum Unterpfande eingesetzte Bude würcklich immittiret werde, gewärtig seyn, die beederseits aufgewendete Gerichts-Kosten aber aus Bewegniß gegen einander compensirt und verglichen seyn sollen.

Daß diese Urthel den Rechten und Uns zugeschickten Acten gemäß, bekennen wir Decanus und andere Doctores der Juristen Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Würtemb. Universität Tübingen Krafft fürgedruckten Facultæt-Insigels.

RATIONES DECIDENDI.

2 EHe wir die Ursachen, so uns zu Abfassung vorstehender Urthel bewogen anführen, müssen wir ratione Processus dieses erinnern, daß es allen aus den Actis herfürleuchtenden Umständen nach das Ansehen habe, als agire Christoph Gabriel Maursberger nicht proprio sondern uxorio nomine, dieweil die Schuld, so er fordert, nicht ihme, sondern seiner Ehefrauen ersten Manne Hrn. Dan. Stegern cedirt worden, von dem sie Zweiffels ohne auf sie hæreditario jure erwachsen seyn wird.
3 Und ob sie wohl von deroselben ihme in dotem zugebracht und gegeben seyn möchte, so ist doch bekandt, daß obgleich Jure Civili der Ehemann de rebus dotalibus tanquam de propriis non solum absque mandato, sed & sine cautione de rato, in judicio agiren kan, doch heutiges Tages an vielen Orten solches nicht observirt werde, sondern wann der Ehemann seines Eheweibes wegen klaget oder dieselbe in judicio vertritt, seine Person durch eine Vollmacht oder Caution de rato dißfals legitimiren müsse, obgleich die causa bona dotalia concernire.
vid. Moller. *lib. 1. sem. 18. n. 9.* Carpz. *p. 1. c. 1. d. 31. & in Proc. tit. 5. art. 6. n. 30. seqq.* Wibel. *de contr. mulier. cap. 3. §. 8. n. 8.*
4 Derowegen, wann dieses auch also in loco judicii gebräuchlich wäre, müßte er Herr Maursberger, ad evitandam nullitatem sententiæ, ante ejus publicationem, angehalten werden, sich dergestalt zu legitimiren und hactenus

ctenus acta & actitata uxoris nomine ratificiren, würde auch in der Urthel also zu gedencken seyn, additis nomini ipsius verbis: uxorio nomine.

Belangend nun die Sach an sich selbst, so
5 hat uns zu obstehender Urthel bewogen 1. daß die Schuld der 100 Gulden für sich, und wie sie legitimo jure auf Herrn Dan. Steger gekommen, klar und liquid, aus dem Instrumento obligationis & cessionis pag. 6. & 7. in actis enthalten. Daß aber 2. dieselbe legitimo aliquo obligationis tollendi modo extin-
6 guiret seyn sollte, finden wir nicht in Actis.

Dann obwohl beklagter Seits exceptio de-
7 legationis & cessionis ex titulo dationis in solutum factæ opponirt wird, so ist doch deren keine zu recht erwiesen; nicht jene, dann nicht zu gedencken quod multi perinde in delegatione atque in novatione in specie sic dicta,
8 ut de novandi atque veterem obligationem tollendi animo ex verbali partium declaratione & expressione constet, requirant,

vid. Stryk. *de cautel. contract. sect. 4. c. 2. §. 2.* Carpzov. *p. 2. c. 19. d. 15. & l. 5. Resp. 105.* Arum. *ad Dig. Ex. 16. th. 17.*

9 quia contrarium non sine ratione plurimi tam ex Italicis & Hispanicis quam ex Germanis nostris JCtis defendunt

vid. Franc. Marc. *p. 1. dec. 108. n. 2.* Costa *de fact. scient. & ign. c. 1. dist. 44.* Mastrillus *dec. 177.* Surd. *dec. 23.* Rot. Gen. *dec. 60. n. 11.* Mant. *de tacit. & ambig. convent. lib. 17. t. 8. n. 1.* Arum. *dec. 3. n. 21. seq.* Finckelthus. *Obs. 91.* Ruland. *p. 2. l. 9. c. 5. n. 1. seqq.* Mev. *p. 2. d. 240.* Zorer. *vom Münz-Wesen q. 6. n. 490.* Gail. *2. Obs. 30.* ibi Græv.

10 So ist bekandt, quod delegatio duobus expediatur actibus, quorum alter est inter delegantem & delegatum & perficitur mandato delegantis, cum is delegatum alteri solvere jubet; alter inter delegatum & eum
11 cui fit delegatio, qui Jure Civili stipulationem requirit, moribus vero etiam nudo pacto fieri potest.

Hahn. *ad tit. ff. de nov. n. 9.*

Von welchem letzten Actu hier nicht die geringste Anzeig in actis vorhanden ist.

So ist auch das hier zwischen Hrn. Christian Jaches und Hrn. Dan. Steger eine datio nominis in solutum oder perfecta cessio nominis ex titulo dationis in solutum geschehen seyn sollte, zu rechtlicher Gnüge nicht erwiesen.
12 Massen das in actis p. 19. von Hrn. Engelbert Höyer in Copiis producirte Instrument kein formliches zwischen Hrn. Steger und Hrn. Jaches aufgerichtetes Instrumentum cessionis, sondern eine Schrifft so nacher Neuen Stettin hinein geschickt worden, um desto eher die verheissene Stipendien-Gelder zu bekommen, deßwegen auch falsa pro vera causa darinn exprimirt. Wann man aber auch unpræjudicirlich setzt, es sey eine Cessio geschehen, und Herr Stegers Consensus tacitus in cessionem ipsi factam so wohl daraus, daß er diß Instrumentum in Händen, als aus dem, daß er unweigerlich von dem Rentmeister 30 Gulden angenommen, zu colligiren; So wäre sie doch 13
nicht pro cessione nominis in solutum facta & acceptata, vim solutionis habente & cedenti liberationem pariente, zu halten, sondern bloß pro cessione nominis simplici solutionis causa facta, ut eam plurimi vocant, zu æstimiren, quæ liberationis & solutionis effectum non sortitur, nisi secuta solutione, quia ipsi inest tacita conditio, si cessionario fuerit solutum, de qua

l. 27. §. fin. de leg. 3. post Gratianum, Surdum, Mastrillum, Tondutum, Cancerium, Fontanellam, Gutzmannum, Salgado, Leotardum, Alphonf. de Olea *tit. 7. q. 3. n. 19. sqq.* Burgund. *de evict. c. 11. n. 4.* Franzk. *ad tit. ff. de evict. n.*

Dann wer wollte glauben, daß Herr Steger so alber gewesen seyn sollte, daß er hätte die 14
Stipendien-Gelder in solutum angenommen für eine Schuld, dafür er generalem & specialem hypothecam publicam cum cl. constituti possessorii gehabt? so zeiget das Contrarium auch ferner gnugsam, daß er nach solcher Zeit, 15
da die Cession geschehen, sich noch an Jaches, als seinen Schuldner gehalten, und dieser sich hinwiederum dafür bekandt. Ja wann endlich auch der ungestandene Fall gesetzt wird, daß eine Cessio nominis in solutum facta zwischen ihnen vorgegangen, so wäre ihm ja kein verum nomen in solutum gegeben oder cedirt worden, 16
gestalten die Stipendien-Gelder dem Jaches nur ex gratia verheissen worden, und zwar sub conditione illa, wann er der Studien halber auf Universitäten leben würde, weil er aber des Rentmeisters Bericht nach auf Universitäten nicht so lang gelebt, sondern an andern Orten præceptorirt hat, hat er die Condition, darunter sie ihm versprochen, nicht adimplirt, derowegen auch das Debitum zu keiner Würcklichkeit kommen könne. Quod enim sub condi- 17
tione promittitur, ea non existente vel impleta non incipit deberi.

§. 4. Inst. de V. O.

Dem allem nach wir nochmals nicht anders erachten können, denn daß die Obligation de anno 1665. in ihren Kräfften geblieben, consequenter wann Herr Engelb. Höyer als Defensor Hrn. M. Joh. Jacob Jaches, Hrn. Klägern von dem erlößten Kauff-Schilling der verhypothecirten Bude nicht bezahlet, er ob claus. 18
constituti possessorii bey seiner Hypothec zu schützen und würcklich darein zu immittiren, und weil die Sache gleichwohl wegen der producirten Schrifft, darinn der Cession gedacht, nicht so gar klar gewesen, so, daß Beklagter auch fast selbst angestanden, die hinc inde aufgewandte Gerichts-Kosten zu compensiren.

Wollten solches ꝛc. Actum in Collegio nostro den 14ten Jan. 1686.

CONSILIUM XIV.

DE

Partu ab Uxore quinto Menſe poſt nuptias celebratas edito, & exinde a Marito quæſito divortio.

SUMMARIA.

PRæmittitur Sententia num. 1.

2. & 3. Res magni momenti etiam diligentem & ſollicitam cauſæ cognitionem requirunt.

4. Deſcriptio matrimonii ex Catechiſmo.

5. Homo uti in ſubſtantia ſua eſt inſeparabilis, ita & maritus & uxor eſſe cenſentur.

6. Ratio hujus.

7. Ipſius naturæ & conjugalis ſocietatis finis in hoc conſiſtit & exigit.

8. Nulla humana Societas tam arcta eſt ac conjugalis.

9. & 10. Probatur hoc ex jure corporum reciproco, & unitate perſonarum.

11. Quæ ſolummodo ex capite adulterii & malitioſæ deſertionis diſſolvitur.

12. Quid ſi ſponſa ante matrimonii confirmationem fornicata fuerit?

13. Quid ſi crimen fornicationis a ſponſa ante vel poſt ſponſalia commiſſum matrimonio jam contracto in mariti notitiam venerit?

14. & 15. Quid annullationem hujusmodi matrimonii putative contracti præcedere debeat?

16. An Maritus annullationem matrimonii petere valeat, ſi uxor in menſe quinto poſt nuptias celebratas partum perfectum in lucem ediderit?

17. 18. 19. & 20. Septimo demum menſe partus perfectus naſcitur.

21. Nulla melior quam ipſiusmet Reæ confeſſio.

22. Maritus partum pro ſuo non agnoſcens tempus primæ cohabitationis probare tenetur.

23. Ad nudum Actoris aſſertum conſcientioſus Judex Reum neutiquam condemnare debet.

24. Carnalis copula quomodo probetur?

25. Ad fortiores & validiores præſumtiones ſemper reſpiciendum venit, illasque Judex ſollicite ponderare tenetur.

26. Teſtimonii ſuſpecti & quaſi domeſtici exemplum.

27. & 28. Hinc extraneis teſtibus inſimulque impartialibus plus creditur.

29. Teſti affirmanti plus quam neganti creditur.

30. Teſtimonium veriſimilius minus tali merito præfertur.

31. 32. & 33. Teſti de omnibus rerum circumſtantiis accurate deponenti fides habenda venit.

32. & 33. Nemo alterum à teſtimonio dicendo arcere debet.

34. 35. & 36. Incertus & varius terminus nativitatis eſt, qui à DEI ſapientia & voluntate mere dependet.

37. Deficientibus præproperi concubitus argumentis impium reputatur divinæ ordinationis arcana in dubium vocare.

38. Sententia Medicorum & Philoſophorum de termino naſcendi fluxa, vaga multisque ambiguitatibus obnoxia eſt.

39. Plurium diverſæ opiniones recenſentur.

40. Cautela ratione termini nativitati hominis præſtituti hic commendatur.

41. & 42. Lex 12. ff. de ſtat. Hom. & L. 3. §. fin. de ſuis & legit. Her. circa computationem menſium eſt valde dubia ex ratione hic ſubjuncta.

43. & 44. An Hyppocrates lunares menſes ſtatuerit?

45. Allegantur Authores qui Legem 12. de ſtat. hom. de ſolaribus menſibus accipiunt.

46. Ulterior Explicatio l. 12. ff. de ſtat. hom. & l. 3. §. fin. de ſuis & legit. Her. ratione partus legitimi hic continetur.

47. & 48. Argumentum à contrario ſenſu deſumtum quotuplici reſpectu non valeat?

49. Ad evitandum abſurdum argumentum ex verbis Legis 12. de ſtat. hom. & l. 3. §. fin. de ſuis & legit. Her. ſimpliciter deſumtum non poteſt admitti.

50. Partum ſexto vel ſeptimo menſe vitalem non eſſe, quomodo ſit intelligendum?

51. Motus fœtus vel citius vel tardius obſervatur.

52. Non omnes infantes de æquali robore vel debilitate in utero participant.

53. Exempla de partu ſemeſtri maturo ac perfecto.

54. 55. & 56. Item de hujusmodi quinquimeſtri, ut & partu ante ſeptimum menſem edito.

57. 58. & 59. Terror ad partum præmaturum multum confert.

60. Partus debilitas etiam probe ponderari debet.

61. Confeſſio Rei, ut aliquid in ipſius præjudicium operetur, debet eſſe certa, & judici de ipſa ſatis conſtare.

62. & 63. Actori confeſſionem à Reo ipſi factam alleganti rariſſime credendum.

64. & 65. Levia & remota plane indicia non attenduntur.

66. Fortiores præſumtiones minus talibus omnino præferendæ.

67. Quo-

67. *Quotidiana cum fœmina conversatio præmaturi concubitus indicium parit.*
68. *Ut & singularis amoris ardor.*
69. *Pariter alterius ancillæ impregnatio.*
70. *Bona puellæ fama præsumtionem pro illa facit inviolabiliter conservatæ pudicitiæ usque ad primum cum Actore coitum.*
71. *Bona fama quid operetur?*
72. & 73. *Pro virginitate præsumendum donec contrarium probetur.*
74. *Non præsumitur sponsam ab extraneo fuisse impregnatam.*
75. *Quid sentiendum de confessione & assertione puerperæ in partus doloribus pronunciata?*
76. *In articulo mortis constitutus nemo mentiri creditur.*
77. & 78. *Signum partus cum patre in corporis aliqua parte commune præsumtionem paternitatis generat.*
79. *usque 84. Recensentur & continentur plures circumstantiæ, ex quibus tacita confessio elicitur, quod quis partum pro suo agnoscat.*
85. *Sua cuilibet confessio præjudicat, nec vana & levis excusatio attenditur.*
86. *Mendacia & abnegationes multum suspicionis pariunt.*
87. *Maritus ob injuriam Uxori illatam ad deprecationem ipsi tenetur.*
88. *Causa principali Decisa, de accessorio non amplius est quæstio.*
89. *Ob juramentum Calumniæ generale semel petitum sed neglectum, totus processus vitiatur & sententia ipso jure nulla redditur.*
90. *Cur in substrato hoc non attendatur?*
91. *Judex in exactione juramentorum valde cautus esse debet.*

Urthel.

1 IN Ehe-Sachen Frantz Adam K. an Einem; entgegen und wider Annen P. dessen Ehe-Fraue, Beklagtin am andern Theil, bekennen wir Burgermeister und Rath des Heil. Römischen Reichs Stadt Bremen auf Klage, Antwort, geführte Kundschafften, und all ander Gerichtliches Fürbringen, nach gethanem Recht-Satz, genommenen Bedacht, und eingeholtem Rath auswärtiger unpartheyischen Rechts-Gelehrten, für Recht, daß Beklagtin von der wider sie angestellten Klag gäntzlich zu absolviren, und Kläger sie samt dem Kinde wieder zu sich zu nehmen, und mit ihr, wie rechten Ehe-Leuten zustehet und gebühret, zu leben, und zu hausen, auch ihro alle in dieser Sache aufgeloffene Unkosten zu erstatten schuldig und verbunden sey. Wie wir dann hiemit respective sie davon absolviren, und ihn dazu condemniren. V. R. W.

Daß diese Urthel denen Rechten und Uns zugeschickten Acten gemäß, bekennen wir Decanus und andere Doctores der Juristen-Facultät bey gemeiner Hoch-Fürstlichen Würtemb. Universität Tübingen, urkundlich beygedruckten Unserer Facultät grossen Insigels.

2 DEmnach uns dem verordneten Decano und andern Doctoribus der Juristen-Facultät bey gemeiner Hoch-Fürstl. Würtembergischen Universität Tübingen hiebey wieder zurück kommende, ad definitivam usque ausgeübte Acta in Ehe-Sachen Frantz Adam K. contra Annam P. seine Ehefrau, per expressum zugesandt worden, mit Begehren, wir wollten diese collegialiter mit Fleiß verlesen, reifflich und wohl erwegen, was wir den Actis und Rechten gemäß zu seyn erachten möchten, in einen oder mehr formliche Bescheide verfassen, und selbigen oder selbige nebenst den rationibus decidendi, so uns zu Abfassung deren bewogen, Unsern Hochgeehrten Herren durch den deswegen zu Lieb abgefertigten Boten, unter unserer Facultät Insiegel, bey den Actis wohl verwahrt wieder einschicken; So haben wir zu dienstlicher Willfahr- und Beförderung der hochtheuren Justiz unsern obhabenden Pflichten nach, gesamte Acta mit gebührendem Fleiß durchlesen, die Sach nach allen Umständen reifflich, wie es deren hohe Wichtigkeit er-
3 fordert, gestalten sie nicht nur Ehr und Gebühr, sondern zumalen auch die gesuchte Trennung und Auflösung des Ehe-Bands zwischen zweyen Personen, die die kurtze Zeit ihres Ehestands wohl und liebreich mit einander gelebt, betrifft, in versammletem Collegio überleget, nicht anders aber schliessen und einstimmig erachten können, denn das für die Beklagte darinn zu sprechen, wie vorstehende Urthel ergiebt, und zwar aus folgenden Gründen und Ursachen.

Fürs erste considériren wir, daß der Ehe- 4
stand eine von GOtt selbst geordnete unzertrennliche und unauflößliche Vereinigung eines Mannes und Weibes sey, zu dem Ende, daß sie die Zeit ihres Lebens einander sich helffen nähren und mehren, eingesetzt, wordurch Mann und Weib so nahe und fest verknüpffet und verbunden werden, daß sie gleichsam Ein Leib seyn.

v. Scherzer *System. Theol. Loc. 27. §. 17.*

Darum wie ein Mensch ohne Verletzung sei- 5
nes Wesens nicht kan getheilet werden, also mag auch Mann und Weib ohne Verletzung solcher von GOtt selbst gestiffteten unauflößlichen Vereinigung nicht getrennet werden, und wie niemand leicht etwas von seinem Fleisch absondert, es sey denn dergestalt beschaffen, daß er es ohne höchsten Nachtheil an seinem Leib nicht länger leiden kan, also soll auch Mann und Weib, welche Ein Fleisch seyn, ohne erheb-

liche und dem Wesen des Ehestands zu wider lauffende von GOtt selbst gebilligte Ursachen nimmer separiret werden.

Ziegler *ad Fur. Can. Instit. lib. 2. tit. 12. §. 1. pag. 427.*

6 Um so weniger weil sie GOtt selbst zusammen gefüget, was aber GOtt selbst vermittelst seiner heiligen Ordnung zusammen gefüget und vermittelst ordentlicher Zusammenwilligung ein Fleisch werden lassen, soll der Mensch, als eine GOttes des Höchsten Ordnung und Gebot unterworffene, und selbiger schuldige Folge zu leisten verbundene Creatur, eigenmächtig ohne sondere von GOtt selbst im Neuen Testament gebilligte Ursachen nicht scheiden und zweyen.

7 Dahin auch die Natur und Eigenschafft der ehelichen Gesellschafft zielet, als damit es eine weit andere Beschaffenheit hat, dann mit an-

8 dern menschlichen Societäten. Sintemalen in deren keiner solche genaue Vereinigung und

9 Verbündniß, als in jener zu finden. Denn wo und in welcher Gesellschafft hat ein Mitglied derselben Jus in corpus alterius, wie in conjugali societate maritus in uxoris & uxor in mariti corpus jus reciprocum hat?

Valent. Alberti *in compend. Jur. nat. p. 2. c. 10. §. 18.*

10 Oder wo ist eine Gesellschafft, deren Mitglieder dermassen genau mit einander vereiniget, daß verschiedene Personen einen Leib constituiren, wie in der ehelichen Gesellschafft? So lang also in dieser nichts geschiehet, wordurch solche Vereinigung verletzet und sothaner Leib getheilet wird, so lang stehet diese Gesellschafft vest. Nun

11 wird aber derselbe durch nichts anders als durch Ehebruch und böβliche Verlassung getheilet; Ergo stehet die eheliche Gesellschafft so lang dergleichen Laster keines vorgehet, fest und unauflöβlich.

vid. Scherzer. *d. l. th. 18.* Danhauer. *in Theol. Conscient. p. 2. sect. 2. Dial. 3. art. 5. q. 14. p. 807. seq.* Kromayer. *in Theol. Posit. art. 21. th. 5.* Carpzov. *JPrud. Consist. lib. 2. def. 189. & def. 192.* Philippi *in Usu Pract. Inst. l. 1. Eclog.. 52. seq.*

12 Zwar wird auch 2. die Ehe wohl von wegen der von der Weibs-Person vor Beschlieβung derselben, ja auch ante contracta sponsalia, begangenen Unzucht oder Hurerey, fürnemlich da sie geschwängert, wiederum getrennet, ob solche gleich nicht directò wider sothane Ehe, als welche damals noch nicht gewesen, lauffet,

13 oder es wird vielmehr, falls ein solch vorhin begangenes delictum nachmals post contractum matrimonium hervor kommt, weil dafür gehalten wird, es sey zwischen beyden Personen noch niemals eine rechte Ehe gewesen, indem es an dem vornehmsten Stuck dem Consensu, welcher die Ehe machet, und auf eine unverletzte Person gemeiniglich das Absehen richtet, dißfalls ermangelt, das vermeinte matrimonium pro nullo declarirt und vernichtet, wann keine reconciliation will statt finden.

Danhauer. *d. l. q. 15.* Kromayer. *d. l.* Stryck ad Brunnemanni *Jus Eccles. lib. 2. c. 17. §. 25.* Gerhard. *Loc. de Conjug. num. 111.* Carpzov. *lib. 2. def. 187.* Finckelthus. *obs. 30.* Ziegler. *ad Inst. Jur. Can. lib. 2. t. 10. §. 22. pag. 410. & 427.*

Allein muß 3. derjenige, der ex hoc capite 14
die Trennung oder vielmehr matrimonii cum ejusmodi prædefiorata putativè contracti annullationem erhalten will, die von ihro der Weibs-Person mit einem andern zuvor getriebene Unzucht und deroselben von einem andern vorhin beschehene Defloration zu rechtlicher Gnüge erweisen.

arg. l. 2. l. 21. ff. de probat. l. 4. C. de edend.

Dergleichen Defloration hier Kläger auf 15
die Beklagtin so gar nicht weder directò, noch per indirectum vel per testes vel per evidentes & indubitatas præsumptiones erwiesen, daß sie vielmehr ihre Unschuld und daß sie dessen fälschlich und calumniosè bezüchtiget werde, dargethan.

Denn obwohl 4. Kläger fürwendet, er habe 16
sich den 5. Febr. 1684. mit der Beklagtin in Ehelichen Verspruch eingelassen, und das Ja-Wort von ihro und dero Fr. Mutter bekommen, darauff den 27. May solchen Ehe-Verspruch durch Priesterliche Copulation vollzogen, sie aber den 3. Octobr. ermeldten 1684sten Jahrs schon ein vollkommenes Kind zur Welt gebracht, und ohn Beyseyn seiner Anverwandten bloß matre sua cum obstetrice præsente gebohren, könne also solcher Partus nicht von ihm seyn, und er denselben pro suo agnosciren, weil er nicht eher als 4. Wochen vor der Priesterlichen Copulation sie aus Trieb der Liebe fleischlichen erkandt, sondern müsse, von einem andern, der sie vorhin deflorirt und impræg-
nirt, herrühren.

Quod speciem quandam habet, quia ta- 17
lis perfectus & vitalis partus non nisi septimo demum mense nasci potest ex definitione JCti Pauli in

l. 12. ff. de stat. hom.

& Ulpiani

in l. 3. §. fin. de suis & legit. hered.

Hippocratis authoritate subnixa, quæ quia 18
in Jurisprudentiam Justinianeam recepta est, quoties de legitimo partu quæstio incidit, ceu regula Lesbia in determinatione controversiæ illius omnino sequenda videtur, sicuti eandem quoque non modo venerandi Theologi

apud Dedecken *vol. 3. Consil. Theol. lib. 4. sect. 11. n. 16.*

sed & Nostrates in judicando & respon- 19
do secuti sunt, partumque infra septimi mensis initia natum pro illegitimo, vel præmaturi inter conjuges vel improbi cum aliis concubitus argumento habuerunt.

apud Boer. *decis. 220.* Mar. Ant. Peregrin. *de fideicommiss. art. 43. n. 29.* Beust. *de matrim. l. 2. c. 36.* quos refert & sequitur Hunn. *in Encyclop.* Jur. *p. 11. tit.*

11. tit. 10. c. 2. n. 13. Carpzov. *l. 5. Resp. 111. n. 16. seq.*

20 Idque ex probatissimorum Medicorum judicio, quod partum ante 182. dies, qui excedunt sextum mensem, editum nec vitalem nec perfectum statuit.

vid. Zachias *in qu. Med. legal. l. 1. t. 2. q. 2. n. 12. & 27.* Sennert. *l. 4. in Pract. Med. p. 2. sect. 6. c. 1.*

Cum igitur Actor hic tam præmature Reæ non cohabitaverit, necesse esse ait ut cum alio vel jam ante vel sane statim post sponsalia cum ipso inita concubuerit & ex eo imprægnata sit.

21 Wie sie dann solches auch ihme bereits gestanden, sagende: daß Michel H. ihro einst auf einen Abend zu nahe gekommen, und mit ihr umgangen, wie Mann und Frauen miteinander umgiengen, welches sie zwar hernach wieder geläugnet, sie werde aber dessen, daß sie es auch zu andern gesagt, per Testem 2. & 3. ad Art. Prob. addit. ulter. überwiesen, quæ propria ipsius R. confessio sit omnium probationum optima & perfectissima.

l. 1. de Confess.

So läßt sich doch 5. hierfalls aus dem ersten gantz kein schließiges argument illicitæ a R. cum alio ante exercitæ veneris & corru-
22 ptæ viginitatis wider sie machen. Denn 1. hat Kläger nicht erwiesen, daß er nur bloß 4. Wochen vor der Hochzeit Beklagtin das erste mahl cohabitirt, und also das a R. zur Welt gebrachte Kind nur partus semestris vel ante septimi mensis initium editus sey, es widerspricht solches Beklagte beständig, sagend daß es länger als 2 Monath vor der Hochzeit
23 gewesen, daß er sie fleischlich erkennet, weil nun kein gewissenhaffter Richter auf eines Klägers Aussage, wann dieselbe von beklagtem Theil widersprochen wird, den Beklagten zu condemniren gehen kan, sondern in allwege sehen muß, ob Kläger sein Vorgeben directo per testes vel saltem evidentes conjecturas & præsumptiones dergestalt erwiesen, daß er darauf sicher fussen und sprechen kan, oder ob nicht der beklagte Theil vielmehr das widrige erwiesen, oder die von Klägern für sich angezogene præsumptiones fortioribus præsumptionibus elidirt und hintertrieben habe, und also pro ipsa potius zu judiciren und pronun-
24 ciren; und carnalis copula, quia plerumque in latebris & multum caute remotis testibus ac arbitris expleri solet, ein solcher Actus ist, der per testes nicht leicht zu erweisen, sondern darinn man die probationem præsumptivam & conjecturatam zur Hand nehmen und gelten lassen muß.

arg. l. 58. §. fin. de ædil. edict. c. 24. de offic. deleg. Farinac. *q. 2. n. 33. & q. 136. n. 2. 3.*

25 So ist zu consideriren, welcher Theil denn allhier die fortiores & validiores præsumptiones für sich habe. Copulam carnalem ante nuptiarum festivitatem interveniße gestehen beyde, differiren nur in tempore, wann selbige vorgangen, Beklagte saget, es sey länger als 2 Monath vor der Hochzeit gewesen, in dem Martio nemlich, da Kläger sie noch bey der starcken Kälte und Schnee Abends bey Mondschein in die Neustadt hinaus in Werners K. Seel. Wittben Garten geführet; Kläger aber sagt, er habe sie erst im Aprili nach Ostern in besagten Garten hinausgeführt, dazu sie nicht gleich das erstemahl, wie er sie hinaus geführt, sondern nur bey dem andern oder dritten mahl als sie da gewesen, fleischlich erkandt, bestärcket auch dieses sein Vorgeben insonderheit quoad prius per depositionem

Testium 3. & 4. so die Gärtnerin und dero Mann ist, ad Prob. 10. & 11. 12. 13. 14. 15. eorumque Interrog.

welche attestiren, daß Kläger mit Beklagtin einmahl drey und erst mahls 10 oder 11 Tage nach Ostern 1684 da weder Schnee noch Kälte mehr gewesen, bey hellem Mondschein Abends in den Garten gekommen, unter der Linde vor dem Speicher beede beyeinander gesessen, denen sie Gärtnerin den Speicher und Hoff aufgeschlossen, ob sie aber in Speicher hinauf gegangen, und was sie gemacht, wisse sie nicht, sie hätte ihnen ein Licht bringen wollen, so sie aber nicht begehrt, seyen ungefähr eine Stunde geblieben, und R. ihr 12 Gr. Trinck-Geld 26
gegeben. Es excipirt aber nicht allein R. contra hos duos testes, eorumque dicta, weil sie in Seel. Werner K. bey dem A. biß in seinen Todt gedienet, und im Hause gewesen, Garten wohnen, in der Wittben K. Haus, (wo auch A.) nach jenes Todt noch immer aus und eingangen, vorher was sie zeugen sollen, informirt worden, und anderer Ursachen halber, sondern kommt auch uns ihre Aussag fast suspect für, indem gleich wohl Cord Re- 27
cker Schiffmann jurato auch deponirt, daß, als er mit seiner Braut acht oder 14 Tage vor Ostern 1684 ermeldten Gärtner, als seinen Schwager, so sich nicht wohl befunden, besucht, dessen Frau gesagt: Sie hätten vorigen Abend auch einen Bräutigam und Braut, nemlich A. und R. im Garten gehabt, so da im Speicher gewesen, hinzufügend, die Jungfrauschafft wäre vielleicht da geblieben

ad Art. Reprob. addit. 1. 2. 4. & Int. 1. 2.

welches auch dessen seine damahlige Braut und 28
jetzige Ehefrau also bejahet. ibid.
so jenes, das sie von der Gärtnerin gehört, daß A. und R. als Bräutigam und Braut im Garten gewesen, ungefähr 8 Tage hernach zu der R. Mutter Magd gesaget: velut ipsa deponit

ad art. reprob. 12. ejusque Int. 2.

Diese beyde Zeugen aber, Cord Recker nemlich, 29
und seine Frau beharten bey ihrem Eyde, daß es gewiß vor Ostern, da es noch ziemlich kalt gewesen, massen er Recker in Ostern hernach wieder bey dem Gärtner gewesen, Abschied von ihm genommen, und darauf nacher Grönland geschiffet.

ad reprobat. 1. Int. 2.

welcher Aussage uns fast wahrscheinlicher als 30
jener

jener fürkommt, weil die Gärtnerin selbst meldet, daß ihr Mann vor Ostern kranck und unpaß in der Stuben gelegen, und sie deswegen nicht vor sondern nach Ostern erst, da er wieder gesund, die Fenster gewaschen.

ad Prob. 12. seq. Interr. 8.

jene beyde Zeugen aber haben ihn in der Unpäßlichkeit besuchet, da die Gärtnerin obiges zu ihnen gesagt. 2. Sagen der Gärtner und Gärtnerin, daß da A. und R. erstmahls in Garten gekommen, sey keine Kälte und Schnee
31 mehr gewesen, diese sagen das Contrarium, welches confirmiren depositiones

Test. 3. ad Reprob. 8.

32 welche, daß es noch bey starcker Kälte gewesen, da A. R. erstmahls in Garten bey Mondschein hinausgeführt, attestiret.

Test. 5.

dem sie Abends im Hinausgehen, da es noch starck gefrohren, und der Schnee einem noch unter den Füssen geknittert, laut seines attestati

ad Reprob. 16. Int. 3.

33 begegnet, und zwar sie R. gelbe Pantoffeln, einen rothen Rock, couleurten Tabbert, und eine weise Kappen an- und aufgehabt, so er eigendlich bey hellem Mondschein gesehen und in Acht genommen.

Id. ad Reprob. 19. & Int. 1.

Dergleichen heller Mondschein es 3. am 10 oder 11 Tage nach Ostern 1684 noch nicht wohl seyn können, zumahl so spath auf den Abend hin, da sie erst aus dem Garten wieder zu Hauß kommen, weil es noch vor dem ersten Viertel gewesen, daher auch nicht weniger deswegen des Gärtners und seiner Frauen
32 Deposition suspect wird. 4. Ist die Holtingische, so stets in A. K. Haus als eine Tag-Löhnerin ums Geld arbeitet, zu Cord Recken und seinem Weibe gekommen, sie vom Zeugniß geben abwendig machen wollen, und um GOttes willen gebeten, die Hände aus der Sachen zu lassen, und nicht zwischen Borck und Baum zu klemmen,

Test. 1. & 2. ad Reprob. addit. 10. Int. 3. Reprob. addit. 18. 21.

33 welches bey einem jedweden nicht ohn Ursach die Suspicion erweckt, als hätte man durch diese Holtingische diese beyde Zeugen à reticenda, wie den Gärtner und dessen Frau à dicenda veritate abwendig zu machen gesucht.

34 Gesetzt aber 2. es wäre erst 10 oder 11 oder auch mehr Tage nach Ostern gewesen, daß A. die R. erstmahls hinaus geführt in den Garten, und hätte sie damahls fleischlich erkandt, (wie zwar er auch negirt, sagend, daß er sie nicht gleich das erste mahl, da er sie hinaus geführt, sondern nachmahls erst erkandt, sie aber contra beständig darauf beharret, daß es gleich das erste mahl wie sie in Garten hinausgekommen geschehen, welch ihrem Fürgeben mehr zu glauben, als seinem, weil gleichwohl Testis 3.

ad Reprob. 8. seqq.

eidlich bekundschafftet, daß A. unter dem Vorwand gegen R. Mutter, daß er mit ihr der R. nur einige wenige Schritte vom Hause auf die allda gelegene und allemals mit einer Schildwache besetzte Beurse im hellen Mondschein gehen wolle, sie in den entlegenen Garten in der Neu-Stadt hinaus geführt, zwischen 11 und 12 Uhren erst wieder nacher Hause gebracht, indeß Zeugin, weil sie A. und R. so lang ausgeblieben wohl zehenmal ausgehen und sie auf der Beurse, Marckt und in der langen Strasse suchen müssen, die Mutter groß Mißbelieben daran tragend, sie auch selbst gesucht, aber nirgends gefunden, biß sie endlich um erwehnte Zeit wieder miteinander daher gekommen, und gesagt, daß sie im Garten gewesen, da, nachdem A. nacher Haus gegangen, R. die Mutter deßwegen ein scharffen Verweis gegeben, sagend, sie möge das lauffen nicht haben, es gebühre sich nicht, A. hätte es ihro sagen sollen, daß er mit ihr da hinaus gehen wollen, darob R. geweinet. Wer wollte da fast zweifflen und nicht glauben, daß was R. saget, fürgegangen und geschehen? sonderheitlich, wann man die übrige præsumptiones und conjecturas so pro R. contra A. in actis enthalten und hernach deducirt werden sollen, conjungirt.) so wäre doch daraus kein
35 schließiges Argument jam ante violatæ pudicitiæ, corruptæ virginitatis & illegitimi ex alio jam ante concepti partus zu nehmen und deßwegen die Ehe zu trennen, anerwogen 1. die Geburths-Zeit des Menschen ungewiß und variabel.

36 Coguntur enim primo omnes, quicunque certos terminos hominum nativitati statuunt, agnoscere & fateri, generationem hominis miraculosum DEI opus esse ex illius singulari providentia & sapienti arbitrio mere dependens, ideoque etsi ex frequentiori nascendi tempore afferantur termini, DEUM tamen iis alligatum non esse & multoties arbitrii sui superioritatem in maturiori aut seriori partu, adeoque jus plenum ut in exitum sic & in initia vitæ declarasse.
37 Quando igitur contingit secus aliquando, ac communiter fieri videmus, produci aliquos in lucem, nec illiciti & præproperi concubitus argumenta adsunt, divinæ ordinationis arcana in crimen vocare, tam impium est, quam injustum, hominem, penes quem nascendi nulla voluntas est, in quæstiones & diffamationes probrosas præcipitare.
38 Secundo diversissimæ Medicorum atque Philosophorum de partu sententiæ satis ostendunt, quam ea definitio temporis, intra quod nascendi honestas circumscribenda, fluxa, vaga, multisque ambiguitatibus obnoxia sit. Ea enim disputatio demonstrat eas definitiones quasi densissimis in tenebris confici & in admirando isto naturæ mysterio fere nihil constans reperiri. Nec enim est quicquam in omni tractatu de termino nascendi, quod dubitatione & disceptatione careat. Subtilissimus Cardanus partum die-
39 rum 163. Horatius Augenius partum dierum 168. Ferdinandus Mena quinquemestres

ſtres partus admittit, de ſeptimeſtri partu quot ſint Medicorum ſententiæ oſtendit Federicus Bonaventura Urbinas tr. de Octomeſtr. partu l. 6. c. 1. De octomeſtri quam variæ itidem ſint opiniones integer hic citatus tractatus demonſtrat. Olim de partu ante nonum aut poſt decimum menſem edito non diſputatum ſaltem, ſed definitum fuit, legitimum non eſſe. At cum exemplis aliud edoceretur, nec rationes improbandi ſat concludentes viderentur, ultra legitimum
40 pariendi tempus extenſum fuit. Ut vero in tam immenſa opinionum varietate unusquisque cavere debet, ne temere & ſine ratione certe alicui applaudat: ita multo magis abſtinere debet, ut ex aliqua, non comperta facinoris ſuſpicione, alias honeſtam fœminam damnet, verba ſunt B. Mevii, quibus quam propriis rem efferre maluimus

Conſ. 110. n. 155. & 5. ſeqq.

41 Und obwohl 2. ſeptimi menſis initium & dies 182. ceu terminus à quo nativitati legitimi partus determinirt und geſetzt zu ſeyn ſcheinet in

l. 12. ff. de ſtat. hom. l. 3. §. fin. de ſuis & legit. hered.

42 ſo iſt doch bekandt, daß 1. circa l. 12. de ſtat. hom. noch groß Diſputat de modo computandi menſes. Cum enim ille duplex potiſſimum ſit, unus ſecundum ſolis ingreſſum in quodlibet Zodiaci ſignum & in illo ſubſiſtentiam, qui recentior creditur, ſecundum quem menſes, ſolares dicti, 30 diebus communiter circumſcripti ſunt; alter ſecundum quemlibet Lunæ circuitum ac orbitæ ſuæ abſolutionem, qui antiquiſſimus ac Græcis uſitatus dicitur, unde menſes Lunares dicti, qui vel ſecundum ſuam periodum in 27 dies & 8 horas, vel ſecundum ſuam Synodum in 29 dies & horas 12 extenduntur, illi Periodici, hi Synodici appellantur;

Strauch. *in Breviar. Chron. l. 1. c. 5.* Car. Annib. Fabrottus *de part. hum. temp. p. 8.* Rauchbar. *l. 2. q. 24. pr.*

43 De Lunaribus menſibus Hypocratem inibi allegatum, utpote Græcum, intelligendum eſſe, authoritate Ciceronis

2. Verr. c. 52.

44 expreſſe ſcribentis: Omnes Græcos dies ſuos cum ſolis, menſes cum lunæ ratione congruere voluiſſe; non pauci ex Medicis ac JCtis noſtris ſtatuunt.

vid. ex Medicis Mercat. *de puerper. & nutr. affect. t. 4. l. 4. c. 4.* Zachias *quæſt. Med. Legal. l. 1. tit. 2. q. 2. n. 29. ſeq.* & à Fabro allegati *in Reſp. Med. 24. & 30.*

Ex JCtis Menoch. *de Arb. Jud. qu. c. 1. caſ. 50. n. 18.* Tiraquell. *in L. ſi unquam. C. de revoc. donat. verb. ſuſceperit. n. 208.* & à Mar. Giurba *ad Conſ. Meſſan. p. 1. c. 1. gl. 4. n. 33.* allegati, quibus adde Mev. *Conſ. 110. n. 168. ſeqq.* ubi tradit juxta comm. Medic. ſententiam menſem præterea non ut vulgata numeratio habet de die in diem computandum ſed juxta lunæ circuitus motus & influxus, nec menſes cum in quo conceptio, tum in quo nativitas fit, integros requiri ad partum ſeptimeſtrem, ſed in illo ſufficere paulo ante plenilunium conceptionem factam, ex hoc paucos dies elapſos, hancque mentem & computationem etiam Hippocratis fuiſſe.

De ſolaribus vero menſibus legem iſtam accipiunt

Alphonſ. à Caranza *de partu nat. & legit. c. 12. §. 4.* Rauchbar. *d. q. 24. n. 10. 28. ſeq.* Richter. *dec. 89. n. 2.* Carpzov. *p. 4. c. 27. d. 13. num. 3.* 45

2.) Textus *in dd. ll.* non dicunt diſerte partum omnem ante ſeptimum menſem & ante diem 182. natum non eſſe legitimum. 46
Lex 12. enim nihil aliud continet quàm quod antiquorum concertatione ſopita jam receptum ſit ſeptimo menſe perfectum maturum & ad vivendum aptum partum naſci, hinc credendum eum, qui ex juſtis nuptiis ſeptimo menſe natus eſt, juſtum eſſe filium. *Lex 3. §. f. de ſuis & leg. hered.* refert de eo, qui 182. die natus eſt D. Pium reſcripſiſſe juſto tempore videri natum. Nullum verbum vel hic vel illic additur alios maturius natos injuſtos eſſe liberos & facti ad matrimonii diſſolutionem operantis concubitus indicia. Quod inde ab Interpretibus aſſeritur, per 47
argumentum à contrario ſenſu deducitur, quod locum haud invenit qn. ſumitur ſaltem à contrario ſenſu literæ non à contrario ſenſu rationis.

Everhard. *Top. leg. loc. à contrar. ſenſ. n. 21.*

Deinde quando inde reſultaret ſenſus abſurdus à vero & ratione naturali alienus 48

Everhard. *d. l. num. 7.*

Ex his txx. autem id argumentum ſimpliciter à verbis ſumitur, & quia dicitur juſtum 49
eſſe initio ſeptimi menſis & die 182. natum, concluditur antea natos omnes eſſe illegitimos, quam collectionem ratio non comprobat, quia à rationibus Phyſicis, præclarorum Medicorum authoritate & experientia alienum. Quod vulgò dicitur maturius quam 50
ſeptimo menſe vel 6to menſe natum vitalem non eſſe, non hunc habet ſenſum, quod vel mortuus naſcatur, vel neceſſario illico mori debeat, ſed quod vivus equidem naſcatur, ad vitam tamen longiorem propter debilitatem rariſſime adſpirare valeat. Id quod aperte ipſe Avicenna ejusque interpres Jacobus à Partibus his ſignificat: Et multoties moritur natus intra hoc ſpacium &c. ac porro: ille qui naſcitur ante ſpacium 7. menſium moritur frequenter & ut plurimum: Et quod ante menſem ſeptimum editi qq. ſupervivere poſſint, nec rationi nec experientiæ contrariatur, ſed potius utraque firmatur. Unanimiter 51
enim medici & præprimis Avicenna ac Jacobus à Partibus docent, quod motus fœ-

tus interdum circa diem 70, interdum circa 90. citius vel tardius observetur, qui motus pro certissimo vitæ indicio habetur, jam si infans 70. vel 90. die in utero materno vivit, credibile est, quod etiam circa finem sexti mensis vivere possit, & si circa hoc tempus in utero vivit, cur non qq. vivus
52 in auras prodire posset? Debilitatem fœtus objiciendi obviari potest hoc, quod non omnes infantes in utero materno de æquali robore vel debilitate participent sed quidam fortiores sint aliis, qui ergo maxime debiles in partu facile periclitari; qui vegetiores ad tempus vivere, qui maxime vegeti naturâ, accedente curiosa educatione ad longius tempus superstites manere possunt, sicuti eorum qui in plures annos vi-
53 xerunt non destituimur exemplis. Allegat enim apud

Ammannum *in Med. Critica Cas. 1.* Author. *defens. rei lit. B.*

matronas aliquot honestissimas, ex quibus duæ intra 6. menses ediderint gemellos, qui diu superstites manserint, alia intra 23. septimanas filiam feliciter pepererit, quæ quinquennium vixerit, alia intra idem temporis spacium filium ediderit, qui decimum ætatis annum attigerit, quare qq. Facultas Medica Lips. in illo casu apud Ammannum de partu semestri an vitalis & legitimus esse possit? consulta affirmative respondit. Et

Hier. Montuus Gall. Regis quondam Consil. & Archiater *in anasc. morbor. fol. 519.*

54 testatur de quodam quinto mense nato, qui tum jam 30. æt. annum attigerit & adhuc vixerit. Pariter pro partu quinquemestri respondit Facultas Med. Lips.

Ap. Ammannum *cas. 68.*

55 omnino possibile, naturale, nec novum esse, 5to vel 6to mense perfectum & vivum infantem nasci posse, etiam sic, ut possit esse superstes, statuens, & plurium talium exemplorum mentionem faciens. Pro alio semestri partu 173. die edito, quod vitalis & legitimus nec ante corruptæ virginitatis indicium sit, non modo Facultatis Med. Lips. sed quinque aliorum Clarorum Medicorum Responsa refert

Amman. *ad Casum 75.*

Pro quo casu etiam responderunt Antecessores nostri cum

Mevio *Cons. 110. ubi n. 171.*

56 plura exempla ante 7mum mensem natorum adducit, subjungens, fragile igitur, omnino nullum præmaturi vel illiciti cum alio coitus indicium ex tali partu (quem hic noster excedit) contorqueri potest, quod enim aliquando contigit, posse adhuc aliquoties contingere, & celeritatis illius, quam natura semel amavit, exempla in crimen vocare nihil aliud esse, quam naturam accusare, quod in hominum voluntate non residet criminosum efficere.

Insonderheit ist 3. zu considériren, daß 57
R. tempore gestationis uteri dreymahl sehr erschrecket worden, nach Aussage A. Jungfer Schwester ceu

Test. 14. ad Prob. 43. Int. 5.

welche allda bekundschafftet, einmal hätte 58
sie Zeugin selbst wider Willen Ursach dazu gegeben, da R. mit A. im Keller gewesen und nicht gehört, daß sie auch hinunter kommen, und ihr, ehe sie sich dessen versehen, zur Seiten gestanden; das andere mahl wäre sie mit R. am Tisch gesessen und gespeiset, da wäre ihr schwartze Haus-Katz zwischen ihnen beyden auf den Tisch gesprungen, darüber sich R. entsetzet, (von welchem auch zeugen

Test. 16. & 17. ibid.)

das dritte mahl, so R. allegiret, daß es bloß ante partum geschehen, wisse sie Zeugin nicht, woher es kommen.

Per vehementes animi commotiones au- 59
tem & consternationes partum maturari & celeriorem ejus ex utero exitum promoveri, imo & sæpius abortus sequi, in vulgus constat, unde & eo minus hic de partus & illiciti cum alio coitus vitiis præsumendum contra Ream.

Und 4. daß das Kind, ob es wohl vollkom- 60
men an Gliedern, dennoch zart, kneulich und schwach gewesen, wie alle, so es gesehen, deponiren

vid. Protocoll. Dn. Camer. *de 11. Oct. 1684. pag. 22. 26. 27. Test. 5. ad Prob. add. 43. Int. 14.*

sich erst hernach aus der Ammen Brüsten erhohlet und zugelegt.

juxta ipsius testimonium relatum a teste *19. ad Prob. 47. Int. 8.*

Belangend die von A vorgebene eigene Be- 61
känntniß der R. daß sie ihm eigenwillig gestanden, daß sie sich mit Michel H. vorhin übersehen und mit selbem sich fleischlich vermischt, so hat R. solches von Anfang biß zu Ende des Processes negirt und pernegirt, ist auch solcher unwahrscheinlichen Geständniß durch die 2. angezogene Zeugen nicht überwiesen, denn solche nicht sagen, daß sie es von ihro gehört, sondern daß dero Groß-Mutter gesagt, daß R. Klägern bekandt, daß sie mit ermeldtem H. zu thun gehabt, hätte sie Friedens halber oder mit ihrem Mann dem *A.* desto eher in Freundschafft wieder zu kommen gethan, in Meynung, es wäre damit ausgericht. Es stehet aber vors erste dahin, wie diese solches geredt habe, sie als testis *1. ad d. artic.* will davon nichts wissen, daß sie es geredt. 2. Wäre dieses nicht R sondern tertii alicujus, aviæ nimirum confessio, quæ R. obesse nequit.

l. 28. ad SCt. Vellej. l. 48. pr. mand. l. 3. §. 1. de SCt. Silan.

Und hätte R. 3 dieses A. gestanden gehabt, so 62
hätte er vor den HHn. Cammerern damit nicht so lang zuruck gehalten, und also fluctuirt, wie er gethan, sondern solches gleich balden gesagt. 63
4. Ist es so mehr ein erdichtetes Wesen, wann Mich. H. den 1. Februar. schon mit Herrn

Tochs

Cochs Tochter copulirt und auſſer B. geweſen, wie R. in ihrer letzten Schrifft einbringet.

64 Es führet A. zwar 6. ferner, R. de violatâ ante pudicitiâ & ingravidatione ab alio facta ſuſpect zu machen, an, daß nicht allein R. Mutter bey Gerd Paſſen Balbierern Pulver pro menſtruis hohlen, und R. durch ſelben an beyden Füſſen Ader ſchlagen laſſen, ſondern auch Grete Oßmans zwiſchen Faſtnacht und Oſtern 1684. bey D. Alardo Müllern ſeel. öffters medicamenta pro menſtruis gehohlet, bald fürgebend, daß ſie ſolche für ihre Tochter, bald daß ſie dieſelbe für ihres Bruders Tochter haben wolte, ſo in 2. Monathen ihre Zeit nicht gehabt, die Sachen aber in R. Mutter Hauß getragen. Allein weiß Gerd Paß nichts von keinem Pulver, die Ader aber habe er, ſagt er, ihr R. ein Jahr zuvor, ehe ſie mit A. verſprochen worden, geſchlagen, als ſie ein zehrend Fieber gehabt, und gantz abgezehrt geweſen, deßwegen auch kein Blut geloſſen.

Teſt. 2. ad Prob. addit. 8. ſeqq. 12. ſeqq.

65 Deſſen Frau aber

ceu Teſt. 7. ad Prob. addit. 5. 6. 8.

deponirt, daß ſie bey Herrn S. Diaconi zu St. Rempert Hochzeit R. Mutter bey ihr ſitzend gefragt: warum R. nicht mit auf der Hochzeit? welche geantwortet: wäre nicht munter, hätte ihre alte Plage, daß ſie ihre Zeit nicht richtig hätte, drauff ſie aus eigner Bewegung ihr einen Rath dafür geſagt, auch durch ihren Jungen das Pulver ihro geſchickt. Alardi Müllers ſeel. Tochter erinnert ſich zwar wohl der von Grete Oßmans gehohlten Medicamenten, weiß aber nichts davon, daß ſie in R. Mutter Hauß gekommen, habe auch ſolches nie gemuthmaſſet, ceu ipſa deponit tanquam

Teſt. 6. ad Prob. addit. 22. & Int. prob. 29. 30. 33. 34.

Entſtehet alſo aus dieſen wie auch aus übrigem, ſo A. weiter wider R. anziehet, weil es gar remota, eine ſchlechte und geringe Suſpicion wider R. de illicitâ cum alio exercitâ venere.

66 Hergegen ſeyn 7. über obige in Beantwortung der von A. wider R. angeführten Conjuncturen, Argumenten und Gründen bereits angeregte Vermuthungen für die R. noch viel andere ſtarcke præſumptiones pro ipſa contra A. in actis enthalten, daß er A. nicht nur ehender als er biß dato geſtehen wollen, die R. nach dem ehelichen Verſpruch fleiſchlich erkennt, ſondern auch ſie R. virginitatem ad primum usque coitum cum ipſo illibatam conſerviret, und um dieſelbe von ihm gebracht, das 3tio Octobr. 1684. ans Licht gebrachte Kind ex præpropero cum ipſo concubitu erzeugt, und er Vatter dazu, dannenhero daſſelbe auch für ſein Fleiſch und Blut billig zu erkennen, und für ſein rechtmäßiges eheliches Kind zu erziehen, die Beklagtin pro legitima ſua conjuge zu halten, und, will er ſein Gewiſſen rein behalten, und nicht verletzen, mit ihr wieder, wie einem rechtſchaffenen Ehemann eignet und gebühret, nach GOttes Ordnung, factâ reconciliatione, hinführo in Friede, Liebe und Einigkeit zu leben und zu hauſen, keineswegs aber von ihr zu trennen, und ihm, ſich anderwärtig zu verheurathen, zu erlauben. Wir wollen dieſelbe nur kürtzlich, ohn weitlauffige Rechtliche Deduction, anziehen.

Und zwar ſo entſpringt 1. contra A. ein ſtarckes indicium citiori tempore, quam confitetur, anticipati ab ipſo concubitus cum R. ex quotidianâ A. cum R. poſt deſponſationem converſatione, tam aperta & manifeſta, quàm occulta in locis ſecretis & latebris ad id commodis, horisque nocturnis, *(vid. c. 12. X. de præſumpt.)* de qua 67

Teſt. 3. ad Art. Reprob. 5. 6. 7. Teſt. 5. ad Prob. addit. 43. Int. 5. der deßwegen die Hochzeit zu maturiren gerathen.

2.) ex ſingulari ardore amoris, quo A. Ream velut Sponſam ſuam amplexus eſt, aus deren groſſen Liebe Trieb er ſelbſt geſtehet 4 Wochen vor der Hochzeit R. erkannt zu haben, welches wohl geſchehen ſeyn mag, doch daß er vorher es auch ſchon gethan, nam ex hoc confeſſo tempore contra ipſum bene conjectura capi poteſt ad tempus anterius, præſertim ſi conſideretur 3.) quod & jam ante ancillam imprægnaverit, filiamque naturalem ex ea ſuſtulerit, quæ vilis fœminæ imprægnatio ſatis laſcivum A. prodit animum. 68 69

4.) entſtehet ferner pro R. eine ſtarcke præſumptio illibatæ ad primum usque cum A. coitum virginitatis & inviolabiliter eò usque conſervatæ pudicitiæ, ex bona ipſius fama, qua Herman S. anno & dimidio ante motus fuit, ut eam ambierit conjugio ſibi ſociandam, ſed non impetravit, quaque, habita prævia prudenti deliberatione, procul dubio, & ipſe A. cognatique ejus inducti, ut connubium illius A. nomine ambierint, geſtalten ihr kein einiger Zeug von allen, ſo über A. und R. Articul verhöret worden, ichtwas Böſes nachſagen, oder daß er jemals was unzüchtiges von ihr geſehen oder gehört, oder daß ſie einen Zuwandel von verdächtigen Burſchen gehabt, ex proprio ſuo ſenſu, atteſtiren können. 70

Conſtat autem quod ſicut communis fama de vita nequiter, flagitioſe vel impudice peracta juſtam delicti, cujus quis inſimulatur, inducit credulitatem, ita contra bona fama de vita honeſtè & decore geſta omnem ſuſpicionem expurget 71

Aim. Cravetta *Conſ. 148.*

Welche Præſumption 5. dadurch mehrers corroboriret wird, quod alias in dubio ſemper pro virginitate, utpote qualitate, quæ ineſt à natura, tamdiu ſit præſumendum, donec contrarium manifeſtò probetur. 72

Maſcard. *concl. 1418.* Pacian. *de probat. l. 2. c. 20. n. 42.*

Et quo favorabilior eſt virginitas, eò magis probabilior & credibilior, quando fœminæ vita anteacta aliud non infert. 73

Felin. *ad c. 16. de præsumpt. n. 11.* Kornman *de virgin. c. 7.*

74 Und 6. dadurch, daß unwahrscheinlich, daß sich R. erst mit einem andern fleischlich vermischt haben sollte, indem sie A. ambirt, so im Januario 1684. geschehen, oder nachdem sie schon mit ihm versprochen.

Alle bißher angeführte præsumptiones inferiren per consequentiam auch dieses, daß das den 3. October 1684. von R. gebohrne Kind ab anticipato ab A. concubitu cum R. erzeugt,

75 und er der Vater dessen sey, welches 7. mehr bestättiget der Beklagten, als sie in den grösten Geburts-Schmertzen, veluti moribunda constituirt gewesen, so daß sie gewinselt und ihr öffters den Tod gewünscht, und von der Hebammen: Ob auch das Kind ihrem Liebsten dem A. zugehörte? befragt worden, cum aliqua mentis commotione daß sie ihr, als hätte sie das Kind etwan von jemand anders, zutrauete, und mit folgenden hochbetheurlichen Worten: was sie sage, so wahr als unser HErr GOtt sie von den Banden erlösen sollte, hörete das Kind niemand anders als ihrem Liebsten dem A. beschehene klare Assertion, quæ tantam adversus A. facit præsumptionem, ut licet non ob eam solam benè tamen ob eandem cum cæteris ipsum gravantibus conjecturis conjunctam pro convicto R. imprægnatore & par-

76 tus ab ipsa editi patre haberi queat, quia non creditur mentiri in tali statu constituta veluti moribunda; sed salutis suæ memor omnino esse

arg. l. fin. C. ad L. Jul. rep. c. 26. c. 1. q. 7. Hipp. de Marsil. *Pr. crim. §. diligenter. n. 120.* Farinac. *q. 46. n. 6.*

Dazu 8. kommt die credulitas testium 1. 3. 4. 5. 7. ad Prob. addit. Interr. Gener. 7. quod A. sit filii hujus à R. editi pater, inter

77 alia 9. & hanc ob causam, daß diesem Kinde, gleichwie dem ab A. mit der Magd erzeugten Kinde, die kleinen Zehen s. v. an beyden Füssen so untergebogen, wie R. saget, daß sie ihrem Mann dem A. untergebogen seyn.

T. 1. ad Prob. Addit. 60. Int. 4. 5. Test. 5. ad Prob. addit. 46. Int. 3. 4. 5.

78 Quod signum aliis junctum aliquid etiam pro filiis statu alias favorabili efficere potest.

Zachias *qu. med. Legal. l. 1. tit. 5. q. 4. n. 18.* Hahn ad Wesenbec. *de agnosc. & alend. lib. n. 2.*

10. Setzet dasselbe fast ausser Zweiffel des A. eigene Confession tam tacita (quæ inde

79 colligitur, daß A. vor der Geburt des Kindes bey R. vor dem Bett gesessen, derselben als sie die Wehen bekommen die Hände und Schultern gehalten, den Schweiß abgewischt, sie geküsset und sich wie einem Ehemann gebührt, wann seine Frau in dergleichen Nöthen stecket, gestellet,

Test. 1. ad Prob. 25. Int. 2. Test. 2. ad Prob. 23. seqq. Int. 9. 10. add. Protocoll. Dn. Camer. *de 11. Octobr. 1684. p. 2.*

80 noch vor der Geburt zu der Hebammen gesagt, sie möchte doch das Kind auf die Haltung thun, er wollte für allen Kosten und Schaden gut seyn und einstehen, er hätte eine grosse vornehme Freundschafft, derwegen er nicht die Nachrede haben möchte, daß das Kind zu frühe gekommen, welches er post partum wieder repetirt,

d. Protocoll. pag. 3. & 8. Test. 1. ad Prob. 28. Int. 5. & ad Prob. 29. seqq. Int. 3.

deßwegen er auch nicht haben wollen, daß je- 81
mand seiner Gefreundten zu der Geburt beruffen werde und davon was wissen sollte,

Test. 2. ad Prob. 23. Int. 4.

zu Beförderung des heimlichen Ausbringens des Kinds sein Volck aus dem Wege an die Seiten geschafft,

Test. 1. ad Prob. 29. Int. 15.

und befohlen, es die Stegen nach der Haus- 82
thür hinunter zu bringen,

d. Test. 1. ibid. ad Int. 16.

auch die Wart-Fraue, so es in der Bad-Mutter Hauß tragen müssen, von allem Schaden und Unkosten frey zu halten nebenst der Schwieger-Mutter versprochen,

d. Test. 1. Ibid. ad Int. 16. Test. 2. ibid. ad Int. 4. 8. 15. 16. 17. d. Protocoll. pag. 8. seqq. pag. 19. 20.

der Bad-Mutter 2 Rthlr. gegeben, wie er selbst gestanden,

Test. 1. ad Prob. 28. Int. 9. d. Protocoll. p. 9. 29.

das Kind tauffen und Heinrich (wie sein Va- 83
ter geheissen) nennen zu lassen befohlen,

Test. 1. ad Prob. 28. Int. 8.

auch vier Tage nach der Geburt, als es anfangen kund zu werden, die Hebamme um GOttes willen gebeten, das Gerüchte zu dämpffen, doch die Anstalt zu machen, daß das Kind nach dem Stedinger Lande gebracht würde,

Test. 1. ad Prob. 29. seqq. Int. 12.

seine Frau noch wie zuvor caressirt, bis er 84
von seinen Befreundten allem Ansehen nach auf einen andern Sinn gebracht und verleitet worden. Aus welchem allen genugsam erhellet, daß er das Kind für das seinige agnoscirt und sich pro patre ejus aufgeführt, den Schimpff des frühen Beyschlaffs aber zu evitiren mit der Schwieger-Mutter und der R. einig worden, das Kind anderwärts erziehen zu lassen, und einen Mißkrahm oder Umschlag bey den Freunden fürzugeben, wie denn er so wohl, als R. und deren Mutter, solches würcklich gethan, ut videre est ex depositione

Test. 5. ad Prob. addit. 43. Interr. 16. Test. 4. ad Prob. addit. 36. Interrog. 3. 4. da Zeugin sagt, daß A. das wegen des Umschlags ihm geklagte Leid angenommen, und ein und andern Umstand erzehlet.

hat also A. den mit dem Kind vorgenommenen Processs gar nicht für sich contra R. zu urgiren, denn er ihn weit mehr als sie gravirt) quam expressa, de qua testatur

Test. 1. in cit. Protocoll. Dn. Camer. *pag. 8.* ibi: A. das Kind besehen und gesagt, dat iß min Kind ꝛc. quam suam inibi contentam depositionem testis hæc juramento confirmavit, ad Prob.

Und

85 Und läßt sich diese des A. Confession nicht so blos damit hinlegen und revociren, daß er fürwendet: Er sey zu allem deme, woraus seine tacita confessio & agnitio partûs abgenommen wird, wie zu der expressen Bekänntniß durch der R. und ihrer Mutter Fürgeben, daß es ein unvollkommenes Kind wäre, seduciret worden, denn dick-besagtes Protocoll und der Hebammen und Warts-Frauen darinn enthaltene nachmals juramento confirmirte Aussage auch alle circumstantiæ viel ein anders geben
86 und ausweisen. So ist A. auch nicht so einfältig in den Sachen, wie er sich macht und in seiner letzten Schrifft fol. 3. fac. 2. stellet, intricirt, und macht sich durch seine mendacia und abnegationes dessen, so er doch überführet und überwiesen in Protocollo isto pag. 3. 8. 11. junct. pag. 28. nur verdächtiger und suspecter.

87 Daß wir also nach allen diesen und andern in Actis weiter enthaltenen der Kürtze halber übergangenen Umständen nicht anders und nochmals erachten können, denn daß A. partum pro suo zu agnoiciren und zu erziehen, auf beschehene Versöhnung und Abbitt der Beklagtin zugefügten Schmach, sie wieder zu sich zu nehmen und pro legitima sua conjuge zu halten schuldig, auch keines weges von ihr zu scheiden oder zu trennen, also Beklagtin, auch absque prævio juramento purgationis, von der Klag zu absolviren, benebens A. ungeachtet er ein Responsum Juris für sich, quia ad falsa ejus narrata impetratum, zu Refundirung aller Unkosten zu condemniren.

88 Wann dann auf solche absolutori Urthel beyde Eheleute, auf eiffrigen Zuspruch Hochlöbl. Obrigkeit, so welt- so geistlichen Standes, sich mit einander, wie wir verhoffen, versöhnen, und wieder zusammen gehen werden, wird es in puncto à R. petitæ cautionis pro reconventione & expensis keines Bescheids vonnöthen seyn.

89 Und ob es wohl auch das Ansehen haben möchte, als wären beyde Partheyen ad evitandam sententiæ nullitatem dahin noch anzuhalten, daß sie ante definitivæ publicationem die ihnen per decretum vom 13. Julii 85. schon auferlegte Juramenta ablegten, quia communiter traditur, quod si juramentum calumn. generale semel petitum vel exactum neglectum sive omissum fuerit, totus vitietur processus, sententiaque ipso jure nulla reddatur, & nec partes nec judex illud sine nullitate remittere queat.

Gail. *1. O. 84.* ibi Græven. Umm. *in Proc. Disp. 12. th. 10. n. 43.*

90 So halten wir doch, weil der Sachen Beschaffenheit durch der Zeugen eidliche Aussage und daraus fliessende Conjecturen nunmehro so weit heraus gekommen, daß fast kein vernünfftiger Mensch anders wird glauben können, als daß A. wann er solch Jurament ablegen sollte, ein perjurium committiren würde; Und aber einem jeden gewissenhafften Richter obliegt in exactione juramentorum & partium ad ea admissione behutsam zu gehen, ne cum conscientiæ suæ gravamine permittat jusjurandum ei, qui veritatis studium non habet, sed in non levem perjurii suspicionem venit, daß es am besten und sichersten seyn wird, juramenta illa jetzo weiter nicht zu exigiren, sondern in illo puncto die Sach also nur auf sich beruhen und sitzen zu lassen, welches ob præsens perjurii periculum absque nullitatis vitio wohl geschehen kan, argumento eorum, quæ tradit

Setser. *de jurament. lib. 3. c. 3. n. 58.*

Wollten solches ꝛc. Actum in Colleg. nostro d. 19. Februarii 1686.

CONSILIUM XV.

CUJUS

Pars Prior, de Donationis summam ducentorum florenorum excedentis, ob neglectam ejus actis publicis insinuationem, revocatione: Pars posterior verò de pacto inter tres personas de futura ipsarummet paciscentium hæreditate deferenda & acquirenda nulliter & contra Legis prohibitionem inito agit.

SUMMARIA.

Succincta prioris casus narratio præmittitur à num. 1. usque 10. inclus.

11. & 12. Ratio cur donatio in substrato subsistere nequeat, remotive his ostenditur.

(α) Exemplum testimonii in propria causa.

(β) Quod non valet, licet quis, per mortem confirmare velle, se declaraverit.

13. 14. & 15. An donatio importunis sollicitationibus elicita libertatem voluntatis excludat?

16. 17. & 18. Ratio cur non?

19. Donatio rei mobilis summam ducentorum florenorum excedens, ad evitandam, quoad summam excedentem donationis nullitatem, actis publicis Jure Würtembergico insinuanda venit.

20. Immobilis rei donatio absque distinctione pretii Jure Würtembergico actis insinuari debet.

21. Explicatur dispositio Juris Würtembergici

bergici ratione insinuationis rei mobilis donatæ.

22. *Donatori etiam in foro conscientiæ liberum est, ob formam omissam, donationis excessum revocare, ubi simul additur ratio.*

23. *Etiam Jus Civile excedentis saltem summæ revocationem permittit.*

24. *Ex ratione hic subjuncta.*

25. *Hinc etiam Würtembergicum ceu Statutarium Jus in sensum Juris communis recte interpretatur.*

26. *Hæc insinuatio ab omnibus indistincte personis requiritur.*

27. *Ratio cur etiam inter conjunctos.*

28. *Unicus tamen casus excipitur.*

29. *Ratio hujus exceptionis in quonam consistat?*

30. *In casibus non exceptis, firmat regulam exceptio.*

31. *usque 35. inclus. Adducuntur casus quidam, per modum objectionum, in quibus donatio summam ducentorum florenorum excedens insinuatione haud indigeat.*

36. *usque 40. Respondetur ad hæc argumenta in contrarium adducta.*

41. *Res donata ob omissam donationem mediante condictione repetitur.*
(*) *Cur delati Juramenti in substrato ratio non habeatur?*

42. *An huic condictioni omnium exceptionum renunciatio in donationis instrumento facta non obstet?*

43. & 44. *Ratio cur non.*

45. *Donatarius rem donatam actis non insinuatam interdum cum interesse à tempore litis contestatæ solvere tenetur.*

46. *Donatori non competit tacita hypotheca in re pro pecunia donata comparata.*

47. *Sententia.*
Succincta posterioris casus narratio continetur sub num. 48. usque 58.

59. *Jus Civile omnia pacta de futura hæreditate deferenda reprobat.*

60. *Contrarium hodie in plerisque Germaniæ locis observatur.*

61. *In Jure Würtembergico expresse approbantur.*

62. *Conjugibus pacta inter se invicem inita iterum dissolvere ac tollere licet.*

63. *Testium defectus in hujusmodi pactis quomodo suppleatur?*

64. *Una vel altera parte invita à pacto recedere non licet.*

65. *Absque alterius consensu transactio cum ipso inita mutari nequit.*

66. *In specie si transactio illa super tertii hæreditate fuerit celebrata.*

67. *Quod pactum omnino valet, modo requisita hic recensita adsint.*

68. & 69. *Tertio tamen voluntatis mutatio non est ademta.*

70. *Secus se res habet, si inter tres pactum fuerit initum, & omnes æqualiter sibi invicem se obligaverint.*

71. *Contractus ab initio liberæ voluntatis sunt.*

72. *Contrahentes jus in bonis pacto subjectis acquisivisse censentur.*

73. *Ratio cur pactum, in præsenti celebratum, non valeat, hic allegatur.*

74. *Multi magni nominis Ddres validitatem pacti hæreditatis conservativi etiam ex Jure Civili probare contendunt.*

75. *Contrarium tamen verius, ex L. 15. Cod. de pact.*

76. *Responsio Carpzovii ad istam Legem.*

77. 78. & 79. *Refutatur Carpzovius: & respondetur ad alias leges obstantes.*

80. *Observantia plurium locorum circa pacta successoria Juri Civili contraria non est universalis.*

81. *Non omnia hodie pacta successoria, sed quædam saltem hic recensita valent.*

82. *Quænam ex his in Jure nostro Würtembergico sint recepta & approbata?*

83. *Pacta dotalia de Jure Würtembergico certam solennitatem requirunt, & quidem interdum majorem interdum minorem.*

84. *Defectus testium pacta dotalia annullat.*

85. *Quidsi in judicio fuerint deposita?*

86. *Quotuplici respectu pactum vel ultima voluntas in judicio deponatur, hic ostenditur.*

87. *Depositio pacti vel testamenti in judicio,* ad effectum ratificandi, *facta, omnium solennitatum defectum supplet.*

88. *De quanam judiciali depositione Leges & Statuta, quam solennitatum loco permittunt, sint exaudienda?*

89. *Verba L. 19. Cod. de testam. quo sensu accipiantur?*

90. *Forma judicialis depositionis ad effectum ratificandi factæ.*

91. *Ratio cur in substrato judicialis depositio ad effectum saltem custodiendi facta, sit habenda.*

92. *Corruente pacto de futura hæreditate inito, paciscens per ultimam voluntatem libere disponere valet.*

93. *Imo manente licet hujusmodi pacto, fideicommissi ordinatio nihilominus est permissa.*

94. & 95. *Hæres fideicommissarius, sciens alienationem bonorum fideicommisso subjectorum, sibi non præjudicat.*

96. *Imo, licet ipse rem fideicommisso obnoxiam sibi restituendam emat.*

97. *Hæres matris fiduciarius Legitimam cum Trebellianica deducit.*

98. *Quod jus ad hæredes transmittitur.*

99. *Imo cedi à filio cuicunque potest.*

100. *Fideicommissum præcise ad Testatoris propria bona & non ulterius extenditur.*

101. *Unus ex fideicommissariis renuncians portioni ac juri suo, an accrescat reliquis fideicommissariis, an vero hæredi?*
(*) *Ad renuntiata non datur regressus.*

102. *Fidei-*

102. Fideicommiſſo conditionali renuntiari poſſe multi negant.
103. & 104. Affirmativa verior.
105. Jus accreſcendi inter fideicommiſſarios etiam ſub conditione honoratos locum habet.
106. Ceſſat tamen aliquando.
107. Undenam hoc poſſit certo judicari?
108. Ante publicationem ſententiæ Judex de legitimatione perſonarum & quæ huic cohæret debet eſſe certus.
109. Sententia.

DEmnach uns Decano und andern Doctoribus und Profeſſoribus der Juriſten Facultät bey gemeiner Hoch-Fürſtlich Würtenbergiſchen Univer-
1 ſität Tübingen, hiebey wieder zurückkommende Acta, in Sachen Fr. Annä Margarethä, weyland Hrn. Johann Haydens ſeel. hinterlaſſener Wittiben zu Leonberg, mit ihrem Gerichtlich beſtellten Kriegs-Vogt, modo deren Erben in Actis benannt, po. revocandæ donationis; So dann beſagter Fr. Annä Margarethä Heydin, und Fr. Mariä Magdalenä, weyl. Hrn. Philipp Adam Pfeilen, Gerichts-Verwandten zu Heylbronn, hinterbliebener Wittiben, itzo deren Erben gleichfalls in Actis benannt, pro fidei commiſſi Klägern eines; Entgegen und wider Fr. Annam Barbaram, ſeel. Hrn. Johann Daniel Andlers, Fürſtlich Würtenbergiſchen Rent-Cammer Expeditions-Raths, nachgelaſſene Wittib, dermalen in dritter Ehe mit Hrn. Johann Martin Eiſengrein Fürſtlich Würtenbergiſchen Extraordinari-Rath, lebend, Beklagtin andern Theils, überſandt worden, mit Begehren, wir wollten dieſelbe mit Fleiß durchleſen, und nachdem die in Anno 1669. ſchon durch Gnädigſten Fürſtlich. Remiſſions-Befehl dahin gewieſene, und mittelſt darauff eingelegten Klagten anhängig gemachte Sache endlich einmal mit höchſter Mühe von den, einander bishero ſelbſt vielfältig gehinderten Partheyen zum Schluß gebracht und hinterſetzt worden, durch unſer abfaſſendes Rechtliches Gutachten an Hand geben, was darinn zu ſententioniren ſeyn möchte; Als haben wir zu dienſtfreundlicher Willfahr und Beförderung der heylſamen Juſtitz dieſelbe, ſo bald es anderer unumgänglicher Amts-Geſchäffte halber ſeyn können, vorgenommen, mit behörigem Fleiß durchgangen, alles reifflich erwogen, und in unſerm verſammleten Collegio davon nach Nothdurfft deliberirt, forderiſt aber befunden, daß erſt er-
2 meldte Fr. Anna Margaretha Haydin, deren, entzwiſchen ſeelig Verſtorbenen Stelle, anjetzo die hinterlaſſene Erben vertreten, geklaget, was geſtalten der Fr. Beklagtin erſter Ehe-Wirth ſeel. Johann Daniel Andler, geweßter Fürſtl. Würtenbergiſcher Rent-Cammer Expeditions-Rath, ſie Haydin, als ein einfältiges und blödes Weibsbild zumalen ſeiner Mutter Schweſter, mit vielfältigen ſchmeichlenden Worten, auch bisweilen importunis ſollicitationibus ac moleſtis flagitationibus & ſuaſionibus dahin inducirt und gebracht, daß ſie ihm A. 1666. den 20. Novemb. per modum puræ ac ſimplicis donationis 1800. fl. in zweyen Capital-Brieffen, von denen der eine 1600. fl. Capital in ſich begriffen, und auf Löbl. Landſchafft in Würtenberg auf Johannis Tag in Verzinſung geſtanden, der ander aber 200. fl. beſaget, und von der Commun zu Oeltingen, Leonberger Amts zinßlich vertreten worden, cediren, einraumen und für eigen übergeben müſſen, wie dann die beyde Gült-Brieffe der Seel. Johann Daniel Andler zu ſeinen Händen empfangen, alienirt und das erhoben Geld auf den Bau ſeines Hauſes verwendet, welches nebenſt andern ſeinen Gütern und Baarſchafft folgends auf ſeine hinterlaſſene Wittib, die Fr. Beklagtin, als inſtitutam per teſtamentum heredem, gekommen, und deswegen ſelbige billig in Rechten disfalls zu antworten ſchuldig, da man ſolch beſchehene donation, tam ex defectu veræ & liberæ voluntatis, quam facultatis donandi, klagender Seits, als null und nichtig, anſicht. Dann belangend voluntatem donandi, ſo
3 hab die Fr. Haydin hoch betheuret, daß ſie proprio motu und freyen Willens die donation nicht gethan, ſondern der ſeel. Hr. Andler ein ſolches unter andern importunis, improbis, moleſtis, immoderatis, inſolentibus & inceſſabilibus ſuaſionibus & ſollicitationibus von ihr erpreſſet habe, deswegen ſelbige für kein freywilliges Weſen geachtet werden könne. Und obwohl in dem darüber aufgerichteten Receſs lit. A. gemeldet, es ſey die donatio aus ihrem freyen, ungezwungenen, und ungedrungenen Willen von ihr geſchehen, auch andere clauſulæ, inſonderheit renunciatoria exceptionis læſionis beygeſetzet worden, ſo ſey doch eben daraus abzunehmen, daß Hr. Andler in ſeinem Gewiſſen ſelbſt, daß die Fr. Haydin zu ſolchem Werck wider ihren Willen durch ihn gebracht worden, überzeugt geweſen, und deswegen ſich bemühet, wie er künfftiger Klag durch dergleichen exquiſitas cautelas & clauſulas vorbauen möchte, quæ tamen eum de doloſa perſuaſione magis ſuſpectum reddant. So
4 ſey in dem Receſs nirgend zu ſehen, daß jemand von den anweſenden Perſonen ihro hätte beditten, was ſolche clauſulæ für Krafft und Würckung zu haben pflegen, conſequenter ſeyen ſie vergebens eingeruckt, und ſupplire auch die clauſula motus proprii nicht den defectum voluntatis, um ſo mehr, weil die Fr. Haydin ohne Urſach ſo ein übermäßige donation ſolle gethan haben, welches daß es motu proprio geſchehen, und auf ihr Begehren mit ſolchen exquiſitis clauſulis beſtätiget, nimmer, vielmehr auf Seiten des Andlers eine prava perſuaſio, auf Seiten der Fr. Haydin eine ſimulatio zu conjecturiren, quia nemo ſuum jactare præſumitur, zumalen da nicht allein ohne das eine gemeine præſumptio, quod mulieres avaræ, & conſequenter ad donan-

dum non perfaciles, sondern auch die Fr. Haydin noch nähere Bluts-Freunde als Hrn. Andler gehabt, daher nicht verisimile, daß, wann sie ungezwungen und ungedrungen etwas, und fürnemlich ein solch grosses Capital verschencken wollen, sie nicht vielmehr solcher Liberalität, sich gegen ihrem Leiblichen Bruder, als gegen den Andler gebraucht hätte, bleibe also dabey, daß bey der Fr. Haydin kein vera ac libera voluntas donandi gewesen.

5 Betreffend 2. facultatem donandi habe die donatrix selbige auch nicht gehabt, in reiffer Betrachtung, sie sine Curatoris consensu & absque prævia causæ cognitione judiciaria, ac Judicis authoritate, solche donation nicht thun können. Und ob zwar bey Aufrichtung des Donations-Recess Hr. Sebolb Keppler, als der Fr. Haydin Curator, wie aus dessen Subscription gegenseitig will argumentirt werden, gewesen seyn soll, so sey doch dadurch dem Handel auf Seiten der Fr. Beklagtin gar nicht geholffen, sintemalen er nicht als Curator und Kriegs-Vogt, ut consensum suum præstaret, sondern nur als ein testis, ut de re gesta testimonium perhiberet, requirirt worden, wie denn ratione ipsius consensus im gantzen tenore des aufgesetzten Verglichs-Recess kein Wort zu finden, sondern er allein post jam illegitime celebratum actum in vim testimonii, gleich wie Hr. Binder nebenst Hrn. Stadt-Schreibern gethan, den Recess subscribiren und sigilliren helffen, quod ex parte curatoris ad validandum contractum non suffi-
6 ciat. Wann auch gleich, den Fall gesetzt, Hr. Keppler in diesen contractum immodicæ donationis verwilliget hätte, so sey doch die Handlung nie vor Gericht gebracht, viel weniger darüber Gerichtlich erkennt worden, welches beydes doch im Fürstlich. Landr.

p. 2. t. 29.

expresse requirirt werde, daher ob defectum hujus requisiti eine insanabilis nullitas entspringe, quæ omnem actui adimat effectum.
7 Wann dann die Sach sich also bewandt befinde, daß die vermeinte donatio nullo juris & æquitatis prætextu möge justificiret werden, sondern res mali exempli & pessimæ consequentiæ seyn würde, die ohne das vehementem doli præsumptionem in sich habe, und daher wann obangeregte beyde Gült-Brieff noch bey der R. obhanden wären, den Aa. rei vindicatio wider selbige competiren thäte, weilen aber dieselbe alienirt, und das gelößte Geld in das Andlerische Hauß zu Stuttgardt verwendet worden, demnach die R. als testamentaria heres ex facto defuncti mariti disfalls gehalten, so haben Aa. gebeten, zu erkennen und zu sprechen, daß die beklagte obeingeführte 1800. fl. samt dem Interesse und verursachten Unkosten, zu bezahlen und gut zu machen schuldig, oder widrigfalls die Aa. in das Andlerische Hauß zu Stuttgardt, worein solche 1800. fl. verwendet worden, immittiret und eingesetzet seyn sollen, bis daß sie quocunque juris modo die völlige Satisfaction zu ihrem guten contento erlangt und zuwege gebracht, cum Implor. off. jud.

Worauff Fr. Beklagtin (noch vor richtig 8 gemachter caution, als womit es ihrer Seits fast in die 2. Jahr angestanden, interposita protestatione ab Aa. daß die L. C. dem puncto cautionis durchaus nichts præjudiciren sollte,) nechst vorgängiger Andung, daß sie zwar wohl befugt wäre, exceptionem libelli inepti zu opponiren, indem nicht allein die Uberschrifft der Klag im Nahmen der Principal-Agentin gestellt, das gantze Klag-Libell aber auf den sich angegebenen Anwald gerichtet, sondern auch die Klag so ungeschicklich formiret worden, daß weder competentia actionis von einigen Rechtsgelehrten daraus colligiret werden könne, sondern vielmehr handgreifflich daraus zu sehen, daß solch Libell den ausgedruckten legibus schnurstracks entgegen lauffe, sey ihr aber mit Weitläuffigkeit nicht gedient, und verlange sie der Sachen bäldesten Ausgang, deswegen Litem negativè, negando narrata, prout narrata, contestirt, und angeführt, daß klagende Fr. Haydin von selbsten gestehen müssen, daß sie den 20. Augusti 1666. per modum puræ ac simplicis donationis seel. Hrn. Johann Daniel Andlern an zweyen Capitalien 1800. fl. cedirt, eingeraumt und für eigen übergeben, auch die Gült-Obligationes zu dessen sichern Händen gestellet, welche beede Capitalien seel. gedachter Hr. Andler alienirt und abgelößt, auch das daraus erhobene Geld zu seinem Hauß-Bau, (als worzu es ihm Krafft des Donations-Instruments hauptsächlich zugeeignet worden) verwendet, zumalen sie Fr. Beklagtin, als eine Wittib und seine Testaments-Erbin hinterlassen habe. Wann nun dieses erwogen 9 und gegen die Rechte gehalten werde, so ergebe sich gleich von selbsten die deficiens competentia actionis, dann zugeschweigen quod donationum revocatio, nisi ex certa & per expressas leges approbata causa, quarum nulla à parte act. allegata vel deducta, à jure sit prohibita

per l. 3. 4. 5. 6. 10. C. de revoc. donat.

und nur L. 7. c. d. t. zu betrachten, so finden r. in selbigem sich die ausgedruckte formalia: Cæterum ea, quæ adhuc matre pacifica & ante inchoatum, cœptumque jurgium, vendita, donata, permutata, in dotem data, cæterisque causis legitimè alienata sunt, minimè revocamus &c. aus welchem ja unzweifflich die non-competentia actionis so gar am Tag, daß es nicht klärer noch ausgedruckter seyn könnte, sintemalen per propriam adversæ partis in optima juris forma acceptatam confessionem unstrittig, daß solche beede Capitalien alienirt und abgelößt, ja gar das erhaltene Geld bereits auch wiederum in anderwärtigen Nutzen angewendet worden, wie könne man dann so keck und vermessen seyn, contra clarissima & expressa verba præallegatæ legis ein solch temerarium litigium anzufangen, und ipsa lege denegante actionem ehrliche Leut in Gericht zu ziehen und

vergeb-

vergeblichen umzuſprengen? 2. ſeyn in ſolchem Lege auch dieſe Wort enthalten: actionem autem hanc ita perſonalem eſſe volumus, ut nec in heredem detur, daher dieſe Action wieder contra Ream durchaus kein Statt finden könne. Wann dann hieraus Sonnen-klar, daß weder wider Seel. Hrn. Andler, wann er gleich noch im Leben wäre, denen Aa. keine Action competiren könnte, vielweniger aber ſelbige die R. deswegen in judicio zu belangen einiges Rechts-Fundament haben können, als hat Beklagte gebeten Aa. mit ihrem den Rechten è diametro entgegen lauffenden Petito hinzuweiſen, und R. von übel-angeſtellter Klag zu abſolviren, cum refuſione expenſ. & Implor. &c. ſolitâ.

10 Auf welches hin Aa. ſich, nach eingegebener Replic, auf das Punctum probationis gelenckt, nach eingekommenen Rotulis Examinum, wowider zwar der R. anderer Ehewürth und Curator legitimus zugleich excipirt, als wäre die Zeugen-Verhör nicht ordentlich vorgenommen, doch endlich die Examina pro publicatis angenommen und copias begehrt, beede Theil reſp. Probation- und Refutation- auch Eventual-Concluſion-Schrifften, und ferner Aa. Concluſionem Finalem eingebracht, und endlich utrinque mündlich in der Sach ſubmittirt.

11 Hierüber nun unſere beywohnende rechtliche Gedancken kürtzlich zu eröffnen, ſo iſts an deme, daß, ſo viel dieſe Sache betrifft, die von der Frau Haydin ihrem Vettern Seel. Hrn. Johann Daniel Andlern, Fürſtl. Würtemb. Renth-Cammer Expeditions-Rathen den 20 Novembr. 1666 beſchehene Schenckung der 1800 fl. Capital theils auf löbl. Landſchafft in Würtemberg, theils aber auf dem Flecken Oeltingen Leonberger Amts in Verzinſung ſtehend in totum oder gantz, keines weges als eine zu recht beſtehende gültige Donation ſalviret werden möge.

12 Nicht zwar aus der Urſache, wie klagender Seits vermeinet wird, quod non adfuerit vera & libera Donatricis voluntas, quam tamen ratione cauſæ efficientis una cum voluntate donatarii ad perficiendam donationem intercedere omnino oportuiſſet, ſi donatio pro valida haberi deberet; Denn ob wohl defectum illius auſſer der Frau Haydin (welche vor Hrn. Burgermeiſter Bernhard Vimpelin, Hrn. Wenceslao Neideckern Gerichts-Verwandten, und Hrn. Joh. Chriſtoph Eſchenmeyern Stadtſchreibern zu Leonberg, ſo ſie den 8 Julii 1668 zu ſich erfordern laſſen, bey ihrem guten reinen Gewiſſen bezeugt, daß ſothane gegen Hrn. Andlern Seel. beſchehene Ubergab der 1800 fl. indem er ohne willfahrige Reſolution gleichſam nicht von der Stelle gewollt, aus lauter ihro gantz ohnverantwortlich vorkommener Beredung und dahero in ihr als einer ohne das ſchreckhafften Frauen entſtandener Furcht geſchehen ſey, wie dann ihr vorgeſetzter Kriegs-Vogt ſich gleich dawider geſetzt, aber von dem Hrn. Andler Seel. bald ſeine Abfertigung, was es ihn angehe, bekommen, derowegen weil er ihro unfehlbarlich nach ihrem Tod verlangentlich geſtrebet, aber nach Gottes Willen denſelben nicht erlebet habe, ſie hiemit berührte Ubergab oder Geſchenck, wie es genennet werden möchte, ohnangeſehen darüb ein Receſs aufgerichtet, (wann ſie nicht an ſich ſelbſten von Rechts wegen nichtig ſeyn ſollte,) wiſſentlich und wohlbedächtlich gantz und gar widerrufft und caſſirt haben wollte, ſich anbey erklärend, daß ſie auf die Wahrheit obiger Umſtände zu leben und nach Gottes Willen dermahlen von dieſer verführiſchen Welt abzuſcheiden begehre ꝛc. laut Beylage Lit. Ff. und ſolche ihre Ausſage, Erklärung und Revocation, als ermeldter Hr. Neidecker und Johann Conrad Schramm von einem ehrſamen Gericht zu ihr deputirt worden, ſie nochmals darüber zu befragen, ob ſie dabey beſtändig verbleibe, vor denſelben wieder repetirt und beſtättiget, nach eydlicher Ausſage Hrn. Neideckers in fin. der Zeugen Verhör über des Klagenden Theils Probatorial-Articul; deren Conteſtation und Erklärung wir in ſo groſſe Conſideration nicht ziehen, weil ſie in propria cauſa teſtirt,) expreſsè Teſtis ſecundus Hr. Sebaſt. Kepler ihr der Haydin geweſener Curator behärtet, eydlich deponirend, daß ſie Frau Haydin importunis ſollicitationibus von Hrn. Andler zu ſolcher Schenckung und Ubergab genöthigt worden, B

ad Prob. 3.

er ſey ohn ſein des Kriegs-Vogts Beyſeyn an ſie die Frau Heydin gegangen

Idem ad d. Prob. 3. Int. Spec. 3.

und er, Curator, deswegen durchaus nicht in die Schenckung willigen wollen, ſondern ſich darwider geſetzt, 13

Idem ad Prob. 4. & 5.

welches Widerſetzens halber Hr. Andler ihn Curatorem angefahren, was er darein zu reden, und ſich ſo zu widerſetzen habe, ſie ſeyen Freunde, Frau Haydin möchte mehrers thun, was es ihn angienge, er ſolle wiſſen, daß er ein Expeditions-Rath, könne auch noch nicht nur etwa einem und andern in particulier, ſondern auch Stadt und Amt vielleicht wieder dienen.

Idem ad Prob. 6.

Und weil die Frau Haydin ihn Curatorem mit Weinen, Seuffzen und Zittern um GOttes willen gebeten, ſolle nur das Inſtrument mit unterſchreiben,

Idem ad Prob. 8. & Prob. 9. Int. 1.

welches theils von der Frau Haydin, theils von Hrn. Keplern alſo gehört zu haben, auch eydlich bejahen 14

Teſt. 3. & 4. ſo Herr Neideck und Herr Stadtſchreiber Eſchemeyer ad Prob. 3. 4. 5.

deren Ausſage dann Hrn. Keplers Teſtimonio ein ziemliches adminiculum geben würde, wann ſie es gleich tempore factæ donationis oder bey Lebzeiten des Seel. Hrn. Andlers ehe ſich dieſe Strittigkeit nach ſeinem Todt entſponnen

15 nen gehört hätten; und ferner kein geringes Argumentum importunarum sollicitationum & efflagitationum, quæ a parte Domini Andleri interceſſerint, zu flieſſen und zu nehmen zu ſeyn ſcheinet, ex literis von Hrn. Andlern an Hrn. Diaconum Zellern ſeel. ante hanc donationem factam geſchrieben, und deſſen beygefügten Erinnerung, ſo in Rotulo Tubingenſi poſt art. Prob. 12. befindlich, da er Herr Diaconus Zeller Seel. bezeugt, daß die Fr. Haydin offt zu ihm gekommen, mit aufgehobenen Händen und weinenden Augen um GOttes Barmhertzigkeit willen gebeten, er wolle doch ſie beyde zu einem guten Vergleich diſponiren, dann ſonſten bey ſolcher Ohneinigkeit ſie nicht wiſſe, wo aus noch ein, wolle gern thun ihres Orts mit ihrem Armuthlein, was ſie könne, und haben ſie bereits gegen ihn Herrn Andlern viel gethan, daß er ihro faſt nicht mehr zumuthen könne, ſie möchte keinen gern erzürnen ꝛc.

16 So kan doch, wann hierdurch gleich defectus liberæ voluntatis donatricis für völlig erwieſen gehalten wird, deswegen die Donation nicht gantz für null und nichtig erkandt werden.

17 Conſtat enim inverecundas preces & importunas ſollicitationes coactionem quandam involvere, adeoque donationes importunis precibus & ſollicitationibus elicitas quaſi metu factas conſiderandas eſſe. Quia autem regulariter omnia negotia civilia, conſequenter & donationes metu factæ non ſunt ipſo jure nullæ, ſed ſubſiſtunt & reſcinduntur, ſi modo juſtus intervenerit metus, qui in conſtantem virum vel fœminam cadere poteſt,

l. 6. ff. quod met. cauſa ibi Brunnem. *l. 3. ff. ex quibus cauſ. maj.* Manz. *tr. de reſtit. in integr. ex cauſ. met.*

18 donatio hæc quoque ex capite metus & coactionis per importunas & inverecundas Andleri ſollicitationes, quibus materteram ſæpius moleſtavit, illatæ & libertatem voluntatis tollentis, non ipſo jure nulla cenſeri poteſt, imo nec reſcindi etiam poterit, cum importunitas illa metum talem juſtum, qui in conſtantem fœminam cadere poſſit, continere vix dici queat.

19 Wohl aber iſt dieſe Donation biß an 200 fl. ungültig, 2. der Urſach, daß, wie beklagter Theil ſelbſt geſtändig, und keines wegs in Abred ſeyn kan, keine gerichtliche Cognition darüber gepflogen, noch die beſchehene Schenckung und Ubergab jemahlen vor Gericht gebracht, und inſinuirt worden, geſtalten bekandt daß in Jure noſtro Provinciali cavirt, daß wann einer dem andern an Geld und fahrender Haab über 200 fl. werth gemeiner des Hertzogthums Landswährung aus Freygebigkeit ſchenckt, ſolche Schenckung nicht anders Krafft haben ſolle, als wann ſie vor Gericht gebracht
20 und in das Gericht-Buch eingeſchrieben worden; wann aber was an liegenden Gütern oder andern dergleichen Dingen, ſo unter dem Namen liegender Güter begriffen geſchenckt werde, die Schenckung ohn einigen Unterſcheid des Werths für Gericht gebracht und eingeſchrieben werden müſſe, wann ſie Krafft haben und gelten ſolle.

J. P. W. part. 2. tit. 18. §. vvann einer &c. ſeq.

welches ſonder Zweiffel in priori caſu alſo zu 21
verſtehen, daß die Schenckung, ſo über 200 fl. werth in ſich hält, ratione deſſen was über die 200 fl. haud facta inſinuatione keine Krafft haben, ratione der 200 fl. aber nichts deſto weniger, ob gleich die gerichtliche inſinuation unterlaſſen worden, kräfftig und bündig ſeyn ſolle,

argumento eorum, quæ de donatione 500 ſolidos excedente ſi valere debeat, actis publicis inſinuanda conſtituta ſunt

l. 34. l. pen. & ult. C. de donat. §. 2. Inſt. eod.

& quia pro bono publico, cujus utique in- 22
tereſt, fraudes quæ in immenſis donationibus facile committi poſſunt, præcaveri, & proſpicere, ne quis temere patrimonium ſuum effuſis largitionibus exhauriat, & ne egenis civibus Respubl. oneretur, quod contingere poſſet, ſi homines aut fraude decepti, aut juſto metu inducti, aut temere & ſine circumſpectione magnas opes profunderent, ordinata ſunt, in foro conſcientiæ etiam hactenus tenent, ut donator licitè & ſine peccato exceſſum, nulliter quippe donatum, ob omiſſam formam, quam velut eſſentiale requiſitum addere potuit Jus Civile, revocare poſſit.

Stryck *de for. conſcient. cap. 5. n. 22.*

Hæc enim non alium ſenſum habere, quam 23
quod donatio ſummam illam 500 ſolidorum excedens non in totum ſed ſaltem pro ea parte qua quantitatem iſtam legitimam excedit, inutilis & invalida eſſe debeat in vulgus conſtat

ex l. 35. §. 3. l. pen. §. ult. C. d. t. Brunnem. *ad l. 34. C. d. t.* Carpz. *p. 2. c. 12. d. 17. n. 2.* Richter. *dec. 22. n. 64.*

quia inconveniens foret ſi utile per inutile 24
vitiaretur, ubi utile ab inutili ſeparari poteſt

l. 9. l. 12. l. 29. de uſufruct. Molina *de I. & I. Diſp. 278. n. 1.*

Recte proinde etiam illum in ſenſum jus no- 25
ſtrum Statutarium interpretabimur, notum quippe eſt Jura Provincialia interpretationem ſuam ex jure communi recipere, ſemperque ita capienda & declaranda eſſe, ut quoad ejus fieri poſſit, ipſi conformentur, illudque quam minime lædant.

c. 8. de conſuet. Kleinſchmid *in Præcogn. Jur. tr. 4. ſect. 8. n. 20.* Hunn. *Encyclop. Jur. Univ. p. 1. tit. 2. c. 6. n. 46.* Carpzov. *p. 3. c. 20. d. 10. n. 5. & lib. 6. R. 49. n. 19.* Berlich. *p. 3. concl. 24. num. 9.*

welches dann 3 auch Statt und Platz hat in 26
donationibus, ſo von Freunden und Bluts-

Ver-

Verwandten den andern Befreunden geſchehen,
quia conſanguinitas non relevat à neceſſitate inſinuationis, adeò, ut nec excipiatur quidem donatio aſcendentis in deſcendentem, quamvis ea facta ſit in præmium emancipationis.

l. 27. C. de donat. l. 25. C. de donat. int. vir. & uxor. Cardin. Tuſch. *lit. D. concl. 629. n. 2. ſeq.*

27 Nam cum fraudes, ad quas præcavendas inſinuatio potiſſimum introducta, frequentius inter conjunctos quam extraneos contingere ſoleant, convenit quoque quam maximè inter ipſos jura illa inſinuationem requirentia ſanctè cuſtodiri.

poſt Romanum, Angelum Tuſch. *lit. D. concl. 646. n. 12. 13. 29.*

28 Excipiunt communiter Dd. hic ſaltem caſum ſi aſcendens donet, ut in legitimam imputetur,

Paul. de Caſtro *vol. 1. Conſ. 345. n. 14.* Phil. Decius *Conſ. 239. n. 2.* Tuſch. *d. concl. 646. num. 84.* & plures allegati a Gabriel. *de donat. concl. 1. n. 79.*

29 quia hoc non ſimplex donatio & mera liberalitas cenſetur, cum legitima æs alienum & debitum naturale ſit

Nov. 1. in præfat.

30 quæ exceptio regulam quoad alios conſanguineos ad legitimam ſibi invicem relinquendam non obſtrictos in contrarium magis firmat.

31 Und ob wohl beklagter Seits die Donation der 1800 fl. in totum ut validam zu behaupten eingewendet wird, non requiri inſinuationem, ſed donationem determinatam ſummam 200 fl. excedentem in totum ſubſiſtere omiſſa quoque inſinuatione 1. wann die Donatio in ein ſchrifftlich Inſtrument verfaßt, und ſolches von drey Zeugen ſubſcribirt worden, wie hier geſchehen.

arg. Novell. Leon. 50.

32 2. quando ad refectionem vel reſtitutionem domus incendio vel ruina ſublatæ facta

l. 36. §. 2. C. de donat. J.P.W. p. 2. t. 18. §. doch ſollen &c.

huic autem ſimilem eſſe hanc ad coemptionem domus factam qualis hæc.

33 3. ſi donatio ſit remuneratoria, qualis hæc iterum fuerit.

J.P.W. d. l.

34 4. quando donatio oneroſam conditionem adjectam habet, uti hæc, da Hr. Andler Seel. dieſer Schenckung wegen ſeinem von der Fr. Haydin künfftig zu gewarten habenden Erbtheil, ſo ein weit gröſſers, als dieſe Summ der Schenckung ausgetragen hätte, renunciren müſſen.

35 5. cum mortis cauſa fit donatio, ei autem hanc ſimilem eſſe intuitu renunciationis illius.

So mag doch deren keines ſelbige quoad exceſſum der 1600 fl. des Landſchafftl. Capitals, man möge ſelches für voll oder zur Helff-

te für 800 fl. rechnen, ab invaliditate ſalviren. Nicht das erſte, quia in uſum fori Imp. Ro- 36
mani Occidentalis & Regni noſtri Germaniæ hoc jus, quod Novellis Leonis continetur, nq. admiſſum, conſtat enim Novellas illas Leonis omni juris authoritate deſtitui, nec in vim juris allegari poſſe, etſi quid contineant, quod jure recepto non eſt deciſum

Rittershuſ. *in Comment. Novell. proœm. c. 2. n. 26.* Struv. *Synt. Jur. Feud. cap. 1. th. 7.* B. D. Lauterbach. *Exerc. Forenſ. 1. concl. 12.* add. Gothofred. *ad l. 36. C. de donat.*

nicht das andere, quia jus ſingulare in ca- 37
ſu donationis ad refectionem vel reſtitutionem domus exuſtæ vel ruina ſublatæ ad caſum coemptionis domus contra juris ſingularis naturam extendi minime poteſt, argumento eorum, quæ in ſimili ratione hypothecæ tacitæ in refectionem & reſtaurationem ædificii collapſi ſive exuſti credenti conceſſæ ei, qui in novi ædificii exſtructionem vel veteris amplificationem aut exornationem credidit, minimè competentis tradit

poſt Merlinum, Bachovium, Rodriquez, Vinnium, B. Dn. Lauterbach. *de hypoth. legal. ſect. 10. n. 57.*

nicht das dritte, weil in theſi zwar wahr, daß 38
donatio remuneratoria etiam non facta inſinuatione ſubſiſtire, aber es iſt nicht gleich eine jede donation, quam præcedunt merita plerumque ex pietate profecta, remuneratoria zu nennen, ſondern es kommen allein die merita in conſideration in conſtituenda donatione remuneratoria, quæ aliquam in ſe præſtandi neceſſitatem habent, adeò ut ſi quis ſponte merita remunerare nolit, ab hoc per implorationem officii Judicis compelli poſſit, quale exemplum in donatione Præceptori facta exhibet JCtus

in l. 27. ff. de donat. Tiraquell. *in L. ſi unquam. 8. verb. donatione largitus. n. 107. C. de revoc. donat.*

daher auch Sereniſſimus noſter Legislator will, daß allwegen die Gutthaten, derwegen die Schenckung geſchehe, bey der Schenckung in ſpecie ausdrücklich vermeldt oder hernach durch den, dem geſchenckt worden, erwieſen werden ſollen, damit man ſehen könne, in wie weit die Schenckung den meritis und Gutthaten gemäß.

Nam eatenus tantum valet donatio ob benemerita facta ſine inſinuatione, quatenus meritis æquivalet, quia eatenus non eſt donatio pura ſed ex cauſa & potius vim contractus, quàm ſimplicis munificentiæ & liberalitatis habet,

Bartol. *in l. per diverſas. C. mandat.*

quatenus verò donatio merita tranſcendit, inſinuari debet ſi ſummam illam determinatam excedit.

Alexand. *lib. 3. Conſ. 119. n. 5.* Tiraquell. *in d. l. ſi unquam. verb. donatione largitus. num. 80. & n. 122.* Treutler.

vol. 1. Conſ. 3. num. 77. Tuſch. *lit. D. Concl. 629. num. 33.*

Weil nun hier dergleichen groſſe Meriten und Wohlthaten, die dieſer Donation gleicheten, weder in dem Inſtrumento donationis exprimirt, noch ſonſten zur Gnüge erwieſen worden, kan die Donation ratione exceſsûs von der ab omiſſa inſinuatione herrührenden Ungültigkeit per hanc exceptionem nicht liberi-
39 ret werden. Nicht das vierte. Nam quod dicitur, donationem ob cauſam de futuro oneroſam non requirere inſinuationem pro quantitate nimirum cauſæ illius oneroſæ, quia non eſt eatenus donatio ſimplex, obtinet, qn. cauſa donationi adjecta reſpicit favorem & utilitatem donantis, nam ſi ex cauſa nullum ad donantem redundet commodum, ſed cauſa ea reſpicit ſaltem favorem tertii, non relevat cauſa adjecta, quin donatio pro vera habeatur donatione & ut alia ſimplex liberalitas inſinuanda veniat.

poſt Alexandrum, Card. Tuſch. *d. Concl. 629. num. 13. ſeqq.*

Cum ergò ex illa huic noſtræ donationi adjecta cauſa nullum donatrici obvenit commodum, ſed illud tantùm favorem cognatorum donatricis reſpexit, non potuit donationem inſinuationis neceſſitati eximere, tanto quidem minus, quod ipſe donatarius tum temporis, matre ipſius adhuc vivente, nondum habuerit jus ſuccedendi donatrici ceu materteræ ſuæ ab inteſtato, & licet habuiſſet, tamen illud donatrix pro lubitu ſuo per teſtamentum intervertere potuiſſet.

40 Nicht auch endlich das fünffte, denn dieſe Donation gantz keine ſpeciem in ullo articulo donationis mortis cauſa hat, daß ſie deßwegen ohne Gerichtliche inſinuation in totum gelten könnte. Können alſo dieſem allem nach nicht anders erachten, denn daß dieſe Schenckung quæſtionis der 1800 fl. ob omis-
(*) ſam inſinuationem (u. weil alſo auf die beſchehene revocation von der Fr. Haydin hierinn nicht geſehen wird, iſt nicht nöthig des in Duplicis Klägern deferirten Juramenti) biß auf die 200 fl. ungültig ſey, und von denen geſchenckten 1800 fl. die 1600. fl. wohl condicirt werden mögen.

l. 27. §. 1. ff. de donat. Carpzov. *p. 2. c. 12. d. 12.* Stryck *de cautel. contract. ſect. 3. c. 9. num. 5.*

42 haud obſtante, quod omnibus beneficiis & exceptionibus renunciatum in Inſtrumento donationis; quia renunciatio generalis
43 non impedit, quo minus donator, ejusque heredes exceſſum donationis immodicæ repetant, ex quo donatio non fuit inſinuata.

Alexand. *lib. 1. Conſ. 4. num. 10.* Roman. *Conſ. 12. n. 4.* Clar. *§. donatio. qu. 18. num. 3.* Anton. de Canario *tr. de inſinuat. q. 63.* Beroj. *lib. 1. Conſ. 56.* aliique allegati à Card. Tuſchio *lit. D. concl. 647. num. 5. 12.*

44 Imo vix quoque ſpecialis renunciatio inſinuationis repetitionem exceſſus excludere poterit, cum ſolennium renunciatio regulariter ſit illicita

arg. l. 38. de pact. Stryk. *d. l.* Zœſ. *de donat. n. 49.* Richter. *dec. 22. num. 62.* Philippi *in Uſu pract. Inſt. lib. 2. Eclog. 37. num. 14. & ad Deciſ. Elect. Saxon. 26. Obſ. 1.*

Auch Beklagtin als des Donatarii angemaßte Erbin die 1600 fl. oder wann man das Landſchafftliche Capital zur Helffte den Zinſen nach
45 rechnet, 800 fl. cum intereſſe à tempore Litis conteſtatæ heraus zu geben ſchuldig. Weil
46 aber Aa. keine tacitam hypothecam deßwegen in ædibus pecunia illa comparatis haben,

arg. textus J. P. W. *p. 2. tit. 8. §. Die Haab und Güter &c. fol. 262.*

kan die gebetene Immiſſion in das Andleriſche Haus zu Stuttgardt als eine Hypothec noch zur Zeit nicht erkannt werden.

Möchte alſo denen Partheyen in dieſer Sach folgende Urtheil, ſo wir den Rechten und ausgeübten Actis gemäß erachten, auch im Fall obhabenden Richterlichen Amts, ſelbſt zu publiciren kein Bedencken tragen wollten, eröffnet und publiciret werden.

Urthel.

47 In Sachen Rechtens, ſich haltend zwiſchen Frau Anna Margaretha, weyland Hrn. Johann Heydens ſeel. hinterlaſſenen Wittiben Erben in Actis benannt, Klägern Eins, ſodann Fr. Anna Barbara, ſeel. Herrn Johann Daniel Andlers, Fürſtl. Würtemb. Rent-Cammer Expeditions-Raths nachgelaſſene Wittiben dermahlen in dritter Ehe, mit Hrn. Joh. Martin Eyſengrün, Fürſtl. Würtemb. Extraordinari-Rath lebend, Beklagtin andern Theils, erkennet ein ehrſam Gericht auf Klag, Antwort, eingelegte Document, geführten Beweiß und all ander gerichtlich Fürbringen, nach gethanem Recht-Satz, genommenem Bedacht und gehabtem Rath mit Urtheil zu Recht, daß die von Fr. Anna Margaretha Haydin, der Fr. Beklagtin ſeel. Ehe-Wirthin ermeldtem Hrn. Andlern den 20. Nov. Ao. 1666. beſchehene Schenckung und Ubergaab der 1800. fl. biß an 200. fl. null und nichtig, und deßwegen Frau Beklagtin als ihres Ehe-Wirths Teſtamentliche Erbin 1600. fl. ſamt dem Intereſſe von Zeit der Kriegs-Befeſtigung Klägern gut zu machen ſchuldig und verbunden, die beyderſeits auffgeloffene Gerichts-Koſten aber aus Bewegniß gegen einander compenſirt und verglichen ſeyn ſollen.

48. Vors

48 VOrs ander haben Frau Anna Margaretha Haydin und Frau Maria Magdalena, weyland Philipp Adam Pfeilens Gerichts-Verwandten und Handelsmann zu Heylbronn, hinterlaſſene Wittib, deren Stelle jetzo dieſer nachgelaſſene Erben, in Actis benannt, partim ex hereditario, partim ex ceſſo jure, vertreten, geklaget, wie daß weyland Frau Agatha Herrn Jacob Joachim Binders, Burgermeiſters zu Leonberg, geweßte Ehefrau vermög der Beylag ſub lit. A. ihres letzten Willens kräfftige Diſpoſition den 29ſten Auguſti 1665. aufgerichtet, und darinn ihren Sohn ſeel. Johann Daniel Andler, weyland Fürſtl. Würtemb. Rent-Cammer-Expeditions-Rath, ſeines von ihr erblichen Anfalls halber aus beweglichen Urſachen dergeſtalt mit einem fideicommiſſo gravirt und beſchwehrt, daß ſeine Ehefrau, jetzige Beklagtin, von demjenigen, was er von ſeiner Mutter der Teſtatrice nach ihrem tödtlichen Ableiben zu gewarten hätte, und zu empfangen haben würde, es wäre ligends oder fahrendes, und hätte Namen, wie es immer wollte, das geringſte nicht von ihm erben oder fädig, er der Sohn auch nicht Macht haben ſollte, wann er ſchon ihren Todfall erlebt, und das mütterliche Erb würcklich zu Handen empfangen, ſeiner Frauen der jetztmahligen Beklagtin durch Schenckung oder Vermächtniß das geringſte davon, als ihrem der Teſtatricis armen Schweiß, zu verſchaffen oder auf einige Weis, wie die erdacht werden möchte, zuzuſtellen, ſondern, wann er ohn eheliche Leibs-Erben von ſeinem Weibe Tods verfahren ſollte, ſollte er alles, ausgenommen den Pflicht-Theil, wiederum zuruck auf ihren lieben Ehewirth und ihre Geſchwiſtrige fallen laſſen, ſolches auch unter denenſelben vertheilt werden, wie ſolches und anders mehrers in dem letzten Willen von der Teſtatrice ſelbſt mit eigener Hand exprimirt und geſchrieben. Ob nun zwar, als ſeel. gemeldte Teſta- 49
trix aus dieſem zeitlichen abgefordert, der Sohn nach Ausweiſung ordentlichen Inventarii von ihr der Teſtatrice in die 3000 fl. ererbet, alſo mithin zu obangeregtem Fideicommiſſo ipſo facto ſich verſtanden; So hab er doch pie defunctæ matris ultimæ voluntati zuwider ſich unterfangen durch allerhand Weg und Weys die Sach alſo zu richten, daß der ſeel. Teſtatricis hinterlaſſener Ehewirth Herr Jacob Joachim Binder, Capitain und Burgermeiſter zu Leonberg, wie auch ihr Bruder Herr Otto Leonhard Hoffſäſſer, Cloſters-Hofmeiſter und geiſtlich. Verwalter zu Lauffen, des fideicommiſſi ſich verziehen, derhalben die Fr. Beklagtin nunmehr ſicher zu ſeyn vermeynet, und ungeacht aller Anmohnung vigore fideicommiſſi zur extradition ihres Ehmanns ſeel. Johann Daniel Andlers Mütterlicher Erbs-Portion ſich keineswegs verſtehen wollen, da ſie doch in alle Wege dazu obligirt und verbunden. Dann 1. könne ſie mit Grund 50
Rechtens contra formalitatem teſtamenti kein dubium moviren, und ſey ohne das expediti juris, quod in dubio pro validitate ultimæ voluntatis ſit judicandum. Vorsander werde auch nicht widerſprochen werden können, quod mater quoque tam de Jure Civili, quam Prov. Würt. directò & obliquè ſubſtituere poſſit, und obwohl 3. die Fr. Beklagte vorſchützen möchte, daß der defunctæ teſtatricis maritus & frater dem fideicommiſſo renunciret haben; So müſſe ſie doch wiſſen, daß ipſe tenor teſtamenti klar an Tag gebe, daß dieſes fideicommiſſum conditionale ſey, derowegen ejus remiſſio ante exiſtentiam conditionis kräfftiglich nicht geſchehen können. Uber dieſes wann ſchon pie defunctæ teſtatricis relictus viduus & frater ihres Antheils ſich durch ſolche des Andlers ſeel. Induction hätten können und wollen begeben und verluſtig machen, ſo würde doch 4. ſolches keineswegs Aa. ſchaden, ſondern ſelbige vielmehr daher ein gewaltiges commodum & augmentum haben, indem portio renunciantium ihnen accreſciren thät. Dann 5. ſey wohl zu attendiren, daß à teſtatricis relicto viduo ac fratre die renunciatio nicht in favorem des Andlers, vielweniger deſſen hinterlaſſenen Wittib, ſondern in favorem der Teſtatricis übrigen Geſchwiſtrigen geſchehen ſey. Zu welchem 6. komme, daß die finalis ratio fideicommiſſi ſey der Teſtirerin geweſen daß die Fr. Beklagte ob ſummam ingratitudinem von ihrem Guth und Vermögen, ſo auf den ſeel. Andler fallen thät, durchaus nichts bekommen ſolte. Dem allen nach Aa. gebeten, ſie für rechte Fideicommiſs-Erben vorerwehnter Agathä Binderin ſeel. zu declariren, und darauff ferner zu erkennen und zu ſprechen, daß die Fr. Beklagtin obangeregte 3000. fl. ihnen zu reſtituiren ſchuldig ſey cum refuſione expenſarum damni & intereſſe, Implorato deſuper Jud. officio.

Worauff Fr. Beklagtin auch noch vor in 51
Richtigkeit gebrachter Caution, die doch per interlocutum ſchon auferlegt, litem negative, negando narrata prout narrata, gleichmäßig conteſtirt, und das Factum folgender Geſtalt vorgetragen, daß nachdem ihr ſeel. erſter Ehe-Liebſter bey ſeiner ſeel. Fr. Mutter noch von ſeinem vätterlich-anerſtorbenen Gut bey 1000 Rthlr. ſtehen und ſolches ſeine Fr. Mutter uſufructuarie zu genieſſen gehabt, ſie, ſeine Fr. Mutter aber ſich wohl einbilden können, wann nach dero ſeel. Hinſcheiden ihr Sohn nicht allein ſolch ſein verfangen Väterlich, ſondern auch anfallendes Mütterliche Gut nach dem ſtrengen Weg Rechtens ſuchen ſollte, ihrem hinterlaſſenden Ehewirth weniges von ihrer Verlaſſenſchafft zurück bleiben würde, damit nun auch ſie ſolches ihres Eheherrn Beſtes betrachten, und nichts deſtoweniger neben der Einigkeit alle Vertraulichkeit erhalten und fortpflantzen möchte, hat ſie ihren Sohn dahin ſuchen zu diſponiren, daß er vermittelſt ordentlichen ſub ſignatura lit. A. beygelegten Erb-Vergleichs, nächſt Voranneh-

vol. 1. Conſ. 3. num. 77. Tuſch. *lit. D. Concl. 629. num. 33.*

Weil nun hier dergleichen groſſe Meriten und Wohlthaten, die dieſer Donation gleicheten, weder in dem Inſtrumento donationis exprimirt, noch ſonſten zur Gnüge erwieſen worden, kan die Donation ratione exceſsûs von der ab omiſſa inſinuatione herrührenden Ungültigkeit per hanc exceptionem nicht liberi-
39 ret werden. Nicht das vierte. Nam quod dicitur, donationem ob cauſam de futuro oneroſam non requirere inſinuationem pro quantitate nimirum cauſæ illius oneroſæ, quia non eſt eatenus donatio ſimplex, obtinet, qn. cauſa donationi adjecta reſpicit favorem & utilitatem donantis, nam ſi ex cauſa nullum ad donantem redundet commodum, ſed cauſa ea reſpicit ſaltem favorem tertii, non relevat cauſa adjecta, quin donatio pro vera habeatur donatione & ut alia ſimplex liberalitas inſinuanda veniat.

poſt Alexandrum, Card. Tuſch. *d. Concl. 629. num. 13. ſeqq.*

Cum ergò ex illa huic noſtræ donationi adjecta cauſa nullum donatrici obvenit commodum, ſed illud tantùm favorem cognatorum donatricis reſpexit, non potuit donationem inſinuationis neceſſitati eximere, tanto quidem minus, quod ipſe donatarius tum temporis, matre ipſius adhuc vivente, nondum habuerit jus ſuccedendi donatrici ceu materteræ ſuæ ab inteſtato, & licet habuiſſet, tamen illud donatrix pro lubitu ſuo per teſtamentum intervertere potuiſſet.

40 Nicht auch endlich das fünffte, denn dieſe Donation gantz keine ſpeciem in ullo articulo donationis mortis cauſa hat, daß ſie deßwegen ohne Gerichtliche inſinuation in totum gelten könnte. Können alſo dieſem allem nach nicht anders erachten, denn daß dieſe Schenckung quæſtionis der 1800 fl. ob omis-
(*) ſam inſinuationem (u. weil alſo auf die beſchehene revocation von der Fr. Haydin hierinn nicht geſehen wird, iſt nicht nöthig des in Duplicis Klägern deferirten Juramenti) biß auf die 200 fl. ungültig ſey, und von denen geſchenckten 1800 fl. die 1600. fl. wohl condicirt werden mögen.

l. 27. §. 1. ff. de donat. Carpzov. *p. 2. c. 12. d. 12.* Stryck *de cautel. contract. ſect. 3. c. 9. num. 5.*

42 haud obſtante, quod omnibus beneficiis & exceptionibus renunciatum in Inſtrumento donationis; quia renunciatio generalis
43 non impedit, quo minus donator, ejusque heredes exceſſum donationis immodicæ repetant, ex quo donatio non fuit inſinuata.

Alexand. *lib. 1. Conſ. 4. num. 10.* Roman. *Conſ. 12. n. 4.* Clar. *§. donatio. qu. 18. num. 3.* Anton. de Canario *tr. de inſinuat. q. 63.* Beroj. *lib. 1. Conſ. 56.* aliique allegati à Card. Tuſchio *lit. D. concl. 647. num. 5. 12.*

44 Imo vix quoque ſpecialis renunciatio inſinuationis repetitionem exceſſus excludere poterit, cum ſolennium renunciatio regulariter ſit illicita

arg. l. 38. de pact. Stryk. *d. l.* Zœſ. *de donat. n. 49.* Richter. *dec. 22. num. 62.* Philippi *in Uſu pract. Inſt. lib. 2. Eclog. 37. num. 14. & ad Deciſ. Elect. Saxon. 26. Obſ. 1.*

Auch Beklagtin als des Donatarii angemaßte Erbin die 1600 fl. oder wann man das Landſchafftliche Capital zur Helffte den Zinſen nach 45
rechnet, 800 fl. cum intereſſe à tempore Litis conteſtatæ heraus zu geben ſchuldig. Weil 46
aber Aa. keine tacitam hypothecam deßwegen in ædibus pecunia illa comparatis haben,

arg. textus J. P. W. *p. 2. tit. 8. §. Die Haab und Güter &c. fol. 262.*

kan die gebetene Immiſſion in das Andleriſche Haus zu Stuttgardt als eine Hypothec noch zur Zeit nicht erkannt werden.

Möchte alſo denen Partheyen in dieſer Sach folgende Urtheil, ſo wir den Rechten und ausgeübten Actis gemäß erachten, auch im Fall obhabenden Richterlichen Amts, ſelbſt zu publiciren kein Bedencken tragen wollten, eröffnet und publiciret werden.

Urthel.

In Sachen Rechtens, ſich haltend 47
zwiſchen Frau Anna Margaretha, weyland Hrn. Johann Heydens ſeel. hinterlaſſenen Wittiben Erben in Actis benannt, Klägern Eins, ſodann Fr. Anna Barbara, ſeel. Herrn Johann Daniel Andlers, Fürſtl. Würtemb. Rent-Cammer Expeditions-Raths nachgelaſſene Wittiben dermahlen in dritter Ehe, mit Hrn. Joh. Martin Eyſengrün, Fürſtl. Würtemb. Extraordinari-Rath lebend, Beklagtin andern Theils, erkennet ein ehrſam Gericht auf Klag, Antwort, eingelegte Document, geführten Beweiß und all ander gerichtlich Fürbringen, nach gethanem Recht-Satz, genommenem Bedacht und gehabtem Rath mit Urtheil zu Recht, daß die von Fr. Anna Margaretha Haydin, der Fr. Beklagtin ſeel. Ehe-Wirthin ermeldtem Hrn. Andlern den 20. Nov. Ao. 1666. beſchehene Schenckung und Ubergaab der 1800. fl. biß an 200. fl. null und nichtig, und deßwegen Frau Beklagtin als ihres Ehe-Wirths Teſtamentliche Erbin 1600. fl. ſamt dem Intereſſe von Zeit der Kriegs-Befeſtigung Klägern gut zu machen ſchuldig und verbunden, die beyderſeits auffgeloffene Gerichts-Koſten aber aus Bewegniß gegen einander compenſirt und verglichen ſeyn ſollen.

48. Vors

48 VOrs ander haben Frau Anna Margaretha Haydin und Frau Maria Magdalena, weyland Philipp Adam Pfeilens Gerichts-Verwandten und Handelsmann zu Heylbronn, hinterlaſſene Wittib, deren Stelle jetzo dieſer nachgelaſſene Erben, in Actis benannt, partim ex hereditario, partim ex ceſſo jure, vertreten, geklaget, wie daß weyland Frau Agatha Herrn Jacob Joachim Binders, Burgermeiſters zu Leonberg, geweßte Ehefrau vermög der Beylag ſub lit. A. ihres letzten Willens kräfftige Diſpoſition den 29ſten Auguſti 1665. aufgerichtet, und darinn ihren Sohn ſeel. Johann Daniel Andler, weyland Fürſtl. Würtemb. Rent-Cammer-Expeditions-Rath, ſeines von ihr erblichen Anfalls halber aus beweglichen Urſachen dergeſtalt mit einem fideicommiſſo gravirt und beſchwehrt, daß ſeine Ehefrau, jetzige Beklagtin, von demjenigen, was er von ſeiner Mutter der Teſtatrice nach ihrem tödtlichen Ableiben zu gewarten hätte, und zu empfangen haben würde, es wäre ligends oder fahrendes, und hätte Namen, wie es immer wollte, das geringſte nicht von ihm erben oder fädig, er der Sohn auch nicht Macht haben ſollte, wann er ſchon ihren Todfall erlebt, und das mütterliche Erb würcklich zu Handen empfangen, ſeiner Frauen der jetztmahligen Beklagtin durch Schenckung oder Vermächtniß das geringſte davon, als ihrem der Teſtatricis armen Schweiß, zu verſchaffen oder auf einige Weis, wie die erdacht werden möchte, zuzuſtellen, ſondern, wann er ohn eheliche Leibs-Erben von ſeinem Weibe Tods verfahren ſollte, ſollte er alles, ausgenommen den Pflicht-Theil, wiederum zuruck auf ihren lieben Ehewirth und ihre Geſchwiſtrige fallen laſſen, ſolches auch unter denenſelben vertheilt werden, wie ſolches und anders mehrers in dem letzten Willen von der Teſtatrice ſelbſt mit eigener Hand exprimirt und geſchrie-
49 ben. Ob nun zwar, als ſeel. gemeldte Teſtatrix aus dieſem zeitlichen abgefordert, der Sohn nach Ausweiſung ordentlichen Inventarii von ihr der Teſtatrice in die 3000 fl. ererbet, alſo mithin zu obangeregtem Fideicommiſſo ipſo facto ſich verſtanden; So hab er doch pie defunctæ matris ultimæ voluntati zuwider ſich unterfangen durch allerhand Weg und Weys die Sach alſo zu richten, daß der ſeel. Teſtatricis hinterlaſſener Ehewirth Herr Jacob Joachim Binder, Capitain und Burgermeiſter zu Leonberg, wie auch ihr Bruder Herr Otto Leonhard Hoffſäſſer, Cloſters-Hofmeiſter und geiſtlich. Verwalter zu Lauffen, des fideicommiſſi ſich verziehen, derhalben die Fr. Beklagtin nunmehr ſicher zu ſeyn vermeynet, und ungeacht aller Anmahnung vigore fideicommiſſi zur extradition ihres Ehmanns ſeel. Johann Daniel Andlers Mütterlicher Erbs-Portion ſich keineswegs verſtehen wollen, da ſie doch in alle Wege dazu obligirt
50 und verbunden. Dann 1. könne ſie mit Grund Rechtens contra formalitatem teſtamenti kein dubium moviren, und ſey ohne das expediti juris, quod in dubio pro validitate ultimæ voluntatis ſit judicandum. Vors ander werde auch nicht widerſprochen werden können, quod mater quoque tam de Jure Civili, quam Prov. Würt. directò & obliquè ſubſtituere poſſit, und obwohl 3. die Fr. Beklagte vorſchützen möchte, daß der defunctæ teſtatricis maritus & frater dem fideicommiſſo renunciret haben; So müſſe ſie doch wiſſen, daß ipſe tenor teſtamenti klar an Tag gebe, daß dieſes fideicommiſſum conditionale ſey, derowegen ejus remiſſio ante exiſtentiam conditionis kräfftiglich nicht geſchehen können. Uber dieſes wann ſchon pie defunctæ teſtatricis relictus viduus & frater ihres Antheils ſich durch ſolche des Andlers ſeel. Induction hätten können und wollen begeben und verluſtig machen, ſo würde doch 4. ſolches keineswegs Aa. ſchaden, ſondern ſelbige vielmehr daher ein gewaltiges commodum & augmentum haben, indem portio renunciantium ihnen accreſciren thät. Dann 5. ſey wohl zu attendiren, daß à teſtatricis relicto viduo ac fratre die renunciatio nicht in favorem des Andlers, vielweniger deſſen hinterlaſſenen Wittib, ſondern in favorem der Teſtatricis übrigen Geſchwiſtrigen geſchehen ſey. Zu welchem 6. komme, daß die finalis ratio fideicommiſſi ſey der Teſtirerin geweſen, daß die Fr. Beklagte ob ſummam ingratitudinem von ihrem Guth und Vermögen, ſo auf den ſeel. Andler fallen thät, durchaus nichts bekommen ſolte. Dem allen nach Aa. gebeten, ſie für rechte Fideicommiſs-Erben vorerwehnter Agatha Binderin ſeel. zu declariren, und darauff ferner zu erkennen und zu ſprechen, daß die Fr. Beklagtin obangeregte 3000. fl. ihnen zu reſtituiren ſchuldig ſey cum refuſione expenſarum damni & intereſſe, Implorato deſuper Jud. officio.

Worauff Fr. Beklagtin auch noch vor in 51
Richtigkeit gebrachter Caution, die doch per interlocutum ſchon auferlegt, litem negative, negando narrata prout narrata, gleichmäßig conteſtirt, und das Factum folgender Geſtalt vorgetragen, daß nachdem ihr ſeel. erſter Ehe-Liebſter bey ſeiner ſeel. Fr. Mutter noch von ſeinem vätterlich-anerſtorbenen Gut bey 1000 Rthlr. ſtehen und ſolches ſeine Fr. Mutter uſufructuarie zu genieſſen gehabt, ſie, ſeine Fr. Mutter aber ſich wohl einbilden können, wann nach dero ſeel. Hinſcheiden ihr Sohn nicht allein ſolch ſein verfangen Väterlich, ſondern auch anfallendes Mütterliche Gut nach dem ſtrengen Weg Rechtens ſuchen ſollte, ihrem hinterlaſſenden Ehewirth weniges von ihrer Verlaſſenſchafft zurück bleiben würde, damit nun auch ſie ſolches ihres Eheherrn Beſtes betrachten, und nichts deſtoweniger neben der Einigkeit alle Vertraulichkeit erhalten und fortpflantzen möchte, hat ſie ihren Sohn dahin ſuchen zu diſponiren, daß er vermittelſt ordentlichen ſub ſignatura lit. A. beygelegten Erb-Vergleichs, nächſt Voranneh-

mung etlicher weniger Prælegaten, so wohl sein väterlich anerstorben Verfangenes, neben ihrem und ihres Eheherrn zu- und in die Ehe gebrachten Vermögen, in eine Massam, ohne Consideration in währendem Ehestand zugegangenen Errungschafft oder Einbuß, werffen, und auf ihr tödtliches Ableiben mit ihrem Eheherrn zu gleichen Theilen vertheilen sollte, damit auch der Sohn solchen Erb-Einigungs-Vergleich desto ehender eingehen möchte, ist solchem Erbs-Vergleich in dem siebenden Puncten ausdrücklich mit angehängt, daß wann auch der Herr Sohn vor seiner Mutter versterben sollte, daß nichts destoweniger solche Erbs-Vergleichung in ihren Kräfften verbleiben, und an dessen statt sie jetzunders Beklagtin eintretten sollte. Als nun darauf Hr. Andler seel. mehr auf seiner Frau Mutter und Hrn. Stieff-Vaters Vergnügung und erhaltende Einigkeit, als den ihme zugehenden Erb-Schaden sehend, der Mutter willfahrt, und einen ordentlichen von dem Stieff-Vatter, der Mutter und ihm, mit Subscriptionen und vorgedruckten Sigillen, bestens corroborirten Erb-Einigungs-Vergleich eingangen, auch sich nichts anders versehen, als daß seine Fr. Mutter solches für ein sonderbares Zeichen Kind- und Söhnlicher Affection aufnehmen, und ihr mütterliche Liebe dadurch nicht wenig zulegen werde, hab er nichts destoweniger im Werck erfahren müssen, daß seine Fr. Mutter sich verleiten lassen, die von Aa. beygelegte Vermächtniß aufzusetzen, und darinn alles dasjenige, was er von ihr der Mutter an liegend- und fahrendem, nichts ausgenommen, es möge Namen haben, wie es wolle, bekommen thue, solches auf sein vor seiner Hausfrauen jetziger Bekl. erfolgenden Todtfall mit einem beschwehrlichen Fideicommiss gravirt seyn, und der Fr. Bekl. davon nichts anders, als so viel ihr gebührende Pflicht-Theil austragen möchte, zugehen, das übrige aber auf ihren Eheherrn und ihre Geschwistrige wiederum rückfällig seyn solle, welchem Fideicommiss aber so wohl Hr. Binder, als der Disponentin Hr. Bruder ordentlich und solenniter renuncirt, die beede anmassende Klägerinnin aber zu unbefugter Klag sich anfri-
§2 schen lassen. Nun wolle man an Seiten der R. nicht viel Wort machen, was de Jure Rom. de pactis successoriis constituirt, indem consuetudine totius German. solche Pacta heut zu Tage irrevocabiliter kräfftig und zuläßig, noch sich vergeblich mit Untersuchung, ob das beygelegte Testamentum quæst. zu Recht bestehen möge, aufhalten, weil, nach erst-angeführtem, R. ersten Ehemanns Fr. Mutter solche ordentliche Erbs-Vergleichung zu ändern, und ein Testament aufzurichten nicht mehr in Mächten gehabt, um so mehr, weil die pacta successoria auch in diesem Hertzogthum approbiret worden,

Fürstl. Würtemb. Landr. *p. 3. tit. 8. §.* Es sollen auch.

und caviret, daß dergleichen pacta successoria, sie betreffen gleich die Eheleuth, dero Kinder oder auch andere Succession nicht weniger dann ordentlich aufgerichtete Testamenta kräfftig seyn, auch also steiff gehalten werden sollen, daß kein Ehegemächt für sich selber zu des andern Nachtheil dawider einiges Testament, oder andere Verordnung, fürzunehmen Macht haben solle, es betreffe dann solche Aenderung die nicht mitcontrahirende Personen, sondern irgend der Eheleuth Verwandte, oder andere, denen in solchen Pactis etwas, so ihnen nach der Eheleuth Tod zufallen solle, verordnet worden.

Landr. *d. t. §.* wann zwey Ehegemächt ꝛc. &

§. Und wann in dergleichen ꝛc.

Wiewohl auch, wann gleich dieses nicht wä- §3
re, solch der Klag beygelegte Testament doch kein Bestand haben könnte, denn 1. es nicht als ein Testament bestehen möge, ob formam testamentorum in eo non observatam. 2. ob defectum heredis institutionis, 3. wäre es pro testamento inofficioso zu halten, quia liberis legitima non tantum honorabili titulo institutionis, sed & sine omni gravamine, dilatione & conditione relinquenda est, ita, ut si horum quicquam adscriptum fuerit, pro non adjecto habeatur.

l. 32. C. de inoff. test. Nov. 18. c. 3.

4. sey es sehr suspect, weil darinn enthalten, Fr. Binderin hab es eigenhändig zu Papier gebracht, so aus dem Aufsatz, welcher nicht eines Weibes, sondern eines nicht ungescheiden Mannes Concept seyn müsse, keines Wegs zu colligiren, sondern vielmehr daraus, daß die Fr. Binderin zu dem von einem andern verfaßten Aufsatz müsse verleitet und wider ihren Willen gebracht worden seyn, abzunehmen. Welche Suspicion 5. vermehret wird, weil es scheinet, daß sie den gedachten Erbs-Vergleich nicht habe zu cassiren, sondern vielmehr zu confirmiren begehrt, ob gleich in allen seel. Hrn. Andlern concernirenden Puncten ein anderwärtige Disposition sich finde. So mög es auch nicht als §4
ein Codicill salviret werden, denn wenn es gleich ratione numeri testium bestehen möchte, so sey doch unlaugbahr, quod in codicillis quis heredi nec conditionem adjicere, nec directò substituere possit; dessentwegen Hr. Binder und Hr. Hoffsäß, wohl sehend, daß durch solchen Aufsatz der vorgegangene Erbs-Vergleich nicht möge aufgehoben werden, dem Fideicommiss solenniter renuncirt, dessen sich die Aa. keines Wegs dahin zu erfreuen, daß ihnen pars renunciantium accrescire, denn ein purer Ungrund, daß sie in illorum favorem allein, und nicht Hrn. Andler und seiner hinterlassenen Fr. Wittib zu Gutem renuncirt, so sich durch lit. B. selbst refutire. Anlangend §5
im übrigen die Aa. seits vorwendende causam dispositionis finalem, werd selbige, daß sie in facto auf R. genugsam zu verificiren sey, constanter widersprochen, und wann gleich etwas auf sie gebracht würde, wäre sie doch hoch dazu verursachet gewesen, auch nichts destoweniger, weder die Dispositio dessenthalben bestehen, noch die vom Gegentheil angezogene Jura etwas widriges wider R. operiren. Endlich §6
werde beständig widersprochen, daß Hr. Andler seel. von seiner Fr. Mutter 3000 fl. ererbt, denn

er

er über 2000 fl. aufs höchſt nicht empfangen, worauff Aa. wann ſie gleich obſiegten, ein vergebliches Abſehen machten, ſintemal 1. von ſolcher Summ zu decourtiren Hrn. Andlers ſeel. Vätterliches, ſo ſich wenigſt auf 1000 Rthlr. erſtrecket, wann nun 2. die ſeel. Hrn. Andlern absque ullo gravamine behörige legitima von mütterlicher Verlaſſenſchafft unterſucht, und die quota zu dem väterlichen Erbtheil der 1000 Rthlr. geſchlagen werde, ſo ſehe ja ein jeder, was noch, poſito non conceſſo, das Fideicommiſs wäre gültig, übrig bliebe, wovon, wann der beyden Renuncirten Portionen, ſammt der quarta Trebellianica, gezogen würde, ein ſo wenig übrig bliebe, daß ſich zu verwundern, wie Aa. die koſtbare Rechtfertigung darüber anfangen
57 mögen. Unmüglich werde Aa. zu beweiſen ſeyn, daß Hr. Andler ſeel. durch die Theilung und empfangenes mütterlich- und vätterliches Erbgut zu dem Fideicommiſs ipſo facto ſich verſtanden, denn die Unerfindlichkeit ſolchen Vorwandts ergebe ſich nicht allein aus dem Exordio Inventarii, ſondern möge auch Aa. ſeits nicht abgelaugnet werden, daß nach dem Todtfall der ſeel. Mutter bey der Theilung die Diſpoſitio fideicommiſſaria nicht das wenigſte attendirt, ſondern die Erbs-Vergleichung von dem Gericht zu Leonberg, allwo ſie hinterlegt geweſen, erhebt, und darauff, nach deren Tenor, nicht allein die Legata entrichtet, ſondern auch die würckliche Theilung vorgenommen, ſo gar auch vigore deren weder Einbuß noch Errungenſchafft unterſucht, das Väterliche von dem Mütterlichen gantz nicht ſeparirt, ja zutheurſt kein Anſchlag im Inventario gemacht worden; ſo mögen Aa. auch nicht verneinen, daß ihnen damals das Fideicommiſs unverborgen geweſen, nichts deſtoweniger aber die Fr. Pfeilin und deren damals noch gelebte Ehwürth ſich deſſen nichts angemaßt, die Fr. Haydin aber der Inventur und Theilung ohn einige Widerred beygewohnt, und niemand damalen dieſe Diſpoſition zu behaupten geſucht, ſondern ohn einige Contradiction mit gutem Vorwiſſen geſtattet, daß Hr. Andler ſeel. zerſchiedene ihm angefallene Stück dem Fideicommiſs unterworffen alienirt, ja ſelbſten davon erkaufft und ſich alſo ihres Rechtens, wann ſie ja einiges gehabt, dadurch unfehlbahr begeben und verziehen. Deme allem nach Bekl. gebeten, ſie von angeſtellter dieſer Klag, auch cum refuſione expenſarum & omnis damni zu abſolviren, Implorato Jud. officio. Auf welches hin ſich Aa. ebenfalls auch in dieſer Sach auf die Beweiſung gelencket, und nachdem die Rotuli Examinum teſtium eingekommen, und für publicirt angenommen worden, die Partheyen ferner replicando, duplicando, concludendo in Schrifften verfahren, auch endlich mündlich beſchloſſen.

In dieſer Sach nun ebenmäßig unſer rechtliches Gutachten zu geben, ſo erachten wir unnöthig zu ſeyn uns hiebey in ſolche Weitläufftigkeit, als die Partheyen in letzten Schrifften machen, einzulaſſen, und alles, was ſie hinc inde diſputiren, zu examiniren: Denn unſerm Ermeſſen nach cardo rei hierinn beſtehet:

Ob der zwiſchen Hrn. Jacob Joachim Bin- 58
dern, Hochfürſtl. Durchl. Capitain und Burgermeiſtern zu Leonberg, deſſen Ehe-Frauen Agatha, und Hrn. Johann Daniel Andlern den 16 April. 1664 getroffene Erbs-Vergleich und Vereinigung, wie ſolcher ſub Lit. K. beylieget, zu Recht gültig und kräfftig ſey? Und von Fr. Agatha Binderin ohn Wiſſen und Willen dero Hrn. Sohns, Johann Daniel Andlers, durch die den 29 Auguſti 1665 aufgerichtete letzten Willens Verordnung in ſo weit revocirt und geändert werden können, daß ſie dasjenige, was von ihro auf ihren Sohn Hrn. Joh. Dan. Andlern möchte kommen, auf ſeinen vor ſeiner Hauß-Frauen itzo Bekl. erfolgenden Todtfall mit einem fideicommiſs graviren und diſponiren mögen, daß ſolches alles ausgenommen den Pflicht-Theil caſu illo eveniente auf ihren Ehe-Herrn und ihre Geſchwiſtrige wieder zurück fallen ſollte?

Da es zwar Anfangs kein geringes Anſehen
haben möchte, 1. quoad prius membrum, daß 59
der getroffene Erbs-Verglich in allewege kräfftig und verbündlich geweſen, in Anſehung, daß ob wohl de Jure Civili Romano die pacta de futura paciſcentium hereditate deferenda inita regulariter null und nichtig geweſen, adeò, ut nec illa quæ de conſervanda futura hereditate à lege delata inita fuere, ullam induxerint obligationem aut teſtandi libertatem ademerint,

l. 15. l. 19. C. de pact. l. 5. C. de pact. convent. l. 61. ff. de V. O. Struv. *Ex. 6. th. 44.* Mæſtert. *de Juſt. LL. Rom. lib. 1. dub. 41. 42. & 1r. De pact. fut. ſucceſſ. qu. 1. ſeqq.*

doch heutiges Tages in plurimis Germaniæ 60
locis ein anders Recht durch übliche Obſervantz und Gewohnheit eingeführt, vermöge deſſen dergleichen pacta ſucceſſoria für kräfftig gehalten werden, teſtantibus paſſim Doctoribus imprimis

Hahnio *tr. de Jure rerum. Concl. 70. ſeqq. & ad* Weſenbec. *tit. de hered. petit. n. 3.* Struv. *Ex. 38. th. 46. ſeqq.* Barthol. Muſcul. *de ſucceſſ. convent. concl. 3. lit.* H. Grœnevveg. *ad d. l. 15.*

welches in hoc noſtro Ducatu Würtenber- 61
gico expreſsè approbirt iſt

J. P. W. part. 3. tit. 8. 9. & part. 4. tit. 1. §. 2. 3.

daß alſo an der Gültigkeit und Verbündlichkeit ſolchen Erb-Vergleichs und Vereinigung nicht zu zweiffeln zu ſeyn ſcheinet, obgleich 1. 62
die vorige Ehe-Pacta zwiſchen Hrn. Bindern und deſſen Ehe-Frauen getroffen, dadurch aufgehoben worden, weil ſolches zu thun beeden Eheleuten unbenommen,

d. tit. 8. §. aber beeden Ehe-Leuten &c.

Und 2. d. tit. §. Es ſollen auch ꝛc. diſpoſitio dabey nicht obſervirt worden, weil teſtium illorum in d. §. requiſitorum defectum die 63

Hinterlegung des Vergleichs bey E. E. Gericht zu ersetzen scheinet.

64 Nicht weniger 2. quoad posterius membrum, daß demnach Fr. Binderin durchaus nicht befugt gewesen, von dem einmahl zwischen ihr, dero andern Ehemann Hrn. Bindern, und Sohn Hrn. Joh. Daniel Andlern getroffenen Erb-Vergleich und Vereinigung, invita una vel altera parte ex compaciscentibus zu recediren, und da sie sich vorher in dem Erb-Vergleich mit einander vereiniget, daß auf tödtlich Ableiben ihr der Frau Mutter, Hr. Andler nach hinweggenommenem in articulo primo bestimmten Voraus, und Abstattung der in art. 2. 3. & 4to. vermachten Sachen, alles was darüb verhanden, es sey Liegendes oder Fahrendes, Zugebrachtes oder in währender Ehe Errungenes, mit Hrn. Bindern in 2. gleiche Theil abtheilen solle, und wolle, und damit jener wegen seines Vätterl. und Mütterl. dieser aber wegen seines in die Ehe und Haushaltung genennt- und gebrachten, und was er ferner, den Heyraths-Pacten und Fürstl. Würtenb. Landrechten nach, zu fordern haben möchte, gäntzlich zu frieden seyn ꝛc. auch da Hr. Andler noch vor der Mutter sterben sollte, nichts destoweniger solcher Erbs-Vergleich in allen Puncten kräfftig verbleiben, und an seine statt dessen Ehefrau Anna Barbara, itzige Beklagtin, gemeint, substituirt und verstanden seyn sollte ꝛc.

65 Hernach sie Fr. Binderin, ohne des Sohns Wissen und Willen, zu seinem Præjuditz sothanen Vergleich nicht mehr ändern, und das ihm vermöge dessen Zufallende durch letzte Willens-Verordnung mit einem fideicommiss beschwehren mögen, dergestalten und also, daß davon nichts, ausser dem Pflicht-Theil, auf seine Frau, im Fall er vor ihr sterben würde, kommen, sondern auf ihren Mann und Ge-
66 schwistrige zurück fallen sollte; Dieweilen es nicht nur ein pactum zwischen zweyen, Hrn. Bindern nemlich und Hrn. Andlern, super tertii, der Fr. Binderin nemlich, hereditate getroffen, darein sie gewilligt, und ihren Consens gegeben,

67 Quale pactum de tertii, & certi quidem hominis, hereditate, illo consentiente, factum & Jure Civili valet atque subsistit, sed tamdiu saltem, quamdiu ille tertius in voluntate ista perseverat,

l. fin. C. de pact.

68 nam quando ille propositum & voluntatem mutat, inutile redditur pactum

d. l. f.

69 adeoque in ejus arbitrio est consentire vel non consentire, in voluntate ad extremum vitæ halitum perseverare, vel consensum revocare,

d. l. fin. l. 4. C. de inut. stipul. Dauth. *de testam. ad d. l. fin. n. 84.* Muscul. *de succes. convent. membr. 1. n. 79.* Hahn. *de Jur. rer. concl. 78. n. 10.* Carpzov. *p. 2. c. 35. d. 19.*

derowegen, wann es dergleichen Pactum nur, Fr. Binderin wohl befugt gewesen, ihren einmahl gegebenen Consens zu revociren, und 70
von dem ihrigen anders zu disponiren; sondern ein zwischen ihnen allen dreyen aufgerichtetes Pactum, darinn sie alle drey sich miteinander verbunden, solchen getroffenen Vergleich stet, fest und unverbrüchlich in allen Stücken zu halten, wie zu sehen partim ex principio in fin. partim ex art. 5. 6. & 8. partim ex epilogo. Dannenhero keinem Theil, parte alterutra invita, davon ulla ratione zu recediren, und alteram partem wider dessen Willen weiter zu graviren, und mit einem onere, quale utique fideicommissum est, zu beschwehren, erlaubt zu seyn scheinet.

Constat enim, pacta & contractus ab ini- 71
tio quidem voluntatis esse, sed ex postfacto fieri necessitatis

l. 17. §. 3. commod. l. 5. C. de O. & A.

Cumque ex hoc pacto paciscentes jus in bo- 72
nis pacto subjectis acquisivisse videntur, illud iis invitis rursus auferri non potuisse videtur, nemini siquidem jus suum sine facto s. consensu suo auferri potest, ne quidem authoritate Principis,

l. 11. de R. J. Gomez. *in L. Tauri. n. 89.* Schrader. *Cons. 6. n. 144.*

Allein dieses, und was sonst ferner angeführet werden könnte unerachtet, halten wir beständig dafür, daß der zwischen Hrn. Jacob Joachim Bindern, dessen Ehefrauen Agatha, und Hrn. Johann Daniel Andlern den 16 April. 1664. getroffene Erb-Vergleich und Vereinigung in Rechten keinen Bestand, Gültig- oder Bündlichkeit habe, anerwogen es nichts anders, als 73
ein verum pactum de futura ipsorummet paciscentium hereditate deferenda & acquirenda, aut a Lege delata conservanda, quale pactum de Jure Justinianeo nullam obligandi vim habere, nec testandi facultatem adimere, in dubitandi ratione firmatum est.

Quamvis verò quoad pactum conservati- 74
vum dissentiat

cum Sichardo *ad Auth. Non licet. C. de lib. præter. n. 18.* Gœddæo *de contrah. stipul. concl. 6. n. 88.* Carpzovius *p. 2. c. 35. d. 22. existimans illud Jure Civili Justin. sustineri, validumque esse, per §. ult. Inst. de legit. agnat. succes. l. fin. C. de emancip. lib. l. 4. C. de legit. tut. quo etiam inclinat* Petr. Theodor. *de Pact. Successor. th. 5.*

verius tamen est, nec pactum hereditatis 75
Conservativum de Jure Civ. subsistere ac valere

per l. 15. C. de pact. ibi Gilken. & Barbosa. Mæstert. *var. tract. rubr. de pacto fut. succes. q. 4. pag. 109. & de Instit.*

Inſt. Rom. Leg. lib. 1. dub. 41. Mev. *ad Jus. Lub. lib 2. tit. 1. rubr. n. 48. ſeqq.* Tim. Faber *anniverſ. Diſp. 21. th. 1.* Hahn. *de jur. rer. concl. 77.* B. Lauterbach. *Ex. for. 8. concl. 6. lit. B.*

76 Reſpondet quidem Carpzov. d. l. ad illam l. 15. pactum iſtud, de quo ibi agitur, non valere, quia inæqualitas inter liberos
77 per illud inducitur. Aſt ipſe nondum probavit per pactum illud inæqualitatem inter liberos induci. Et 2. vera ratio, quare illud ipſum non valeat eſt, quia contra ju-
78 ris prohibitionem eſt initum. Ad allegatum vero §. ult. Inſt. de leg. agnat. ſucceſs. reſpondetur ibi nullum interceſſiſſe pactum de futura ſucceſſione, ſed tantum de remancipatione, quam jure ſequitur ſucces-
79 ſio. L. 11. C. de leg. hered. l. fin. C. de emanc. nihil pro contraria ſententia faciunt, nam in illis caſibus, de quibus illæ agunt, hereditas non pacto, ſed legis diſpoſitione ſ. Principum Conſtitutionibus illis conſervatur. Regulariter ergo JCivili omne pactum de futura hereditate ſ. ſucceſſione nullum & invalidum eſt.

80 Und obwohl heutiges Tages an vielen Orten die Pacta ſucceſſoria für kräfftig und bindlich gehalten und ermeſſen werden, alſo das Jus Civile quoad illa in ſeiner Maß durch die widrige Obſervantz und Gewohnheit in denen Orten aufgehoben, und ein anders eingeführet, ſo iſt doch dieſes keine allgemeine Gewohnheit und Obſervantz, weder ratione locorum, noch ratione pactorum, ſo daß dergleichen pacta aller Orten für gültig gehalten werden,

ut ipſemet agnoſcit Grœnewegen *ad d. l. 15. C. de pact.* ubi & in Supremo Friſiæ Senatu & in Ultrajectina Curia hac in parte ſecundum Jus Civile judicatum refert ex Joh. à Sanden. *l. 2. tit. def. 7.* & Radelant. *deciſ. 93.* Unde etiam JCti Lipſienſes reſponderunt hujusmodi pacta regulariter nulla eſſe apud Carpzov. *p. 2. c. 35. d. 18.* Et inde B. Lauterbach. *d. Concl. 5. lit. A.* tradit, quod ſi in aliquo loco contraria conſuetudo non ſit omnino notoria vel liquido probetur, ſecundum Jus Commune pronunciandum. *arg. l. 27. C. de teſtam. l. 32. in fin. C. de appell.*

81 und daß alle und jede pacta ſucceſſoria gültig und kräfftig zu ſeyn erachtet werden, ſondern es ſind allein etliche ſpecies ejusmodi pactorum recipirt, und werden für gültig gehalten, als das Pactum Confraternitatis à Principibus, aliisque Illuſtribus perſonis initum, Pactum Ganerbinatus, Pactum Unionis prolium, Pacta Conjugum de futura ſucceſſione, teſte

Hahnio *Concl. 71. ſeqq.* Struv. *Ex. 38. th. 47.*

82 von welchen beyde letztere ſpecies unter den privatis üblich, auch unſer Fürſtlich Würtenbergiſch Land-Recht ausdrucklich approbirt

part. 3. tit. 8. & 9.

anbey aber eine gewiſſe Form und ſolennia præſcribirt, die diejenige, ſo ſolche eingehen, genau und pünctlich obſerviren ſollen. Und 83
zwar ſollen bey Aufrichtung der Pactorum dotalium, (wohin etwa dieſes pactum auch möchte referiret werden, weil in dergleichen pactis auch wohl de liberorum ſucceſſione kan gehandelt werden) wenigſtens, wann keine Kinder aus vorhergehenden Ehen vorhanden ſeyn, ſechs tüchtige Zeugen ſeyn, und da Kinder ex priori matrimonio vorhanden, noch von den nächſten Freunden einige weiter dazu gezogen werden.

juxta §. Es ſollen. *d. tit. 8.*

Weilen aber hier kein einiger Zeug oder 84
Menſch bey dieſem zwiſchen Hrn. Bindern, deſſen Ehe-Frauen und deren Sohn erſter Ehe getroffenen Erb-Verglich und Vereinigung geweſen, kan ſolcher keineswegs beſtehen oder für kräfftig erkannt werden. Mag auch dieſen de- 85
fectum teſtium die beſchehene Hinterlegung bey einem Ehrſamen Gericht gar nicht heben oder ſuppliren. Dann ein anders iſt einen letz- 86
ten Willen, Heyraths-Pact oder dergleichen Verordnung hinter das Gericht legen, zur Aufenthaltung u. Verwahrung, ſ. ad effectum cuſtodiendi, ein anders dieſelbe vor Gericht bringen und hinterlegen zur Beſtätigung und Bekräfftigung ſ. ad effectum ratificandi. Nicht 87
jene, ſondern dieſe erſetzt den Mangel und Abgang der Zeugen und anderer ſonſt ad ejusmodi actuum validitatem erforderten Solennitäten und Zierlichkeiten, und wird in legibus 88
und ſtatutis, da cavirt wird, daß einer möge ohn Zierlichkeit der Rechten teſtiren oder ſonſt diſponiren, oder daß einer nicht ſolle an die Solennitäten und Zierlichkeiten, ſo die gemeine Rechte bey Aufrichtung der Teſtamenten, Heyraths-Pacten, Schenckungen von Todes wegen ꝛc. erfordern, gebunden ſeyn, wann er ſolche ſeine Verordnung vor Gericht macht oder bringt, und Gerichtlich hinterlegt, verſtan- 89
den, uti colligitur ex verbis: intimare, inſinuare

in l. 19. C. de teſtam.

vulgo uſurpari ſolent, quando de ratificatione judiciali agitur, ut apparet

ex l. 34 l. 35. C. de donat. §. 2. Inſt. eod. Carpz. *p. 3. c. 3. d. 30. n. 19.*

welche pro forma erfordert, daß die teſtiren- 90
de oder paciſcirende Perſonen entweder ſelbſt vor Gericht erſcheinen, oder da ſie nicht wollen oder können, vier Gerichts und Raths-Verwandte cum actuario zu ſich erfordern, und ſich vor ſitzendem Gericht, oder dieſen vier zu ihnen deputirten Gerichts-Perſonen ausdrucklich erklären, daß ihr letzter Will oder Ehe-Beredung in dieſer Schrifft enthalten ꝛc. Deraleichen aber hier geſchehen zu ſeyn, wir 91
ex Actis nicht erſehen, derwegen auch dieſe Gerichtliche Hinterlegung mehr pro depoſitione ad effectum cuſtodiendi, quam ad effectum ratificandi halten, quæ proinde defectum teſtium ad pacta dotalia in Jure no-

ſtro Provinciali requiſitorum ſupplere, & ad illorum validitatem operari non poteſt.

92 Iſt dann nun der Erb-Verglich ungültig und nichtig geweſen, ſo hat Fr. Binderin die freye Hand gehabt, per ultimam voluntatem zu diſponiren und zu ordnen, daß dasjenige was ihr Sohne von ihro erben und bekommen würde, im Fall er vor ſeiner Frauen ſterben ſollte, auf ihren Mann und Geſchwiſtrige zuruck fallen und auſſer dem gebührenden Pflicht-Theil davon nichts auf ſeine Frau ullo titulo kommen und gelangen ſollte, welches

93 fideicommiſs ſie auch wohl, wann gleich der Erb-Verglich zu Recht beſtändig und gültig, verordnen können

arg. I. P. W. p. 3. tit. 8. pr. ibi zu des andern Nachtheit &c. & §. ſeq. aber beeden Ehe-Leuthen &c.

ohne daß ſolches Hr. Andler mit Recht anfechten mögen.

d. t. 8. §. Und vvann &c. ibi Beſold. *th. 71.*

Demnach ſich auch Beklagte, als deſſen Erbin, jetzo keinesweges à reſtitutione der ihm angefallenen Mütterlichen Erbs-Portion ent-

94 brechen kan, non obſtante, daß ihr erſter Ehemann ſeel. Hr. Andler zerſchiedene dem fideicommiſs unterworffene Stuck mit jetziger Kläger Eltern, als heredum fideicommiſſariorum, Vorwiſſen ohn einige deren Contradiction alienirt, und ſie theils ſelbſten erkaufft.

95 Nam utut alienationi bonorum fideicommiſſo ſubjectorum conſentiens ſibi in re, non tamen in pretio præjudicat

Fuſar. *de ſubſtit. q. 560.* Mangil. *de Evict. q. 112.*

96 Et qui rem fideicommiſſo obnoxiam ſibi reſtituendam emit, nihilominus ad pretium agere poteſt, ſi fideicommiſſum conditionale fuerit, necdum conditio emptionis tempore extiterit, ſecus atque ſi fideicommiſſum purum fuerit.

l. ſi a ſubſtituto. de leg. 2. Peregrin. *de fideicommiſs. art. 39. ibique* Cenſal. *in addit. & obſerv.* Fuſar. *de ſubſtit. qu. 597.* Knipſch. *de fideicomm. Nob. Cap. 16. n. 267. ſeqq.* Mangil. *de evict. q. 109. ſeq.*

97 Jedoch iſt Beklagte nicht weniger, als Hr. Andler ſeel. velut heres matris fiduciarius fideicommiſſo hoc conditionali gravatus nicht nur ſeine legitimam, ſondern mit und neben derſelben Quartam Trebellianicam von der Mütterlichen auf ihn gekommenen, und im Fall er vor ſeiner Frauen verſterben würde, der Mutter Geſchwiſtrigen und ſecundo marito zu reſtituiren habenden, Erb und Verlaſſenſchafft zu deduciren befugt geweſen, per notiſſimam Praxin in foro communi, (de qua teſtantur

Struv. *Ex. 36. th. 30.* Hahn. ad Weſenbec. *tit. ad SCt. Trebell. n. 6.* Gail. *2. O. 121.* Carpzov. *p. 3. c. 1. def. 20. 21. & lib. 6. Reſp. 113.* Sanden. *lib. 4. dec. Friſ. tit. 7. def. 3.* Heig. *1. qu. 32.*)

expreſſe approbatam

J. P. W. *part. 3. tit. 13. §. Doch vvann die Eltern &c. p. 378.*

weil er ſolch ſein jus auf ſie, als ſeine eintzige 98
Erbin ex teſtamento transmittirt, auch befugt, nachdem ſich der Fall alſo begeben, und die Condition, ſub qua maritus ipſius fideicommiſſo à matre gravatus fuit, entſtanden, ex perſona defuncti mariti ſo wohl den ihme im Land-Rechten beſtimmten natürlichen Pflicht-Theil, als den ſo genannten Trebellianiſchen vierten Theil von der deſſen Mutter Geſchwiſtrigen und 2do marito reſtituirenden Erbſchafft abzuziehen und innzubehalten.

Nam jus hoc deducendarum duarum illarum quartarum ad heredes, & quidem 99
etiam extraneos, tranſire, in tantum ut & cedi cuicunque à filio poſſit, probant

Mich. Graſſus. *§. Transmiſſio. qu. 25. n. 5.* Peregrin. *de jur. fiſci. lib. 5. tit. 1. n. 79. & de fideicommiſs. art. 8. n. 23.* Boer. *dec. 250. n. 6.* Nicol. de Noalis *de transmiſs. caſ. 10. n. 14. ſeq.* Beſold. *vol. 3. Conſ. 133. n. 72.* Mev. *p. 7. dec. 19.*

Ferner iſt Beklagte auch als heres mariti, 100
wann derſelbe ſein Vätterliches, ſo deſſen Mutter nutznießlich gehabt, nicht gäntzlich empfangen, was ihm davon noch ermangelt, gleichmäßig von dem, was ihm nach der Mutter Tode zugetheilet worden, zu deduciren berechtiget, denn ihm die Mutter ſolches keines weges vorenthalten, vergeben, oder auf einige Weiß beſchwehren können, hat es auch nicht Willens gehabt, oder gethan, ſondern alleine das mit dem fideicommiſſo beſchwehrt, was er von ihro erblich bekommen würde.

Drittens hat ſie weiter Hrn. Binders und 101
Hrn. Hoffſäß, ſo beyde dem fideicommiſs expreſſe renuncirt, (deswegen weder ſie noch ihre Erben, oder die ex jure ab ipſis ceſſo itzo agiren, einigen Regreſs mehr dazu haben, quia renuncians jus ſuum, cui renunciavit, amittit, nec ad illud ullum amplius habet regreſ- (*)
ſum,

l. 1. §. qui ſimul. ff. de ſucceſſ. edict. l. 1. §. ſi quis ante. ff. a quibus app. non lic. c. 4. de reſt. ſpoliat. l. 14. §. 9. de adil. edict. &c. Barboſ. *lib. 16. c. 31. ax. 2.* Paul. Gallerat. *de renunc. t. 1. l. 2. c. 5. per tot.* Balner. *de renunc. cap. 19.*)

portionem abzuziehen und inzubehalten, gut Fug und Recht, und mag durch das von Klägern fürgeſchützte Jus accreſcendi von ſolcher Befugſame keines wegs getrieben werden, in Anſehen ermeldter Hr. Binder und Hoffſäß ſich ausdrücklich in favorem ſeel. Hrn. Andlers als Gravati, und deſſen Wittib der itzigen Beklagtin, ihres Antheils an dem fideicommiſs wiſſend und wohl bedächtlich begeben und verziehen, welches ſie, ob gleich das fideicommiſs ſub certa conditione, wann nemlich Herr Andler vor ſeiner Frauen der itzi-

gen

gen Beklagt. verſterben ſollte, geordnet, wohl thun können.

102 Nam tametſi fideicommiſſo conditionali vel in diem relicto ante conditionis exiſtentiam vel diei adventum renunciari poſſe negent,

per l. 1. §. quod ait. 11. ff. quor. legat. l. is qui heres. ff. de acq. hered. Graſſus *§. Fideicommiſs. q. 62.* Vinc. Fuſar. *q. 587. ibique magno numero & cumulo* allegati.

103 attamen contrarium pluribus firmat

Paul. Galleratus *tr. de renunciat. tom. 2. cent. 1. ren. 44. n. 13. ſeqq. diſtinguens inter renunciationem & repudiationem, (inter quæ duo quæ ſit differentia oſtendit ipſe tom. 1. l. 1. cap. 2. n. 12. 13. ſeqq. lib. 2. c. 5. n. 2.) & dicens, fideicommiſſum in diem vel ſub conditione relictum non quidem repudiari per regulam l. 18. ff. de acq. ſed benè eidem renunciari poſſe cum renunciatione etiam ſpes, quæ de præſenti eſt, abdicari queat; add. l. 216. quem ſequitur* Franc. Cenſalius *in addit. & obſerv. ad* M. Ant. Peregrin. *de fideicomm. art. 52. add.* Richter. *ad. l. 1. C. de pact.* Ant. Faber. *lib. 2. tit. 3. def. 5.*

104 Et ipſe Fuſarius d. l. aſſertum illud ſuum multis modis, ac inter alia hoc modo limitat, ſi renunciatio facta ſit in Epiſtola ad gravatum directâ, vel, ut hîc, in alia ſcriptura, quæ ad manus gravati pervenerit, ita ut ipſe factam renunciationem acceptaverit, aut ſi renunciatio in pactum tranſierit.

l. 1. C. de pact. l. 11. C. de tranſact. Fuſar. *d. q. n. 6. 15.* Franc. Cenſal. *d. l. ibique longa ſerie* adducti. Mich. Angel. Oliverius *in Deciſ. Rot. Rom.* Pauli Gallerat. *tr. de renunc. ſubjectis. dec. 25. n. 3. 4. ubi in ſeqq. quoque oſtendit ac probat non ſubjacere hujusmodi renunciationem ſtatuto de inſinuandis donationibus, ſed valere etiam abſque inſinuatione judiciali in donatione proprie ſic dicta alias neceſſaria. add. dec. 19. 26. & 38.*

105 Et quamvis alias inter Fideicommiſſarios conjunctos locum quoque habeat jus accreſcendi, etiamſi fideicommiſſum ſub conditione ſit relictum, juxta

Bartol. *Conſ. 53. qui pro hac ſententia ponderat tx. l. un. §. hæc a. omnia C. de cad. tollent.* quem ſequitur Sixtin. *vol. 3. Conſ. Marp. 8. n. 83.* Fuſar. *qu. 495.* Gomez. *lib. 1. var. reſol. c. 10. n. 23. ibique* Joh. Ayllon. de Laymez. Cenſal. ad Peregrin. *articul. 9.* Pancrat. Cretſchm. *de jur. accreſc. th. 52.*

106 Attamen illud ceſſat, ubi fideicommiſſarius in ſpecie in favorem gravati fideicommiſſo renunciavit.

Fulgoſ. *Conſ. 101.* Zanch. *in l. heredes mei. §. cum ita. n. 364. ff. ad SCt. Trebell. & hos referens* Fuſar. *d. q. n. 12.*

Ex natura renuntiationis favore & con- 107
templatione certæ perſonæ factæ, quæ ſolum illi, cujus gratia facta eſt, non aliis etiam conjunctis prodeſt. Nam ubi renunciatio, vel repudiatio quoque, fit contemplatione certæ perſonæ, cenſetur ipſi facta donatio. Renuncians enim vel repudians cenſetur prius adiiſſe & poſtea renunciaſſe favore illius cujus contemplatione facta fuit renunciatio vel repudiatio, proinde portio renunciata vel repudiata non deficit mero jure.

Paul. de Caſtro *ad l. 1. §. Neratius. ff. ad SCt. Trebell.* Paul. Gallerat. *de renunc. tom. 1. lib. 1. cap. 10. n. 17. ubi in fin. ſubjicit, renuntiationem contemplatione certæ perſonæ factam ſemper illi ſoli prodeſſe ſive facta ſit ante aditam hereditatem, ſive poſt. quod poſt* Baldum & Caſtrenſem *in l. pactum. C. de collat. &* Surdus *Conſ. 446. n. 14. probat. add.* Aim. Cravetta *Conſ. 288.*

Dem allen nach auch dieſer ſo lang gewährten Strittigkeit, nach, im Fall ſich etwan indeß weiter bey den intereſſirten Partheyen einige Veränderung zugetragen, nach Erheiſchung unſers Fürſtl. Würt. Landrechts richtig geſtellten puncto legitimationis und litis reaſſumption, endlich durch nachſtehende Urtheil, ſo wir gleichfalls den Rechten und Actis gemäß erachten, ihre Endſchafft gegeben worden. 108

Urtheil.

IN Sachen Rechtens ſich haltend 109
zwiſchen Frauen Annâ Margarethâ Haydin, und Martâ Magdalenâ Pfeilin hinterlaſſene Erben, in Actis benandt Klagern eins, entgegen und wider Fr. Anna Barbara Baurin, cum Curat. Litis Beklagtin, andern Theils, bekennet ein ehrſam Gericht auf Klag, Antwort, eingelegte Document u. geführte Kundſchafft und all ander gerichtl. Fürbringen, nach gethanem Recht-Satz, genommenen Bedacht und gehabten Rath mit Urtheil zu Recht, daß Beklagtin dasjenige, was von der ihrem ſeel. Ehe-Mann Herrn Johann Daniel Andlern, von ſeiner ſeel. Mutter angefallenen Erbſchafft Zeit ſeines Ableibens noch vorhanden geweſen, über Abzug des ihm anerſtorbenen und bey der Mutter biß an ihren Todt nutznießlich geſtandenen Vätterlichen, ſo dann des ihm im Land-Rechten beſtimten natürlichen von der Mutter Verlaſſenſchafft ſchuldigen Pflicht-Theils und

Trebellianischen vierten Theils, wie auch der beyden, Herrn Bindern und Herrn Hoffsässen Zugehörigen, und zu der Beklagtin Favor renuncirten portionen, bevor, neben den von Zeit seines Todes davon eingehobenen Nutzungen, auszuantworten schuldig und verbunden, beyderseits aufgeloffene Unkosten aber gegen einander compensirt und verglichen seyn sollen.

Welches ꝛc. Actum in Collegio Nostro d. 5. Martii 1686.

CONSILIUM XVI.

Agens DE Rei Vindicatione, & Publiciana in rem actione.

SUMMARIA.

Præmittitur brevis relatio casus à num. 1. usque 9. inclus.

10. Legitimationis punctum recte se habet si Maritus cum Uxore in judicio comparet.

11. Si vero Maritus solus in judicio uxoris nomine agit, de rato cavere debet.

12. Et hoc ex Statuto Würtembergico.

13. & 14. Jus vero Civile hoc non requirit.

15. Hoc enim marito propter suum interesse etiam invita uxore hujus nomine agere permittit.

16. Dispositio Juris statutaria contraria juri communi præfertur.

17. Judex ad evitandam sententiæ nullitatem cautionem de rato exigere debet.

18. Quænam Actiones in substrato sint institutæ, hic ostenditur.

19. 20. & 21. In eodem libello Rei vindicatio & publiciana in rem actio alternative conjungi possunt.

22. Cui sententiæ frustra contrariatur Glossa.

23. Rei vindicationem instituens duo probare tenetur.

24. Probatio dominii omnium difficillima est.

25. Ex ratione hic allegata.

26. Publicianam in rem instituenti quatuor probanda incumbunt.

27. Uno ex his deficiente actio hæc non obtinet.

28. Ratio hujus allegatur.

29. & 30. Quæ potissimum desumta est ex L. 13. ff. de Publiciana in rem act.

31. Facilius est fictum quam verum dominium probare.

32. Cur Publicianæ in rem Actioni in substrato locus non detur?

33. Non dicere sed probare sufficit.

34. Quid si dominium vel ad minimum bona fides ex Inventario probata sit, an non hoc in casu Publ. actioni in rem actioni locus detur?

35. Pro Inventario rite recteque confecto stat juris præsumtio.

36. & 37. Quænam consectaria exinde fluant hic ostenditur.

38. Inventarium, licet rite recteque confectum an præjudicet tertio?

39. Ex solo divisionis instrumento bonæ fidei possessio prædii alicujus non probatur.

40. Inprimis si aliud obligationis Instrumentum illi contrariatur.

41. Hypothecæ publicæ ex proprio Debitoris patrimonio constitutæ semper præsumuntur.

42. Ex præsumtionibus & conjecturis argumentari omnino licet.

43. 44. & 45. Ex tabulis auctionariis sive apud communem civitatem existente emtionis libro (Stadt-Kauff-Buch.) titulus dominii translativus optime probatur.

46. Venditio prædii ob residuum Collectarum facta certas solennitates requirit. (*) Recensentur illæ.

47. Pro Magistratu stat præsumtio.

48. Exceptio præscriptionis cur in substrato nil præjudicet?

49. Bonorum adventitiorum præscriptio quando incipiat currere & postea absolvatur?

50. & 51. Vitium clandestinitatis præscriptioni rei b. f. possessæ nil præjudicat.

52. Transactionis & Renunciationis exceptio hic in considerationem venit.

53. Pater de bonis filiæ adventitiis ceu nudus illorum Usufructuarius alienare nil valet.

54. Excipitur casus.

55. In causa transactionis qualis distinctio circa evictionis præstationem sit observanda.

56. & 57. Quo in casu, ubi res possidenti relicta vel dimissa fuit, dimittens de evictione conveniri possit & ex quanam ratione?

58. Ex qua ratione repetitio & vindicatio fundi à patre venditi locum hic non habeat?

59. Filius cum beneficio Inventarii patris hæres factus an amittat actiones quas habuit contra defunctum?

60. Negativam plurimi defendunt ex L. 1. Cod. de Bon. Mat.

61. & 62. Affirmativa tamen verior ex rationibus hic subjunctis.

63. & 64. Justissime possidere intelligitur qui cum superioris autoritate prævio emptionis

ptionis titulo in possessionem venit.
65. & 66. Potior possidentis est causa si duo à duobus eandem rem separatim emerunt.
67. Ratio hujus in quonam consistat?
68. Ob causæ obscuritatem & justam ignorantiam Actor ab Expensarum refusione absolvitur.
69. Sententia.

1 AUs denen mir ohnlängstens um Ertheilung meines rechtlichen Gutachtens zugeschickten hiebey wieder zuruck kommenden Gerichts-Actis habe nach fleißiger deroselben Verlesung ersehen, wie daß Hanß Martin Beck allhier nomine uxoris Mariæ Jacobe entgegen und wider Hanß Ulrich Käuffelin Burgern und Schreinern allhier klagend vor- und angebracht: Was gestalten sein Kläägers Ehefrau vermög eines den 20. Octob. 1641. nach ihrer Mutter Annä seel. Tod aufgerichteten Inventarii nachgehends auch zwischen dem damaligen überlebenden Wittwer weyland Christoph Petern gewesenem Burger und Kochen allhier, so dann seinen beyderley Kindern ordentlich getroffener Abtheilung für anerstorben mütterlich und schwesterlich Gut unter andern auch ein Acker auf dem Oesterberg pro 60 fl. zugeschieden worden, wie aus dem sub lit. A. eingelegten Extract angeregten Inventarii zu ersehen, 2 solchen Acker nun habe des A. Weibs leiblicher Vatter vorgemeldter Christoph Peter, als dem der Ususfructus krafft Würtemb. Land-Recht gebühret, nach ersterwehnter Abtheilung in die 11 Jahr continue nach einander gantz ruhig und ohnperturbirt besessen und genossen, und zwar bis ad annum 1652. in welchem er aus gewissen Ursachen von hier hinweg nacher Rudelitz in Mähren sich begeben, allwo er bey einer Gräffin zum Koch angenommen worden, 3 worauff dann indessen als in sein Peters Abwesenheit des damalen auch abwesenden Hanß Jacob Kohlers gewesenen Burgers und Weißgerbers allhier eheliche Hausfrau Maria Magdalena solchen Acker, als welcher viel Jahr zuvor ihr eigenthumlich zuständig, ihme Petern aber von ihro an einer Schuld, um willen er etliche Soldaten vor sie aufgehalten, in solutum und also vor eigenthumlich eingeraumet worden, wieder an sich gezogen, wiewohl mala fide, selbigen auch den 27. Maji anno 1654. gegen dem damaligen Bebenhausischen Pflegern Hrn. Joh. Bernhardt Sattlern für ein aufgenommenes Capital à 100. fl. unterpfändlich versetzt, solchen aber nach beschehener Ablösung des Capitals wieder frey und ledig 4 gemacht. Endlich sey dieser Acker auf weyland Johann Steeben gewesenen Schaaf-Wirth allhier kommen, quo jure vel quo titulo sey bis dato noch nicht docirt, nach sein Steebens und seiner Hausfrauen seel. Ableiben sey er auf R. und jetztmaligen Possessorem desselben erblich gefallen, nachdem nun A. Eheweib vor 5 Jahren ohngefähr in Erfahrung kommen, daß der Acker quæst. ihro für ihr anerstorben Mütter- und Schwesterlich Gut bey erwehnter Theilung assignirt worden, habe sie gleichbalden den Possessorem in der Güte gesucht, welcher aber nicht nur allein solcher Gütin nicht statt thun wollen, sondern sich auch unterstanden den Acker qu. zu alieniren, welches er auch ins Werck gesetzt, wann nicht Authoritas Magistratus es hätte verhindert, dahero dann der A. gemüßiget werde die competirende Rechts-Mittel zu ergreiffen, inmassen sein Dienst-rechtliches Bitten zu erkennen und zu sprechen, daß der R. als jetzmaliger Possessor offtbemeldten Acker wieder abzutreten, und A. cum omnibus fructibus perceptis & percipiendis jure dominii vel quasi einzuraumen schuldig und verbunden seyn solle, und das mit Abtrag Kostens und Schadens, Implorato desuper Nobili Dn. Judicis officio.

Worauff R. fürgebracht, daß zwar seine Fr. 5 von der verstorbenen Steebischen Wittib seel. einen Acker im Oesterberg erblich bekommen, und b. f. possedirt, auch die Helffte längsthin rechtmäßig wieder alienirt, in Hoffnung, ungeacht A. dawider vermeintlich protestiren lassen, jedennoch weil nach 14. Tagen ein Kauff kräfftig, er sey insinuirt oder nicht, es werde ihm deßwegen niemand nichts in Weg legen können. So viel auch R. berichtet, so sollen zwar A. Eheweibs Eltern den Acker vor dem zu Handen gezogen haben, bald aber habe die Kohlerische Wittib, entweder daß solcher nicht bezahlet worden oder A. Weibs Eltern kein justum titulum oder aber die Kohlerin wenigst potius jus gehabt, wieder an sich gezogen, auch selben hernach offentlich vor einem gantzen Gericht, also auch denen und mehrern Personen, so anno 1641. bey der Inventur und Theilung gewesen, versetzt, also daß deswegen kein fraus oder dolus im geringsten nicht zu præsumiren, sondern vielmehr daß quæstion. Acker damal legitime müsse der Kohlerin zugestanden seyn, sonst das Gerichte nicht darob würde erkennt haben, als die wegen Kürtze der Zeit damaliger Theilung und der wieder an sich Ziehung der Kohlerin genugsame Wissenschafft haben können. Wie 6 dann auch erfolget, daß darauf der damalige Bebenhausische Pfleger auf dem Hoff und gemeine Stadt allhier wegen alter Contribution und ob hypothecam solchen Acker aufgezogen, so daß sich des A. Weibs Vater deswegen verglichen und gemeiner Stadt allhier noch 70 fl. darum abgezogen, und heraus-hingegen der Steeb seel. für hergeschossen Geld und gethane Satisfaction den Acker und den der Bebenhausischen Pfleg ausgelößt- und bezahlten Gült-Brief neben der Quitung bekommen. Dahero es nach so langer Zeit, von mehr als 40 Jahren, nicht wohl anständig, daß A. Weib erst was suche, und nicht ehender deswegen was movirt oder gesagt, da memoria noch recens gewesen, und man ihro leichter hätte begegnen können.

Deswegen dann R. forderist seine Autho- 7 res, benanntlich seiner Frauen und die Steebische Coheredes, so dann gemeine Stadt allhier,

hier, die Bebenhausische Pfleg und Kohlerische Erben in optima juris forma laudirt und gebeten haben wolle, solche auch ad hanc litem zu citiren, um ihme zu adsistiren, darauffhin thue er litem negative, negando narrata, prout narrata, contestiren, hoffend, daß er A. nichts schuldig seyn werde, und ihme die intendirte Actiones nicht competiren können, nicht so wohl der Ursach, daß der Beckin Vatter selbst schon gegen die Stadt und Pfleg solchen Ackers halb sich verziehen, dene A. Beckin geerbt, also factum defuncti præstiren muß; als daß A. weder dominium noch potiorem titulum aut jus, quàm R. habet, zu Stabilirung seiner intendirten Actionen wird beybringen können,
8 nicht jenes, weil er nicht wird erweisen, 1. daß seiner Frauen Eltern das dominium oder facultatem illud in A. transferendi gehabt haben. 2. daß solcher Acker auch ihr der A. Frauen würcklich tradirt worden, oder tradirt werden können, indem die Possessio nicht vacua gewesen und solche A. nicht apprehendiren können, welches ihme A. dann auch ratione Publicianæ in rem actionis im Weg liege, und daß wenigst R. firmius vel æque firmum jus habe, als A. anzeige, quo casu cesset Publiciana in rem actio, der Præscription inter præsentes vel decennio completæ nicht zu gedencken. Demnach R. Dienst-rechtlich gebeten ihne von angestellter Klage zu absolviren, und A. in alle verursachte Unkosten und Schaden zu condemniren cum imploratione solita.
9 Auf welches hin die Partheyen hinc inde ferner replicando, duplicando, triplicando &c. verfahren und ad definitivam in Schrifften submittirt.

Hierüber nun meine beywohnende rechtliche Gedancken, daß verständiger Meynung unvorgreifflich, zu eröffnen, so habe nach reiffer Uberleg- und Erwegung aller Umstände, forderist ratione Processus, ejusque formalium in Acht genommen, daß beede Theil in dieser Sach uxorio nomine interessirt seyn, wie dañ
10 den 17ten Decembr. 1684. da die Klage geschehen, Hannß Martin Beck sich cum uxore Maria Jacobe præsentiret, und also ihr Klägere seits das punctum legitimationis dazumalen seine Richtigkeit gehabt und erlangt, nachgehends aber alle übrige Schrifften allein
11 in sein Hannß Martin Becken Nahmen concipirt, ohn daß er so viel ich ex actis ersehen, jemal de rato cavirt; deßgleichen ist Hannß Ulrich Kauffleins R. Ehefrau niemalen, so viel die Acta geben, in judicio erschienen, und sind alle seiner Seits eingereichte Schrifften in seinem Namen alleinig abgefaßt, da er doch selbst bekennet, daß der Acker quæst. von der Steebischen Wittib, deren er auf Absterben ihres Manns in anno 1667. zugetheilet worden, seinem Schweher erblich zugefallen, und von selbigem ihme gleich zum Heyrath-Gut gegeben worden, noch dennoch aber auch niemalen Caution und Sicherheit de rato præstirt, wie er Fürstl. Würtemb. Landrechten nach, wann das Judicium und die ausfallende Urthel bestehen soll, in allweg zu thun verbunden, 12
vid. p. 1. tit. 16. §. Item ein Ehemann, junct. seq. §. doch daß &c. ibi B. D. Lauterb. *th. 38.* Joach. Wibel. *de contract. mulier. c. 3. §. 8. n. 80.*
ob er wohl den gemeinen Rechten nach darzu 13
nicht adstringirt wird,

Cum dubium non sit, quin maritus Jure 14
communi Cæsareo de bonis uxoris dotalibus, non solum absque mandato, sed & sine cautione de rato, agere possit, ceu eorundem, constante matrimonio, indubitatus dominus, ita, ut illorum nomine quoque ipsi, non uxori, vindicatio competere dicatur in
l. 9. C. de rei vind. l. 5. l. 11. C. de jur. dot. l. 7. §. 3. ff. eod.
imo etiam invita uxore propter suum inter- 15
esse agere queat, & iis itidem casibus in judicio exercendis, qui alioqui speciale mandatum requirunt, citra mandatum pro uxore ratione rerum dotalium intercedere valeat, ut post alios tradunt
Franc. Pfeil. *Cons. 125. n. 1.* Franc. Vivius *dec. Neapol. 518. n. 16.* Wibel. *d. §. 8. n. 76.* B. Lauterb. *de caut. rat. à conjunct. præst. th. 15.*
quidni ergo & ita de iisdem conventus respondere valeret sine mandato & sine præstita cautione de rato ex eadem ratione?

Deßwegen dann, weil in hac discrepantia 16
horum duorum jurium, nicht auf das gemeine- sondern dieses Hertzogthums Hochfürstl. Landrecht welches die stetige Ubung confirmirt, teste Wibelio d. l. zu sehen, von ihnen beyden 17
ante sententiæ publicationem, ad evitandam ejus nullitatem, ermeldte Caution noch zu exigiren, deßgleichen der biß dato noch nicht geschehene mündliche Beschluß, so gleichfalls erheischet
J. P. W. *part. 1. tit. 50. pr.*
Die Materialia oder merita causæ belan- 18
gend, so hat A. wie das petitum in fine libelli zu erkennen gibt, rei vindicationem instituirt, und ad evitandam difficilem dominii probationem in eodem libello alternatim zugleich Publicianam in rem actionem proponirt.
Quas duas actiones ita uno libello alterna- 19
tive conjungi posse, in Praxi expeditum est teste Gailio *1. O. 62. n. 5.* Mynsi. *4. O. 11.* Modest. Pistor. *vol. 1. Cons. 27. n. 18.* Brunnem. *ad l. 1. ff. de publ. in rem act.* qui Dd. dubitantes an Publiciana detur domino? ridet, cum dominus utique se pro quasi domino gerere possit, si authoris sui dominium non valeat probare.

nec Juri, vel Civili vel Canonico, hoc etiam contrarium esse, satis ostendunt
l. 1 §. 4 ff. quod legat. ubi dicitur, posse 20
dictari duas actiones cum protestatione, quod ex alterutra velimus consequi, quod nos contingit. *cap. 3. pr.* ibi: jure dominii vel quasi. & *§. secus autem &c.* ibi: vel ad se jure dominii vel quasi rem

si rem aliquam pertinere. *de sent. & re jud. in 6.*

21 Nam etsi quemadmodum Dominii & bonæ fidei possessionis differentia specifica diversa est, ita etiam utriusque inde orta actio essentia differt, tamen non ita sibi contrariantur, quin utraque in eodem libello alternative proponi possit; Neque ex eo quod JCtus Ulpianus

in l. 1. §. 1. ff. de publ. in rem act.

negat dominum post usucapionem desiderare hanc actionem, Publicianam nempe, sequitur, eum non posse utramque dictare, ut ipse Ulpianus loquitur

in d. l. 1. §. 4. ff. quod legat.

22 Hincque tam ratio quam usus fori reprobat Glossam alternativam duarum illarum actionum conjunctionem improbantem.

in cit. l. 1. §. 1. ff. de publ. in rem act.

23 Die erste von diesen beyden Actionibus nun hat sui natura zwey Extrema, die derjenige, so sie intendirt, zu rechtlicher Gnüge zu erweisen hat, wann er obteniren und den Sieg davon tragen will, ex parte nim. sui ipsius dominium, ex parte vero Rei conventi possessionem

l. officium. 9. j. l. 36. de rei vindic. ibi B. D. Bartol. *in rubr. d. t. de rei vind.* Petr. de Ancharano *Cons. 386. num. 1.* Menoch. *Cons. 725. n. 25.* Papon. *lib. 8. tit. 13. arrest. 2.* Arism. Tepat. *Compend. decis. p. 3. tit. 512. cap. 6. in fin.*

24 Jenes das Dominium zu erweisen fällt sehr schwehr, id quod apud omnes est in confesso, uno ore asserentes, difficillimam esse dominii probationem in petitorio, quia non sufficit, saltem titulum, quo quis ipse rem acquisivit, docere

l. 23. de R. V. ibi Brunnem. Mevius *p. 1. dec. 246. p. 3. dec. 291. seq.* Klock. *Vot. Cam. relat. 133. n. 2. & tom. 1. Cons. 14. num. 7.* Gylman. *Symphor. tom. 2. p. 2. art. 47. n. 20.*

25 Sed dominium Authoris sui quoque ostendi necesse est

l. 20. de A. R. D. l. 54. de R. I. l. 10. C. de pign. act. Struv. *Ex. 11. th. 14.*

26 In der andern aber wird, den Sieg rechtens zu erhalten, gleichfalls erfordert, daß der Kläger folgende vier Stücke erweise, titulum nim. ad dominium transferendum & acquirendum habilem, traditionem, bonam fidem & possessionem rei conventi

Borgn. Cavalcanus *part. 2. dec. 23. n. 29.* Alex. Raudens. *de analog. cap. 24.*

27 Sic, ut, si horum quatuor requisitorum aliquod deficiat, quis obtinere non possit eâdem

Joseph. Ludov. de Assis. *Dec. Luc. 65. inf.*

28 Causa enim efficiens hujus actionis est quasi dominium s. bonæ fidei possessio, cujus formalis ratio hæc est, ut quis rem pro suo habeat ex justa causa, ut ait Prætor

l. 1. pr. ff. de publ. in rem act.

Id quod Cajus

in l. 13. eod.

ita explicat, quod causa justa tum titulum ad 29
transferendum dominium habilem contineat, tum bonam fidem, ut quis credat se dominum esse. Quæcunque igitur sunt justæ causæ acquirendarum rerum, si ex iis causis nacti res, amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia hæc actio, ut Cajus ibi inquit. Cum ergo bonæ fidei possessionis s. quasi dominii (sive conditionis usucapiendi vel ejus causæ quam usucapio sequi solet, ut loquitur Julianus

l. 33. pr. de usucap.)

essentia consistat in bona fide, h. e. opinione 30
probabili rem suam esse vi traditionis ex justa causa sibi factæ, hujus proprius effectus seu essentiale consequens est jus petendi seu vindicandi rem ista opinione hactenus possessam & nunc amissam, ex parte actoris, ex parte vero rei obligatio s. necessitas restituendi rem occupatam ei, qui ita b. f. ex justa causa eandem possedit. Hincque jam, ut puto, oppido patet, quod qui actione Publiciana vult obtinere, eum prædicta quatuor probare oporteat.

Cæsar de Ursillis ad Matth. de Afflict. *dec. Neapol. 40. n. 5.*

Quod quia quis facilius præstare potest, 31
quam verum dominium, & quidem etiam authoris sui, probare inde venit quod plerumque Rei vindicationi præferatur, aut cum eadem regulariter conjungatur.

Es hat aber Kläger hierfalls in den in causa 32
præsenti gerichtlich ausgeübten Actis weder das dominium pro fundada Rei vindicatione, noch b. f. possessionem s. quasi dominium vel tria priora ex 4. illis requisitis pro fundanda Publiciana zu rechtlicher Gnüge erwiesen. Gestalten er weder bonam fidem noch justum titulum ad dominium transferendum & acquirendum habilem durch glaubwürdige Document oder ander genugsame Beweißthum beygebracht: denn ob er wohl allegiret der Acker quæst. sey seinem Schweher seel. Christoph Petern von weyland Maria Magdalena, Hannß Jacob Kohlers, gewesenen Burgers und Weisgerbers allhier, Haußfrauen, weil er etliche Soldaten für sie gehalten, in solutum an der Schuld gegeben und eigenthumlich eingeraumet worden, so hat er doch solches auf R. widersprechen nicht probiret, noch mit einigem 33
Jota belegt, zwar hat er zu einem Behuff und 34
Argument angeführet, daß der quæstionirte Acker in das nach seiner Frauen Mutter seel. Todt den 20sten Octobr. 1641. aufgerichtete Inventarium gebracht und nachgehends auch in die zwischen dem Vater gedachten Christoph Peter und seinen beyderley Kindern getroffene Theilung gekommen und seiner Frauen für anerstorben Mutter- und Schwesterlich Gut zugeschieden worden vermög Extracts lit. A. wodurch er das Dominium oder doch wenigst b. f. possessionem bescheinet zu haben vermeint und erachtet werden möchte, in Erwegung quod pro inventario stet firma juris præsumtio, quod illud rite recteque confectum sit, us- 35

hier, die Bebenhausische Pfleg und Kohlerische Erben in optima juris forma laudirt und gebeten haben wolle, solche auch ad hanc litem zu citiren, um ihme zu adsistiren, darauffhin thue er litem negative, negando narrata, prout narrata, contestiren, hoffend, daß er A. nichts schuldig seyn werde, und ihme die intendirte Actiones nicht competiren können, nicht so wohl der Ursach, daß der Beckin Vatter selbst schon gegen die Stadt und Pfleg solchen Ackers halb sich verziehen, dene A. Beckin geerbt, also factum defuncti præstiren muß; als daß A. weder dominium noch potiorem titulum aut jus, quàm R. habet, zu Stabilirung seiner intendirten Actionen wird beybringen können,
8 nicht jenes, weil er nicht wird erweisen, 1. daß seiner Frauen Eltern das dominium oder facultatem illud in A. transferendi gehabt haben. 2. daß solcher Acker auch ihr der A. Frauen würcklich tradirt worden, oder tradirt werden können, indem die Possessio nicht vacua gewesen und solche A. nicht apprehendiren können, welches ihme A. dann auch ratione Publicianæ in rem actionis im Weg liege, und daß wenigst R. firmius vel æque firmum jus habe, als A. anzeige, quo casu cesset Publiciana in rem actio, der Præscription inter præsentes vel decennio completæ nicht zu gedencken. Demnach R. Dienst-rechtlich gebeten ihne von angestellter Klage zu absolviren, und A. in alle verursachte Unkosten und Schaden zu condemniren cum imploratione solita.

9 Auf welches hin die Partheyen hinc inde ferner replicando, duplicando, triplicando &c. verfahren und ad definitivam in Schrifften submittirt.

Hierüber nun meine beywohnende rechtliche Gedancken, daß verständiger Meynung unvorgreifflich, zu eröffnen, so habe nach reiffer Uberleg- und Erwegung aller Umstände, forderist ratione Processus, ejusque formalium in Acht genommen, daß beede Theil in dieser Sach uxorio nomine interessirt seyn, wie dañ
10 den 17ten Decembr. 1684. da die Klage geschehen, Hannß Martin Beck sich cum uxore Maria Jacobe præsentiret, und also ihr Klägere seits das punctum legitimationis dazumalen seine Richtigkeit gehabt und erlangt, nachgehends aber alle übrige Schrifften allein
11 in sein Hannß Martin Becken Nahmen concipirt, ohn daß er so viel ich ex actis ersehen, jemal de rato cavirt; deßgleichen ist Hannß Ulrich Kauffleins R. Ehefrau niemalen, so viel die Acta geben, in judicio erschienen, und sind alle seiner Seits eingereichte Schrifften in seinem Namen alleinig abgefaßt, da er doch selbst bekennet, daß der Acker quæst. von der Steebischen Wittib, deren er auf Absterben ihres Manns in anno 1667. zugetheilet worden, seinem Schweher erblich zugefallen, und von selbigem ihme gleich zum Heyrath-Gut gegeben worden, noch dennoch aber auch niemalen Caution und Sicherheit de rato præstirt, wie er Fürstl. Würtemb. Landrechten nach, wann das Judicium und die ausfallende Urthel bestehen soll, in allweg zu thun verbunden, 12

vid. p. 1. tit. 16. §. Item ein Ehemann, junct. seq. §. doch daß &c. ibi B. D. Lauterb. *th. 38.* Joach. Wibel. *de contract. mulier. c. 3. §. 8. n. 80.*

ob er wohl den gemeinen Rechten nach darzu 13 nicht adstringirt wird,

Cum dubium non sit, quin maritus Jure 14 communi Cæsareo de bonis uxoris dotalibus, non solum absque mandato, sed & sine cautione de rato, agere possit, ceu eorundem, constante matrimonio, indubitatus dominus, ita, ut illorum nomine quoque ipsi, non uxori, vindicatio competere dicatur in

l. 9. C. de rei vind. l. 5. l. 11. C. de jur. dot. l. 7. §. 3. ff. eod.

imo etiam invita uxore propter suum inter- 15 esse agere queat, & iis itidem casibus in judicio exercendis, qui alioqui speciale mandatum requirunt, citra mandatum pro uxore ratione rerum dotalium intercedere valeat, ut post alios tradunt

Franc. Pfeil. *Cons. 125. n. 1.* Franc. Vivius *dec. Neapol. 518. n. 16.* Wibel. *d. §. 8. n. 76.* B. Lauterb. *de caut. rat. à conjunct. præst. th. 15.*

quidni ergo & ita de iisdem conventus respondere valeret sine mandato & sine præstita cautione de rato ex eadem ratione?

Deßwegen dann, weil in hac discrepantia 16 horum duorum jurium, nicht auf das gemeine- sondern dieses Hertzogthums Hochfürstl. Landrecht, welches die stetige Ubung confirmirt, teste Wibelio d. l. zu sehen, von ihnen beyden 17 ante sententiæ publicationem, ad evitandam ejus nullitatem, ermeldte Caution noch zu exigiren, deßgleichen der biß dato noch nicht geschehene mündliche Beschluß, so gleichfalls erheischet

J. P. W. *part. 1. tit. 50. pr.*

Die Materialia oder merita causæ belan- 18 gend, so hat A. wie das petitum in fine libelli zu erkennen gibt, rei vindicationem instituirt, und ad evitandam difficilem dominii probationem in eodem libello alternatim zugleich Publicianam in rem actionem proponirt.

Quas duas actiones ita uno libello alterna- 19 tive conjungi posse, in Praxi expeditum est teste Gailio *1. O. 62. n. 5.* Mynsi. *4. O. 11.* Modest. Pistor. *vol. 1. Cons. 27. n. 18.* Brunnem. *ad l. 1. ff. de publ. in rem act.* qui Dd. dubitantes an Publiciana detur domino? ridet, cum dominus utique se pro quasi domino gerere possit, si authoris sui dominium non valeat probare.

nec Juri, vel Civili vel Canonico, hoc etiam contrarium esse, satis ostendunt

l. 1 §. 4 ff. quod legat. ubi dicitur, posse 20 dictari duas actiones cum protestatione, quod ex alterutra velimus consequi, quod nos contingit. *cap. 3. pr.* ibi: jure dominii vel quasi. & *§. secus autem &c.* ibi: vel ad se jure dominii vel quasi rem

si rem aliquam pertinere. *de sent. & re jud. in 6.*

21 Nam etsi quemadmodum Dominii & bonæ fidei possessionis differentia specifica diversa est, ita etiam utriusque inde orta actio essentia differt, tamen non ita sibi contrariantur, quin utraque in eodem libello alternative proponi possit; Neque ex eo quod JCtus Ulpianus

in l. 1. §. 1. ff. de publ. in rem act.

negat dominum post usucapionem desiderare hanc actionem, Publicianam nempe, sequitur, eum non posse utramque dictare, ut ipse Ulpianus loquitur

in d. l. 1. §. 4. ff. quod legat.

22 Hincque tam ratio quam usus fori reprobat Glossam alternativam duarum illarum actionum conjunctionem improbantem.

in cit. l. 1. §. 1. ff. de publ. in rem act.

23 Die erste von diesen beyden Actionibus nun hat sui natura zwey Extrema, die derjenige, so sie intendirt, zu rechtlicher Gnüge zu erweisen hat, wann er obteniren und den Sieg davon tragen will, ex parte nim. sui ipsius dominium, ex parte vero Rei conventi possessionem

l. officium. 9. j. l. 36. de rei vindic. ibi B. D. Bartol. *in rubr. d. t. de rei vind.* Petr. de Ancharano *Cons. 386. num. 1.* Menoch. *Cons. 725. n. 25.* Papon. *lib. 8. tit. 13. arrest. 2.* Arism. Tepat. *Compend. decis. p. 3. tit. 512. cap. 6. in fin.*

24 Jenes das Dominium zu erweisen fällt sehr schwehr, id quod apud omnes est in confesso, uno ore asserentes, difficillimam esse dominii probationem in petitorio, quia non sufficit, saltem titulum, quo quis ipse rem acquisivit, docere

l. 23. de R. V. ibi Brunnem. Mevius *p. 1. dec. 246. p. 3. dec. 291. seq.* Klock. *Vot. Cam. relat. 133. n. 2. & tom. 1. Cons. 14. num. 7.* Gylman. *Symphor. tom. 2. p. 2. art. 47. n. 20.*

25 Sed dominium Authoris sui quoque ostendi necesse est

l. 20. de A. R. D. l. 54. de R. I. l. 10. C. de pign. act. Struv. *Ex. 11. th. 14.*

26 In der andern aber wird, den Sieg rechtens zu erhalten, gleichfalls erfordert, daß der Kläger folgende vier Stücke erweise, titulum nim. ad dominium transferendum & acquirendum habilem, traditionem, bonam fidem & possessionem rei conventi

Borgn. Cavalcanus *part. 2. dec. 23. n. 29.* Alex. Raudens. *de analog. cap. 24.*

27 Sic, ut, si horum quatuor requisitorum aliquod deficiat, quis obtinere non possit eâdem

Joseph. Ludov. de Assis. *Dec. Luc. 65. inf.*

28 Causa enim efficiens hujus actionis est quasi dominium s. bonæ fidei possessio, cujus formalis ratio hæc est, ut quis rem pro suo habeat ex justa causa, ut ait Prætor

l. 1. pr. ff. de publ. in rem act.

Id quod Cajus

in l. 13. eod.

ita explicat, quod causa justa tum titulum ad 29
transferendum dominium habilem contineat, tum bonam fidem, ut quis credat se dominum esse. Quæcunque igitur sunt justæ causæ acquirendarum rerum, si ex iis causis nacti res, amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia hæc actio, ut Cajus ibi inquit. Cum ergo bonæ fidei possessionis s. quasi dominii (sive conditionis usucapiendi vel ejus causæ quam usucapio sequi solet, ut loquitur Julianus

l. 33. pr. de usucap.)

essentia consistat in bona fide, h. e. opinione 30
probabili rem suam esse vi traditionis ex justa causa sibi factæ, hujus proprius effectus seu essentiale consequens est jus petendi seu vindicandi rem ista opinione hactenus possessam & nunc amissam, ex parte actoris, ex parte vero rei obligatio s. necessitas restituendi rem occupatam ei, qui ita b. f. ex justa causa eandem possedit. Hincque jam, ut puto, oppido patet, quod qui actione Publiciana vult obtinere, eum prædicta quatuor probare oporteat.

Cæsar de Ursillis ad Matth. de Afflict. *dec. Neapol. 40. n. 5.*

Quod quia quis facilius præstare potest, 31
quam verum dominium, & quidem etiam authoris sui, probare inde venit quod plerumque Rei vindicationi præferatur, aut cum eadem regulariter conjungatur.

Es hat aber Kläger hierfalls in den in causa 32
præsenti gerichtlich ausgeübten Actis weder das dominium pro fundada Rei vindicatione, noch b. f. possessionem s. quasi dominium vel tria priora ex 4. illis requisitis pro fundanda Publiciana zu rechtlicher Gnüge erwiesen. Gestalten er weder bonam fidem noch justum titulum ad dominium transferendum & acquirendum habilem durch glaubwürdige Document oder ander genugsame Beweißthum beygebracht: denn ob er wohl allegiret der Acker quæst. sey seinem Schweher seel. Christoph Petern von weyland Maria Magdalena, Hannß Jacob Kohlers, gewesenen Burgers und Weisgerbers allhier, Haußfrauen, weil er etliche Soldaten für sie gehalten, in solutum an der Schuld gegeben und eigenthumlich eingeraumet worden, so hat er doch solches auf R. widersprechen nicht probiret, noch mit einigem Jota belegt, zwar hat er zu einem Behuff und 34
Argument angeführet, daß der quæstionirte Acker in das nach seiner Frauen Mutter seel. Todt den 20sten Octobr. 1641. aufgerichtete Inventarium gebracht und nachgehends auch in die zwischen dem Vater gedachten Christoph Peter und seinen beyderley Kindern getroffene Theilung gekommen und seiner Frauen für anerstorben Mutter- und Schwesterlich Gut zugeschieden worden vermög Extracts lit. A. wodurch er das Dominium oder doch wenigst b. f. possessionem bescheinet zu haben vermeint und erachtet werden möchte, in Erwegung quod pro inventario stet firma juris præsumtio, quod illud rite recteque confectum sit, us- 35

que dum contrarium ab adversario probetur Berlich *dec. 160. n. 25.* Carpz. *p. 3. c. 33. d. 10. n. 1. 2.* Mascard. *concl. 939. per tot.* Fulv. Pacian. *de probat. l. 1. c. 46. n. 24. seqq.*

36 & hinc etiam omnia in illo descripta bona defuncti, vel ejus, super cujus bonis conficitur, præsumantur

arg. l. fin. pr. C. arbitr. tut.

37 deinde Instrumentum divisionis probet possessionem illorum, qui diviserunt, etiam contra alios.

Paul. Castrens. *lib. 2. Cons. 81.* Decius *Cons. 302. n. 10.* Menoch. *Cons. 725. n. 14.*

38 Aber es ist bekandt, quod præsumptio pro inventario rite confecto militans saltem in conficientis præjudicium operetur ac valeat, tertio autem, qui confectioni ejus non interfuit, haud præjudicet

Franc. Niger Cyriac. *controv. forens. 25. n. 4. 6.* Ant. Capyc. *Dec. Neap. 107. n. 11.*

39 So probiret das Instrumentum divisionis wohl, daß die dividentes tempore divisionis das Gut gehabt, und possedirt, aber ob die possessio bonæ fidei possessio ex justo titulo ad transferendum dominium habili acquisita & ad usucapiendum apta gewesen, wird in Ermanglung anderen Beweißthums dadurch allein nicht erwiesen, zumahl wider
40 das verhandene Instrumentum Obligationis, dariñ die alte Eigenthumerin obgemeldte Maria Magdalena Kohlerin, den Acker quæstionis als noch eigenthumlich dem Bebenhäusischen Pfleger für 100 fl. anno 1653 zum Unterpfandt verschrieben und eingesetzt, und zwar mit Vorwissen eines ehrsamen Gerichts, woraus die
41 rechtliche Vermuthung entstehet, daß ja das Gericht nicht sollte oder würde über solch Unterpfandt Gnädigster Herrschafft verschrieben erkennet haben, wann es vorhin von der Kohlerin dem Christoph Peter gültig- und rechtmäßiger Weise wäre in solutum gegeben, und eigenthumlich eingeraumet, solche Einraumung auch, wie geschehen sollen, vor Gericht gebracht
42 und approbirt worden. Deswegen ich denn selbst mit R. conjecturirt, daß A. Frauen Eltern etwan den Acker quæst. entweder jure antichretico eine Zeit ingehabt, sich durch Niessung der Früchte ihrer Prætension halber daraus bezahlt zu machen, oder ex invalido aliquo titulo bekommen, oder da sie ihn ex justa & valida causa überkommen, etwa nachmahls ihrer Obligation kein Genügen gethan, und daher die Kohlerin solchen propter potius jus
43 wiederum vindicirt oder repetirt. Aber nachdem ich, auf einen rechten Grund in der Sachen zu kommen, durch Herrn Stadt-Schreibern weiter nachsuchen lassen, hat sich in gemeiner Stadt Kauff-Buch de Anno 1635 biß 1641. fol. 279. gleichwohl gefunden, daß Hr. Georg Schnierlin des Gerichts, Jacob Grüninger und Joseph Kienlein beede Raths-Verwandte, sodann Johann Meyer Stoffels Sohn aus der Gemeind, als von den Herren Beambten, Burgermeistern und Gericht zu Versilberung der auf solcher Marckung habender Güter wegen der Contributions-Schulden, sonders Deputirte, Christoph Petern den Acker quæstionis Hannß Jacob Kohlern, Weißgerbern zugehörig, ohngefähr einen Morgen besagend, und auf dem Oesterberg zwischen ihme Petern selbst, und Joseph Kienlein Gärbern liegend, oben auf die Gemeind, und unten auf Jung Hannß Krätzern stossend, mit allen seinen zugehörigen Gerechtigkeiten und daraus schuldigen Beschwerden zu kauffen gegeben, für und um 80 fl. baar Geld, welche ihm an jenigen Zehrungen, so allerhand hohe Officier und Soldaten in seiner Bestand-Herberg auf Stadt und Ambt Tübingen verthan, gebührend defalcirt werden sollen, welcher contract den 25 April 1638 gerichtlich confirmirt, laut des mir von Herrn Stadtschreibern ertheilten Extracts aus solchem Kauff-Buch. Woraus sich dann nunmehro der titulus do- 44
minii translativus s. ad transferendum & acquirendum dominium habilis, quo A. uxoris Pater fundum quæstionis, credens vendentes, utut non fuerint domini, tamen a lege potestatem illum alienandi habuisse

arg. l. 1. 2. 3. C. si propt. publ. pensit. l. 1. 2. C. de cap. & distr. pign. trib. causa. l. 8. C. de exact. trib. Petr. Ant. de Petra *de potest. Princ. c. 4. num. 40.* Florez Diaz de Mena. *qu. Pract. 21. n. 143.* Klock *de Contribut. cap. 18. n. 54.*

nactus, so weit ergeben, und mithin das Fun- 45
dament der intendirten Publicianæ, b. f possessio nim. hervorgekommen.

Allein ob gleich, daß bey solchem Verkauff 46
die Solennitæten, so die Rechte und deren Lehrer ad ejus validitatem erfordern, (und (*)
hierinn bestehen, 1. quod collectæ & contributiones debeantur & in illarum solutione cessatum sit. 2. quod res b. f. vendatur. 3. quod justo pretio venditio fiat. 4. quod res subhastetur. 5. quod Præsidis authoritas interveniat,

Brunnem. *ad l. 1. & 2. C. si propter publ. pens.* Klock. *d. c. 18. n. 61.*)

debitè observirt worden, ex præsumptione, 47
quæ stat pro Magistratu, cujus Authoritas hic intervenit, præsupponirt, und also der Grund A. Intention durch von Hrn. Stadt-Schreibern ertheilten Extract aus dem Kauff-Buch zu aller Gnüge beygebracht sey, gesetzt wird, so seynd doch à R. darwieder zerschiedene exceptiones opponiret, welche ob wohl nicht alle, doch theils von der Krafft und Würckung seyn, daß sie A. Intention dergestalt hintertreiben und elidiren, daß R. nicht könne zu Abtrettung oder Restitution des Ackers condemnirt und angehalten werden. Und 48
zwar hat R. 1. exceptionem præscriptionis opponirt, so aber A. Intention kein Abbruch thut, in Consideration, daß der Acker quæstionis des A. Frauen in der zwischen Christoph

ſtoph Petern und ſeinen Kindern getroffenen Theilung zugeſchieden worden, und alſo ad bona ipſius adventitia gehört hat, qualia bona
49 non niſi 30. annis à tempore, quo filii- vel filiæ familias, quorum illa fuere, ſui facti ſunt juris, numerandis, ſine diſcrimine præſentiæ vel abſentiæ adverſarii, præſcribi conſtat

ex l. 1. Auth. niſi tricennale. C. de bon. matern. l. 1. C. de annal. except.

welche Zeit hierfalls ante litem hanc notam noch nicht verfloſſen ſeyn kan, weil Chriſtoph Peter noch in Anno 61. gelebt. Zu dem replicirt A. daß hier bona fides deficire, und res vitio clandeſtinitatis afficirt ſey, er hat a-
50 ber deren keines probirt, über das verhindert vitium clandeſtinitatis nicht, quo minus res à b. f. poſſeſſore præſcribi queat, ſed tantum vitium furti & violentiæ, ſi nim. quis vi aliquem de prædio dejecerit & poſſeſſionem occupaverit,

§. 2. Inſt. de uſucap.

51 ſi enim qui dejecit, ingreſſus non fuerit, ſed alius in vacuam poſſeſſionem intraverit, ſine ullo obſtaculo prædium, etiam antequam in domini poteſtatem redeat, à b. f. poſſeſſore uſucapi ac præſcribi poterit.

l. 4. §. 22. l. 33. §. 2. de uſurp. & uſucap.

52 2. Excipirt er aber mit beſſerm Nachdruck, daß A. Frauen Vatter, Peter, ſich in Anno 1661. ſchon gegen der Stadt und Bebenhäuſiſchen Pfleg ſolchen Ackers halb verziehen und verglichen, ihm dagegen 80. fl. an dem alten Contributions-Ausſtand, von ſeiner Mutter herrührend, abgezogen und gut gethan worden.

53 Dawider A. zwar replicirt, daß er Peter nicht Fug und Macht gehabt, als nudus uſufructuarius & Adminiſtrator legitimus bonorum adventitiorum filiæ, ſine ipſius conſenſu, davon etwas in ſpecie den Acker qu.
54 zu alieniren; allein regeriret R. duplicando mit Beſtand Rechtens darauff, daß A. Frau ihres Vatters Erbin geworden, dahero ſie die von ihm beſchehene Alienation nicht impugniren, noch dawider kommen könne, dieweil, wie er, alſo auch ſie, ceu heres ipſius ad evictionem gehalten, alſo ihm disfalls da ſie ſelber rem evinciren will, optimo maximo jure die exceptio rei quaſi venditæ & traditæ aut doli entgegen geſetzt, und ſie mittelſt deren repelliret werde, juxta communem illam Juris regulam: Quem de evictione tenet actio, eum multo magis repellit exceptio

l. 17. l. 18. 19. de evict. t. t. de except. rei vend. l. 4. §. 32. de except. dol.

55 Et quanquam in cauſa transactionis circa præſtandam evictionem communiter diſtingui ſoleat: An quis tranſigendi animo tantum à lite diſcedat, remque ſuper qua intercedit controverſia adverſario relinquat & dimittat: an vero ex cauſa transactionis rem aliquam adverſario tradat: Et dici, poſteriori caſu evictionem à dante, re evicta, præſtandam, priori vero caſu ipſum de evictione non teneri ſed immunem eſſe, uti ita reſolvit

Ant. Gometz *lib. 2. var. reſol. cap. 2. n. 38. & docent* Nic. Burgund. *de evict. cap. 15.* Padilla *in l. ſi pro fund. C. de tranſact. n. 10.* Morla *in Empor. tit. 4. q. 1. n. 8.* Molina *de I. & I. t. 2. Diſp. 380. n. 3.* Queſada *divers. qu. c. 10. n. 7.* Gutzman. *de evict. q. 30. per tot.* Frantzk. *ad tit. ff. de evict. n. 413.* Jo. Ant. Mangil. *tr. de evict. qu. 142.* & ab his longa ſerie allegati.

unde videri poſſet hic non præſtandam 56
fuiſſe vel eſſe evictionem. Attamen conſtat, quod interdum quoque in caſu, ubi res poſſidenti relicta vel dimiſſa fuit, dimittens de evictione conveniri poſſit, & hoc quidem inter alia etiam tunc obtinet, quando pro re dimiſſâ litis æſtimationem accepit, quia tum quaſi vendidit & poſſeſſor quaſi emit,

l. 46. de rei vindicat. l. 7. §. 1. de publ. in rem. act.

ſicque emptioni ſimilis eſt tranſactio, hinc 57
omnino præſtanda evictio.

l. 36. de donat. int. vir. & uxor. Frantzk. *d. l. n. 420.* Alphons. de Olea *de ceſſion. jur. & act. tit. 6. q. 7. n. 29.* Joſeph. Urceolus *de tranſact. qu. 76.*

Cum igitur hic A. uxoris Pater 80. flore- 58
nos ſuos per compenſationem pro relicto prædio quæſtionis iterum in transactione obtinuerit, ad evictionem rei, cujus veram accepit æſtimationem, maximè contra proprium heredumque ſuorum factum, præſtandam, utique obligatus eſſe cœpit, quæ in patre nata obligatio procul dubio & in A. uxorem ceu heredem ejus transmiſſa eſt. Hinc non poterit jam ipſa fundum à patre quaſi venditum & ex transactionis cauſa dimiſſum repetere & vindicare, factoque ejus contravenire, etſi fundus de bonis ejus ad- 59
ventiis fuerit. Quemadmodum id in terminis terminantibus caſum, ubi Pater aliquid de bonis filii ad peculium ejus caſtrenſe, quaſi caſtrenſe vel adventitium pertinentibus alienavit ponentes, & utrum filius illud poſt mortem patris ab emptore repetere queat, ſi Patris heres factus hereditatem cum beneficio inventarii adierit? quærentes, tradunt

Roland. à Valle *de confect. invent. p. 4. §. Si quid Pater &c.* Sebaſt. Monticulus *de inventar. cap. 9. n. 92. ſeqq.*

dum ad quæſtionem iſtam negative reſpon- 60
dent, dicentes, quod licet actiones, quas heres contra defunctum habet non confundantur confecto inventario, nec rei vindicatio ac hypothecaria confundatur aditione, etiamſi non factum inventarium, neque Pater peculium filii alienare valeat, utut uſumfructum in eo habeat, ſed alienatum filius ad 30. usque annos vindicare poſſit, juxta

l. 1. C. de bon. matern. l. 8. §. 1. C. de bon. quæ lib.

Attamen ſi filius heres patris factus, ſive ei 61

ex asse sive in quota hereditaria, sive in legitima tantum successerit, nullatenus actionem adversus emptorem intentare queat, quoniam pater & filius juris fictione pro una persona habentur, præsertim filius heres patris factus ejusdem, ut quis alius heres defuncti cui successit, personam repræsentat, proinde factum ejus impugnare, eique contravenire nequit, sicut alias nemini quoque factum illius, ex cujus persona lucrum sentit, impugnare licet

l. 149. de reg. jur.

62 ac maxime ex hac ratione, quia ut pater ita & filius ceu heres de evictione tenetur, indeque sicut ille, ita & hic, fundum vindicaturus omnino repelli poterit.

Es möchte zwar hiewider eingewendet werden, hanc exceptionem videri de jure tertii esse, deßwegen R. sich deren nicht zu erfreuen;

63 allein ist zu erwegen, daß A. Weibes Vattern von der Stadt die 80 fl. für diesen Acker an der Contribution eben in Ansehung und von wegen der Bebenhausischen Pfleg, die ihn als ein Unterpfand angegriffen gehabt, abgezogen und gut gethan worden, von ermeldter Bebenhausischer Pfleg aber hat Joh. Steeb seel. der auf deßwegen ergangenen Fürstl. gnädigsten Befehl die Bebenhausische Pfleg um die 100 fl. dafür der Acker ihro mit gerichtlicher Erkanntniß versetzt gewesen, auf 2 Termine contentirt, laut beyliegender Quitung, emptionis quasi titulo bekommen, und auf seine Frau, selbige aber auf R. Eheweibs Vattern hereditario jure transmittirt, von deme er ferner R. in dotem gegeben worden, dahero ihm als rechtmäßigen Successori die Exceptio wohl zu statten kommt. Und erscheinet hieraus zugleich, daß R. Antecessores die Possession des Ackers qu. gar nicht mala fide & sine titulo vel colore tituli ali-

64 cujus ergriffen und erlangt. Qui enim authoritate Superioris prævio emptionis titulo in possessionem venit, justissimè possidere intelligitur

l. 11. de acq. possess.

quod inprimis obtinet si possessio Principis authoritate sit munita, uti hic Joh. Stebii possessio Serenissimi authoritate vallata fuit

Gratian. *discept. for. c. 907. n. 12.* Menoch. *Cons. 701. n. 62.*

65 quæ postmodum per transactionem illam adhucdum magis confirmata.

3. Kommt hierzu noch daß Christoph Peter den Acker qu. von dem von der Obrigkeit deputirten emptionis titulo b. f. bekommen, hernach Johann Steebe selbigen ebenfalls emptionis titulo b. f. von dem Bebenhausischen Pfleger überkommen, quando autem duo à duobus separatim eandem rem b. f. emerunt, potior est possidentis causa juxta decisionem Ulpiani JCti

in l. 9. §. 4. de Publ. in rem act.

66 ubi ait: Quod si à diversis non dominis duo separatim eandem rem b. f. emerint, videamus quis magis Publiciana vel actione vel exceptione adversus se invicem uti possit? Et Julianus lib. VII. Digest. scribit, quod melior causa sit possidentis, quam petentis. Quæ sententia vera est &c. Petentis igitur actio Publiciana eliditur exceptione Publiciana ut in

l. 7. §. si petenti in fin. d. t.

Etsi enim Jus s. quasi dominium priori se- 67
mel quæsitum sine ipsius facto adimi non posse videtur; tamen jus illud à pari jure alterius possessione de præsenti roborato elidetur utique, quia in pari causa possessor potior habetur

l. 33. l. 128. pr. de R. J.

Wann aber dieses gleich nicht wäre, so wäre doch die andere Exceptio einig und allein gnug A. Intention zu infringiren.

Demnach bey solcher der Sachen Bewandtniß ich anders nicht erachten kan, salvo cujusque melius sentientis judicio, als daß R. von 68
angestellter Klag, compensatis tamen expensis, ob rei obscuritatem & justam ignorantiam, in qua A. uxor hæsit, zu absolviren, wohlfolglich præstitis præstandis, de quibus supra, nachstehende Urtheil, so ich den Rechten und ausgeübten Actis gemäß erachte, und im Fall obhabenden richterlichen Amts selbst zu publiciren kein Bedencken trüge, zu eröffnen.

Urthel.

In Sachen Rechtens sich haltend 69
zwischen Hanns Martin Becken uxorio nomine Klägern an einem; entgegen und wider Hanns Ulrich Käufflin, Bürgern u. Schreinern uxorio nomine Beklagten am andern Theil, wird auf Klag, Antwort, und alles ander Gerichtliches Fürbringen, nach gethanem Recht-Satz, genommenem Bedacht und gehabtem Rath mit Urthel zu Recht erkannt, daß Beklagter von angestellten Klagen zu absolviren und zu entbinden. Wie wir ihn dann hiemit absolviren und entbinden, die Unkosten aber aus Bewegnis gegen einander compensiren und vergleichen.

Wollte solches meinen Hoch- und Vielgeehrten Herren zu verlangter Rechtl. Nachricht dienstlich nicht verhalten, mithin unter Göttlicher Schirms-Empfehlung, verbleibend

Meiner Hoch- und Vielgeehrten Herren

Dienst-geflissenster

G. S.

Tübingen den 1. Jun. 1686.

CONSI-

CONSILIUM XVII.

DE

Prædiis extranei in alterius vicinæ Univerſitatis territorio ſive diſtrictu ſitis, & exinde huic competente jure paſcendi.

SUMMARIA.

CAſus recenſio præmittitur à num. 1. usque 47. incluſ.

48. Perſonarum Legitimatio & formalia appellationis ante omnia debent eſſe juſtificata.

49. Effectus clauſulæ ratificationis omnium prius actorum hic oſtenditur.

51. Tacita ratificatio ex cauſæ proſecutione, aliusque Judicis minus ſuſpecti petitione inducta ad purgandam nullitatem ſufficiens eſt.

52. Sententia libello debet eſſe conformis.

53. Ante publicationem ſententiæ partium eſt concludere & ad illam pure ſubmittere.

54. Quod paucis fit.

55. Qualis actio in ſubſtrato ſit inſtituta, oſtenditur, & explicatur.

56. Nil refert quibus verbis ac formalibus petitum in hac actione fuerit prolatum.

57. Si modo naturæ illius conveniunt.

58. Ratio, cur actioni negatoriæ in ſubſtrato locus detur, ſpecialior hic adducitur.

59. Quotiescunque libertas rei noſtræ læditur ipſique neceſſitas imponitur, actio negatoria competit.

60. An actionem negatoriam inſtituenti onus probandi incumbat?

61. Ratio cur non.

62. Sed onus probandi juxta quorundam ſententiam in Reum abſolute devolvitur.

63. Ratio hujus.

64. & 65. Reus quidnam probare debeat hic oſtenditur.

66. Alii verò ratione oneris probandi, vel Actori vel Reo incumbentis, diſtinguunt, quæ ſententia priori merito præfertur.

67. Ipſi JCti priorem ſententiam ceu huic contrariam foventesillam limitant.

68. & 69. Adducitur ratio cur in ſubſtrato onus probandi incumbat Actoribus.

70. 71. & 72. Et quod jus ſuum actualiter probaverint prolixius hic deducitur & demonſtratur, inſimul modi probandi in caſum litis inter duas communitates ratione finium ut & paſcuorum exortæ.

73. Duodecim lapidum terminalium ſunt genera, quæ hic recenſentur.

74. Difficillima ſæpius horum eſt notitia.

75. Hinc periti inſimulque jurati ad illorum examinationem eligendi.

76. Ocularis inſpectio omnium efficaciſſima in jure dicitur probatio.

77. 78. & 79. Rationes hujus adducuntur.

80. & 81. Ex hoc etiam oculares teſtes reliquis longe præferuntur.

82. 83. & 84. In caſu contradictionis partium, an lapides terminales ſint nec ne, optimum remedium eſt ocularis inſpectio.

85. Ocularis inſpectio in tertia inſtantia, licet in duabus præcedentibus jam facta ſit, valide repetitur.

86. In arte perito inſimulque jurato credendum.

87. Lapides terminales erui horumque teſtes à Judice campeſtri probe ac ſollicite examinari debent.

88. Ad ocularem inſpectionem ratione litis circa fines vel paſcua inter duas communitates exortæ, quis eligendus?

89. 90. & 91. Duo diverſi Judices campeſtres idem judicium de lapidibus terminalibus ab Actore allegatis, ferentes hujus intentionem ſatis ſufficienterque probatam reddunt.

92. uſque 98. incluſ. Evidentia rei cujus ſit efficaciæ?

99. & 100. Lapides terminales vicini bona includentes jus dant in iis paſcendi.

101. 102. & 103. Quod firmatur Ddrum autoritatibus.

104. Villæ, & vici proxime adjacentis Civitatis vel pagi jurisdictioni ſubjecti nihilominus ſuos diſtrictus ac fines lapidibus aliisque ſignis terminatos habent.

105. Non ſemper ſequitur prædium pleni dominii jure ad aliquem pertinere, ergo & paſcua.

106. Ratio hujus in quonam conſiſtat?

107. Facultas paſcendi non reſpectu bonorum, ſed reſpectu originis, ſeu domicilii aut incolatus à jure conceditur.

108. Quoad extraneos territorium præſumitur liberum.

109. Communitates jus paſturandi in ſuis territoriis habent, nec venditione bonorum particularium à privatis præjudicatur communitati.

110. Forenſes licet habeant prædia, propter defectum originis tamen beneficio loci non gaudent.

111. Quod applicatur ad caſum propoſitum.

112. & 113. Communis obſervantia omne dubium tollit.

114. & 115. Et optima omnium probatio dicitur.

116. Jus paſcendi quo jure Actoribus in ſubſtrato competat, hic demonſtratur.

117. Qui-

117. *Quilibet boni viri arbitratu jure suo utatur.*
118. *Turpe est judici mendacia proferre.*
119. *Depositioni testium regulariter credendum.*
120. *Exceptiones contra personas & dicta Testium debent esse relevantes.*
121. 122. & 123. *Rationes cur depositionibus testium in substrato fides sit habenda, hic adducuntur.*
124. *Contra civitates similesque universitates ratione immobilium rerum, jurisumque incorporalium illis adhærentium non nisi quadragenaria præscriptio currit.*
125. *Tricennalis belli tempore præscriptio quievit.*
126. *Imploratio judicis pro interponendo officio suo sistit præscriptionis cursum.*
127. 128. & 129. *Exceptiones Rei erroneæ & falsæ refutantur.*
130. *Plus juris nemo, quam ipse habet, in alium transferre potest.*
131. *Hinc nec pascua ad universitatem pertinentia cum privatorum fundis vendi possunt.*
132. *A diversis male fit illatio.*
133. *Parti Litiganti contra evidentiam rei in judicio quid allegant i non creditur.*
134. *Ex incisura lapidis terminalis nihil injusti judicatur.*
135. *Cujus rationem pluribus offert Oettinger.*
136. *Actore negante Reo incumbit probatio.*
137. *Cur ex decimæ præstatione in casu proposito non liceat concludere, prædia sub districtu à Reo allegato non esse sita?*
138. *Actor in casum probationis victoriam litis merito reportat.*
139. *Licet ocularis inspectio à judice ex officio sit decreta, tamen si Reus per exceptionem occasionem dat, dimidiam illius expensarum præstare tenetur.*
140. *Sententia.*

DJe uns wieder zugeschickte, hierbey anitzo auch wiederum zuruckkommende Acta, in Sachen Jacob Wößners burgerlichen Inwohners zu Hohnweiler, beklagten Appellanten an einem; entgegen und wider Stabs- Vogten, Bürgermeister und gantze Gemeine zu Peterzell, Klägern Appellaten am andern Theil, haben wir, deren Wichtigkeit und Nothdurfft nach, zum andern mahl mit behörigem Fleiß gebührend durchgelesen, erwogen und in darüb gehaltener Deliberation nach allen Umständen
2 reifflich examinirt, welche dann, kürtzlich den Statum causæ zu repetiren, ergeben, daß Aa. Tt. in primâ instantiâ geklagt, daß R. N. sie wider das alte Herkommen, von ihrem Baanrecht zu treiben begehre, ohn Befügniß über ihre Marcksteine mit seinem Vieh fahre, und ihnen in ihrer Wayde Eingrieff thu, in specie auf den beyden ihm zugehörigen in ihrem Baan gelegenen stuck Felds, der Frohn-Acker und Beckenholtz genannt, zu früh und
3 spath die Wayd suche; Nachdem sich nun R. N. hierüber verantwortet, und auf von beyden Theilen beschehene Hintersetzung, von dem geführten Untergang die Urtheil wider ihn ausgefallen, er gleich stante pede davon appellirt, bey dem Closter-Gericht zu Alpürspach die interponirte Appellation introducirt, von welchem Judicio aber die Sach auf Aa. suppliciren a Serenissimo avocirt, und per remissionem nacher Sultz gewiesen, da dann
4 R. N. in 2da Instantia einige Nullitäten (so aber von keiner Consideration, wie in unserm vorigen Responso angeführt,) und mithin die Iniquitates prioris sententiæ in seiner Nullitäten- und Appellations-Klag weitläuffig deducirt, darauf Aa. Tt. prævia exceptione contra formalia appellationis (so aber auch keiner Erheblichkeit) eventualiter litem contestirt, R. N. wieder replicirt, und die Iniquitates prioris sententiæ mehrers zu stabiliren, angeführt, daß 1. durch das Läger- 5
Buch, so bey vorgangenem Augenschein in Originali vorgewiesen, vom Judice und parte inspicirt, überflüssig erwiesen, daß die strittige Güter in Nt. Hoff, und selbiger in Hohnweiler Zwang und Bann gehöre, massen des N. Hoff und die von ihm vorgezeigte Stein von einem zum andern ordentlich darinn specificirt, welch Läger-Buch um so mehr beweise, weil es in Præsentz deren von Peterzell gemacht, renovirt und von denselben ohn einig Contradiction bey der Publication angenommen worden. Und daß diß strittige Feld in 6
Hohnweiler Zwang und Bann, lasse sich auch leicht daher abnehmen, daß solches in N. Hoff undisputirlich gehöre, und nicht davon zu trennen, wie nun der gantze Hoff besage Läger-Buchs in Hohnweiler Bann gehört, also gehöre auch das strittige Stück darein, als pars minima, & contigua. Uber diß haben ja 7
Tt. nicht den geringsten Beytrag von collectis und andern oneribus aus dem strittigen Stück zu erfordern, noch den Heu-Zehenden davon einzuziehen, sondern werden so wohl die Steuren als Heu-Zehende nach Hohnweiler geliefert, gehören demnach in Hohnweiler Zwang. Ja es gestehen solches Tt. selbst in ihrer Even- 8
tual-Litis contestation §. Imgleichen hat auch ein Burger von Peterzell von diesem strittigen Stück ꝛc. indem sie setzen, daß vor diesem 9
Jauchert von diesen strittigen in Hohnweiler Zwang und Bann gelegenen Feld von einem Hohnweiler gegen einem von Peterzell verkaufft worden ꝛc. ex qua propria & acceptata confessione folge, daß das übrige strittige Feld ohnstrittig auch in Hohnweiler Zwang. Wie 9
dann Krafft Läger-Buchs bey des N. an Seiten gegen Peterzell stehenden Steine stehe: Schaide des Bezircks (scil. Hohnweiler und der Peterzeller) Felder; wann dann nun das

strittige

ſtrittige Feld zu des N. Hoff gehörig, und in Hohnweiler Zwang gelegen, folge für ſich, daß Tt. kein jus paſcendi darauf zu prætendiren, ſie erweiſen denn deſſen conſtitutionem auch auf ſolche Weiß, als ſie es anſprechen und anders als zu ihnen geſtatteten offenen Zeiten, nemlich vor Georgi und nach Gallen-Tag, dann ſolches nach Hohnweiler Recht und Gewohnheit des Lands die offene Zeit, ſie werden aber weder expreſſam conſtitutionem noch tacitam per præſcriptionem jemals dergeſtalten darthun, indem ſie nie anders als vor Geor-
10 gi und nach Galli zugelaſſen. Und wann 2. ſchon Tt. einmahl eine Gerechtigkeit auch zu beſchloſſenen Zeiten auf des N. Güter zu fahren gehabt, hätten ſie doch ſolches non uſu longo tempore amittirt, indem Tt. eigner Bekändtniß nach über 60 Jahr nie zwiſchen Georgi und Galli zugelaſſen worden, die Wayd zu beſuchen, ja leicht zu erweiſen wäre, daß uber Menſchen Gedencken Tt. Vieh niemals auf des N. ſtrittigen Feld vor Galli oder
11 nach Georgi geſehen worden. 3. Wäre es ja wider alle Recht und Billichkeit, daß Tt. ſollten auf den ſtrittigen Gütern die Zufahrt vor Galli, und beneben das commodum alleinhaben, da ſie nicht das geringſte Onus deßwegen leyden, ſondern N. die onera allein tragen muß. Und daß ſie Tt. ſich dieſer Wayd dergeſtalt ohn Fug und Recht anmaſſen, können ſie auch aus ihren Flecken- und Luckenbüchlein, ſo ſie zu ediren, erſehen, darin deßwegen nichts begriffen, da ſonſt kein Zweiffel, es würde auch darin was notirt ſeyn, ſo ſie ein ſo alt Recht haben, ja ihre eigne Leute haben Tt. abgewarnet, wann ſie ehedann dergleichen Unbegrund vornehmen wollen.

12 Und ob zwar N. 4. nicht ſchuldig das geringſte zu probiren, angeſehen er nicht allein in quaſi poſſeſſione libertatis, und beneben ſich auf dieſen ſeinen Hoff-Gütern jederzeit, wie ſeine Vorfahren, der Wayd bedient, ſo wäre ihm dennoch leicht, ob auch ſchon die Stück qu. nicht im Hohnweyler Zwang gelegen, quod tamen negetur ab ipſo, und ob gleich den Tt. die Wayd allein gehört hätte, quod iterum neget, ſein habend jus paſcendi zu probiren, in Erwegung er N. und ſeine Vorfahren ab immemoriali tempore ſolchen juris ſich je und allwege bedient, und in quaſi poſſeſſione geſtanden, ſo hat N. und ſeine Anteceſſores vermög vorgezeigter Kauff-Brieff de anno 1455. 1610. 1639. die ſtrittige Stück ſammt allem Recht und der Wayd erhandelt und ſolche bißhero genoſſen, dergeſtalten aber werde das jus paſcen-
13 di etiam longo tempore erlangt. Dem kein Abbruch gebühre, daß gegenſeits eingewendet werde, 1) es liege das ſtrittige Stück auf ihrer Baan und fremden Territorio, daher N. das jus paſcendi erweiſen müſſe, denn das contrarium bereits dargethan. Beneben ſey bekannt, daß es dort herum nicht eben allenthalb ſo viel bemerckte Marckungen, als wie unten im Land bey Stadt und Flecken, ſondern man müſſe meiſtentheils nur den Höffen hierinn nachgehen und deren Bemarckungen, ſintemalen gantz Peterzell nur in 8. Höffen, ſo jetzo in 6. reducirt, Hohnweiler aber in 5. ſo jetzo auch in 4. zuſammen kommen, beſtehe. Und ſey 14
kein Zweiffel, wann die ſtrittige Güter einmal nach Peterzell und deren Hoff einem gehört hätten, alſo deren Marckung zugethan geweſen wären, ſo wäre bey Erneurung des Läger-Buchs anno 1560. ſolches auch daſelbſt bemerckt worden, gleichwie mit einer Wieſen, im Waſchbach, ſo in N. Hoff gehörig und nach Reuthen durch mit Conſens beſchehene Alienirung wegen Heyrathguts obſervirt worden, deren Innhaber dem N. 2. ß. 1. Heller zu ſeinem Hoff zu Hülff reichen müſſen.

N. act. 41.

Und könne N. den Tt. keines wegs geſtehen, 15
daß die angegebene 14. Steine Marck-Steine ſeyn, denn keiner deren erhebt worden, was ſie vor Zeugen hätten, ſo haben Tt. auch ſonſt kein Anſtoſſer im Läger-Kauff- oder andern Büchern gewieſen, der auf dieſe Steine gienge, und daher man wiſſen könnte, daß es Marckſteine wären, ſie haben nichts als oben ein eingehauen Krinſen, daß ſie alſo den Tt. gehören, kan man ihnen gar nicht anſehen. Wann ſie Marck- oder Bannſtein wären, würde ja unter denen 14. zum wenigſten auch eines in dem Läger-Kauff-Buch oder Brieffen oder ſonſt in andern Documentis gedacht ſeyn, da ja im Läger-Buch nicht allein all der Peterzeller und Hohnweiler Hoff ſamt den Steinen ſpecifice, wie nicht weniger ein und andere Ver-
gleich beſchrieben. So mög die beym Augen- 16
ſchein begriffene Beſchreibung deren Stein dem N. kein Nachtheil bringen, denn ſo viel die erſtangegebene 7 unſtrittige Stein betreffe, ſey noch nicht erwieſen, daß ſolches unſtrittige Bannſtein, gehen 2do ſelbige auch N. nichts an. Den erſten ſtrittigen Stein aber betreffend, ſo ſey 1.) ſolches kein eingeſetzter Stein, der Zeugen hätte, ſonderlich weil es ein Eckſtein ſeyn ſolle, ſondern liege blos da am Bach, habe auch im geringſten kein X, wie dergleichen Eck- und Bannſtein haben ſollen, das eingehauene Winckelmaß bedeute anders nichts, als wie man mit der Heerd zu offenen Zeiten fahren ſolle, wie dergleichen in andern Orten mehr zu ſehen und in ſpecie gegen Rothenbach, da auch dergleichen Waydſteine mit graden Strichen, und wo die Heerd ſchrägs getrieben werden muß, ſey auch ein Winckelmaß eingehauen, nichts deſtoweniger haben die Rothenbacher nur zu offnen Zeiten die Wayd mit dem N. zu gebrauchen. 2.) wiſſen 17
die Reuthemer, die er ſcheiden ſoll, nichts davon, daß er ihr Marckſtein ſey. 3.) liege dieſer Stein mitten in der Wieß am Waſchbach, welche Wieß ob ſie ſchon dißmal von einem zu Reuthen beſeſſen werde, dennoch in des N. Hoff gehörig und in der Hohnweiler Zwang gelegen, daher auch dem N. 2. ß. 1. Heller zur Steur reiche. Deswegen denn ſolcher Stein kein Marckſtein ſeyn könne, ſonderheitlich weil dieſer und andere den Marckſteinen nicht gleich ſeyn, als die mit X und nicht nur einem Strich bezeichnet, wie

denn, wo der Tt. angegebene letzte und 14de Stein stehe, nemlich am Wege und der Rothenberger Landstraß am Eck des Waldes, genannt Huenwald eben an solcher Straß und Wald ohngefähr ein Büchsen-Schuß weiter gegen Peterzell zu der N. erster Stein stehe, welcher oben und neben mit einem † bemerckt, gleichwie der Flueremer, also, daß diese beyde
18 auf einander zu weisen scheinen. 1. weil es in Num. act. 43. heisse: was denn Flurner Marcksteine nachliege, gehöre gen Hohnweiler und nicht gen Peterzell, 2. des N. Stein der Flurner Eck und andern Steinen in signis gleich; da hingegen der Tt. nur ein Strich, wie die Waydsteine gegen Rothenbach, so auf des N. Wiesen stehen. Von welchem Steine des N. alle mit † bemerckte Steine angehen neben der Tt. daher bis wieder zuruck in Waschbach.
19 Sey wenig daran gelegen ob einer oder der ander kleiner als Tt. hindere auch nicht, daß des N. ein Steltzen und daher die Steine an einigem Ort nicht dem Reyhen nach nach einander stehen, dann gnug, daß allweg bey solchem Stein stehe, daß er der Tt. Felder u. des Hoffs scheide.
20 Die offene Zeiten werden per notoriam totius Ducatus consuetudinem also determinirt, daß sie seyen vor Georgi und nach Galli, und demnach der Tt. Beschreibung derselben irrig und falsch, gleichwie auch die Tt. seits angegebene Regul: daß wo das Gut in einem Zwang oder Zehenden liege, niemand, auch der Eigenthums-Herr nichts darauf zu suchen, oder zu wayden hab, denn das contrarium oben bey den Rothenbachern notirt.
21 So werde widersprochen, daß Tt. vor dem 30jährigen Krieg in quieta possessione, denn solches nimmer erweißlich, wie dann die Verhören zweyer testium ad perpetuam rei memoriam nicht allein ipso jure null, weil sie ante Litem contestatam nicht per interlocutoriam erkennet, und sie Testes nicht auf Articul und Fragstück legaliter examinirt, auch dem N. nicht denuncirt ad videndum & audiendum jurare, sondern auch gar leicht, zu erweisen, daß die Testes anfänglich zumal notorie falsa deponirt, nicht zu gedencken, daß die Actus also bewandt, daß daraus keine Possession abgenommen werden möge. Ferner möge
22 nicht vorständig seyn was vorgegeben werde, daß tempus belli dazwischen kommen, und sie Tt. hernach immer geklagt, denn obschon jemalen ein Einfall geschehen, haben doch die judicia nicht immer quiescirt, sondern man habe der Obrigkeit Hülffs-Hand haben können. So möge nicht eines jeden unbegründt extra-judicial-Murmeln einem in seiner rechtmäßigen Pos-
23 session und jure hinderlich seyn. Der Wayde sey in dem Verkauff des Becken-Holtz und Frohn-Ackers expresse Meldung geschehen und præsumirlich, daß Venditor selbe in allwege gehabt, weil er sie verkaufft, und wie sie dann bis dato auch N. und seine Vorfahren dahero gebraucht und genossen. Vor Waydsteine erkenne er die Steine qu. wohl, aber also, daß sie anzeigen, daß Tt. neben ihm N. zu offenen Zeiten vor Georgi und nach Galli allda wayden mögen.

Was von der Wiesen und deren Wässerung 24
eingebracht, sey impertinent und niesse er der Wässerung suo jure, denn ja das Wasser seinem Lauff nach darüber falle, und mit dem unten gelegenen Bächlein Hohnweiler zu, ablauffe. In dem Lager-Buch seyn alle Höffe, mit ihren Steinen beschrieben neben allen Marcksteinen, weil aber diese 14. nicht drinn begriffen, folge, daß solche keine Bannscheidung machen.

Das letztere Argument aus dem Steur-Buch 25
genommen, stehe auch auf schwachen Füssen, denn neben dem, daß sie ihr Vorgeben in facto nicht erwiesen und Hohnweiler höher in der Steur als Tt. liegen, wie konnten sie ein consequenz machen, daß solches um ihren suchenden Waydgang sey.

Dem allem nach N. gebeten zu erkennen und 26
zu sprechen, daß R. N. nicht schuldig auf quæstionirten seinen Gütern den Waydgang von den Tt. anderst, als wie bißhero zu offnen Zeiten zu leiden, benebenst aber Aa. Tt. solche offne Zeiten über solche neben dem N. civiliter zu gebrauchen, und so fern etwa hiekünfftig selbe beeden Theilen nicht erklecklich seyn möchte, dem N. zu weichen schuldig seyn, hergegen N. in seiner possessione vel quasi libertatis manutenirt werden solle, cum refusione expens. & Implor. solita.

Auf welches hin Aa. Tt. duplicando die al- 27
so weitläuffig deducirte iniquitates sententiæ wiederum folgender Gestalten beantwortet, daß sie nemlich nochmalen purissimè widersprochen, daß die strittige Güter in des N. Hoff und in deren von Hohnweiler Zwang und Bann gehören, der Augenschein ergebe klar, daß berührte Güter, ob sie schon N. eigenthumlich zuständig, jedennoch in deren von Peterzell Zwang und Banne gehörig, werde auch das widrige aus dem allegirten Lagerbuch nicht erwiesen, denn in selbigem nur allein die Güter und keine Bannsteine begriffen, daß also solche Steine nur allein die Güter und keine Zwang und Bann von einander scheiden, sintemalen derselben keine in keinem Lagerbuch zu finden. Und möge hierfalls 28
nichts zur Sache thun, daß die Peterzeller aus den strittigen Gütern kein Heu-Zehenden einziehen, weil es vor diesem ein pur lauter Wald gewesen, daß es kein Heu consequenter kein Heu-Zehenden nicht geben können. Ferner hat man ab Seiten Peterzell niemahls absolute & simpliciter zugegeben, daß Beckenholtz und Frohnacker in dem Hohnweilemer Zwang und Bann liege, sondern dieses hab man gestanden, daß dieselbe zum theil in Peterzellemer, zum theil in Hohnweilemer Marckung liegen, welches letztern halber aber, nemlich was in Hohnweilemer Zwang und Bann, und unter denen Peterzellemer Bannsteinen liege, sie Aa. Tt. niemahls keine Controversiam erregt, vielweniger einige Wayd daselbst prætendirt, allermassen sie auch 6 Jauchert gemeinen Walds im Hohnweiler Zwang, darauf sie eben wenig dörffen oder begehren

29 gehren die Wayde zu suchen, als die N. geniesse. Da man dann auch unangezeigt nicht lassen könne, daß bey den 9 Jauchert Ackers im schreiben ein Vitium begangen, indem die bey der Inspection gewiesene Bannsteine angezeigt, daß die 9 Jauchert Ackers nicht in Hohnweiler sondern Peterzeller Marckung liegen, und habe deren Innhaber bloß, was Sichel u. Segis gebe, zu geniessen, die Wayde aber die Peterzeller Gemeinde.

Anlangend die von N. angezogene Steine,
30 scheiden selbe allein die Güter und nicht die Marckung. Daß aber N. ihnen Tt. das onus probandi aufbürden wolle, sey solches in eventuali L. C. abgeleinet, und durch die ad perpetuam rei memoriam abgehörte Zeugen & eorum depositiones remonstrirt worden, daß die Tt. je und allwegen auch noch bloß vor dem Einfall in quieta quasi possessione ihres habenden Juris pascendi auf ihrem Zwang und Bannen gewesen, nun sey ex jure bekannt, quod in quasi possessione servitutis vel libertatis constitutus ab onere probandi relevetur; Dahero dañ wann N. einige Waydgangs-Gerechtigkeit auf
31 ihr Tt. Zwangen zu suchen begehre, ihm obliege selbige zu erweisen. Ingleichem werd purissime widersprochen, daß sie ihr habendes Jus non usu longissimo tempore verlohren. Auf das 3te Argument des N. werde mit Wenigem regerirt, daß es dort herum in der gantzen Refier des Schwartzwaldes also citra omnem controversiam observirt werde, daß die privati die Waydgangs-Gerechtigkeit nicht auf ihren Gütern haben, sondern allein die communen, in deren Zwang und Bannen solche gelegen, dieselbe zu geniessen, allermassen sie Peterzeller in der Remblingerdorffer Marckung mehr denn 40 Jauchert Mehfelder inn haben, und versteuren, haben aber weder zu offnen noch zu beschlossenen Zeiten ei-
32 nige Zufahrt. Darzu treffe es N. ein geringes an der Steur, gestalten ihme 20 Jauchert Acker und Mehfelder höher nicht als pro 118 Gulden angeschlagen, darnach er an der Steur angelegt. Wünschen möchten Tt. daß sie sich zu ihrem Vortheil des ab N. desiderirten Luckenbüchleins bedienen könnten, es sey aber selbiges im 30 jährigen Krieg durch die Villinger in des damaligen Vogts Hauß mit verbrennt. Daß sie von ihren eignen Leuten von ihrem Suchen abzustehen, gewarnet, sey ein pures Figmentum.

33 Es wolle zwar ferner N. die Appellatischer Seit gewiesene 14 Marcksteine anfechten, aber vergebens, wegen der Herren Inspectorum davon erstatteter Relation, darauf sich Aa. Tt. beziehen, wolle auch der Fluremer 1 Stein in controversiam ziehen, mit Vermelden, er beweise noch nicht ohndisputirlich, daß derselbe eben auf den Peterzeller letzten Stein, so strittig, zeige, und derselbe 3 Baanen scheide, es ergebe aber ipsa rei evidentia klar genug, daß er ordentlich auf den Stein am Hunwald am Rothenberger Weg zeige, so Peterzell und Hohnweiler von einander scheide, und werde in Ewigkeit nicht erwiesen werden können, daß dieser erstangeregte Flurmer-Stein auf des R. N. ersten Stein einen Büchsenschuß weit vom Wald herauf, den

er N. geniesse, zeigen thue, sey genug, daß die Flurmer bezeugen, daß es ein Bannstein sey, dabey widersprochen werde,

fol. 25. fac. 1. Protocoll. Jud.

daß die Flurmer-Steine alle mit † bezeichnet 34
seyn. Weiter unterstehe sich N. wider die beyde ad perpetuam rei memoriam abgehörte Zeugen zu excipiren, es sey aber zu wissen, daß solche Zeugen vorher nur allein summarie & de plano vorgenommen, da nicht eben nöthig gewesen, alle solennitates & subtilitates juris positivi & civilis, so stricte in Acht zu nehmen, sufficiat, daß sie die unverfälschte Wahrheit sincere mediante corporali juramento angezeigt. Daß aber N. beede Gezeugen als infames u. die Notorie falsa deponirt, ausschreye, sey solcher Ehrenrührige Bezücht keineswegs erwiesen, auch von solchen alten Leuten gar nicht zu præsumiren.

Belangend die Præscription, beruffe man 35
sich auf die bekandte Recht des letztern Reichs-Abschieds und der Zeiten Läuffe, da bekandt, daß das Amt Alperspach seine rechte natürliche angebohrne Obrigkeit nicht gehabt, sondern einer andern fremden Catholischen unterworffen gewesen und der Fleck dergestalt ruinirt, daß er gantz öd und etlich Jahr lang gantz leer gestanden, daß man nicht einmal eine Geiß, geschweige ander Vieh erhalten können, deßwegen auch nicht nöthig gewesen, einig Controvers wegen des Waydgangs zu erwecken. Demnach Aa. 36
Tt. gebeten zu erkennen und zu sprechen, daß vom Richter voriger Instanz wohl geurtheilt, übel davon appellirt und in der Haupt-Sach, daß es nochmahlen dabey verbleiben, der R. N. auch allen aufgelauffenen Unkosten den Aa. Tt. wieder zu erstatten schuldig seyn solle.

Als nun hierauff R. N. zur Probation ge- 37
schritten und nach dem eingekommenen rotulo Examinis seiner Seits eine Probation-Refutation und Conclusion-Schrifft eingegeben, auch endlich finaliter pure beschlossen; Aa. Tt. aber zwar auch gegen jene Schrifft ihrer Seits eine Eventual Conclusion-Schrifft eingericht, pure und finaliter aber wegen des à R. N. zu produciren begehrten Instruments nicht beschliessen wollen, ist von uns in vorigem Con- 38
silio eine Interlocutoria dahin abgefaßt, daß R. N. das von Aa. Tt. geforderte, und bey dem Untergang vorgezeigte Instrument zu ediren und auszuantworten schuldig seyn solle, er wollte und könnte sich dann vermittelst seines leiblichen Eydes reinigen und schwehren, daß er bey dem ersten Augenschein kein andern Brief, darinn ichtwas von Wiesen, so einer Wößnerischen Tochter zum Heyrath-Gut gegeben, enthalten gewesen, als den seiner Probation-Schrifft num. 6. beygelegten Extract Läger-Buchs producirt, also das von Aa. Tt. verlangte Instrument nicht habe und Tt. vorsetzlich vorenthalte, noch jemals gehabt oder gefährlicher Weiße von Handen kommen lassen; So dann daß auch die von beyden Partheyen 39
angegebene Marck-Steine, insonderheit aber die Haupt- und Eck-Steine, nochmals durch ohnpartheyische, verständige, und beeydigte Unter-

Untergänger besichtigt, erhebt, und wie sie von ihnen befunden, fleißig beschrieben, alsdann gründliche und wahrhafftige Relation und Bericht dem Gericht davon eingeschicket werden solle, welche den 13. Octobr. 1684. den Partheyen publicirt, da dann R. N. sich gleich das 40 zuerkannte Jurament abzulegen erbothen, nichts destoweniger aber doch nachmals aus zerschiedenen in einer an statt mundlichen fernern Vortrags sub Num. 88. act. eingelegten Schluß-Schrifft, angeführten Ursachen solches von sich zu waltzen, und zugleich die in dem Interlocuto nochmals durch unpartheyische, verständige, beeydigte Untergänger fürzunehmen erkannte Besichtigung und Hebung der utrinque angegebenen Marck-Steine zu hintertreiben gesucht, auch ferner behaupten wollen, daß ver- 41 geblich seyn würde, über die von Aa. Tt. fürgegebene gemeine Gewohnheit der Revier des Schwartzwalds, vermög deren der Eigenthums-Herr von seinen innhabenden eigenthumlichen zu seinem Hof zwar gehörigen, aber in eines andern Flecken Zwang und Bann gelegenen Feld-Gütern weiter nichts zu genieſſen, als was die Sichel und Segis gebe, also die Weyd auf solchen seinen eigenthumlichen Gütern, so bald die Früchte nur davon eingeheimset, allein des Flecken Gemein, in dessen Zwang und Bann sie ligen, genieſſen lassen, sich aber davon gäntzlich enthalten müsse, einige Attesta- 42 ta einzuhohlen, indem er N. ab immemoriali tempore in possessione juris pascendi auf diesen Gütern constituirt gewesen, Aa. Tt. keinen einigen actum, daß sie zu beschlossenen Zeiten mit der Heerd dahin gefahren erwiesen, wie sie solches selbst dem Hrn. Prælaten gestanden, darüber er ihnen im Ablaugnungs-Fall das Juramentum judiciale deferirt, mithin auch die vorige nullitates sententiæ à qua 43 weiter urgirt, dessen allen jedoch unerachtet der Hr. Richter der publicirten Interlocutoriæ zu Folge von R. N. das Juramentum exigirt, und aufgenommen, die Besichtigung und Hebung der strittigen Marck-Steine durch sechs, als 2. von Sultz, 2. von Dornhan, 2. von Rosenfeld, dazu beeydigte, der Sachen verständige unpartheyische Untergänger fürgehen lassen, und von den annahenden gemeinen wegen der fürgegebenen Gewohnheit ratione des Weyd-Gangs glaubhaffte Attestata erfordert, da 44 dann 1. die erkießte und deputirte 6. Untergänger in ihrer erstatteter sub num. 93. beygelegter Relation bey ihren Pflichten und Eyden bezeugen, daß sie nicht anders sagen können, als daß die angezogene zwischen beyden Partheyen strittige und von ihnen besichtigte auch meistentheils erhobene 14. Steine rechte Weyd- und Bann-Steine seyn, Krafft deren die von Peterzell von ihrem Dorff an bis an die 14. Steine, gleichwie im übrigen gegen andern benachbarten in ihrer Marckung liegenden Feldern, zu den dieser Revier gebrauchlichen Zeiten ihren Weydgang und Trieb haben, und mit nichten davon zu treiben; Hergegen die 45 von R. N. angegebene und im Läger-Buch benamste Steine lauter niedere kleine Steine seyn, über die man ungehindert mit Pflug und Egen fahren kan, auch den dabey befundenen Zeugen nach nicht anders als Güter-Steine seyn, die der benachbarten Güter von einander scheiden, den Weyd-Gang aber mit nichten berühren; 2. auch die von Rimlinsdorff, Rothenbach, 46
Reuthen, Rohtenberg ihre Attestata, meistens dahin gehend, daß andere in ihren Zwang und Bannen einige Güter besitzende mehr nichts davon haben, als was Sichel, Segis und Axt gebe, die Weyde aber darauff der Gemeine zustehe, eingeschickt. Welche beyde Stück, 47
die Relation der Untergänger nemlich, und diese Attestata, der Hr. Richter, um Weitläuffigkeit zu verhüten, den Partheyen zu communiciren Bedenckens getragen, und beschlossen, die Acta gleich wieder ad consulendum zu geben, und zugleich wegen der auf den letztern Augenschein gegangenen und andern aufgelauffenen Unkosten, wer solche zu tragen, worüber die Partheyen in letzterer Juridica den 11. Martii 1686. fürnemlich disputirt, anzufragen.

Demnach denn nun wir bey gemeiner Hochfürstl. Würt. Universitæt Tübingen verordnete Decanus und andere Doctores der Juristen Facultæt freundlich ersucht worden, jetzo unser Rechtliches Bedencken und Gutachten über die gantze Sache zu ertheilen, und was nunmehro darinn endlich definitivè zu sprechen, damit der in die 5 Jahr schon gewährte kostbare Proceſs einmal seine Endschafft erreiche, dem Herrn Richter an Hand zu geben, so seynd wir forderist nochmahlen der Rechtlichen Meynung, daß so viel die formalia Processus anlangt 1.) das punctum legitimationis perso- 48
narum und formalia appellationis ihre Richtigkeit haben 2.) die ab N. angeführte Nullitates, damit er die Urtheil erster Instanz behafftet zu seyn fürgibt, in sich null und nichts seyn, ungeacht des in N. an statt mündlichen Vortrags den 23sten Octobr. 1684. sub Nr. 88. eingereichter Schluß-Schrifft fernern einstreuens, denn so viel die erste concernirt, so ist, posito daß Hannß Ziegler von Schiltach als Aa. Anwald bey dem ersten Untergang absque mandato erschienen, so Aa. Tt. jedoch widersprechen, das Protocoll auch nicht ergibt; nicht nur die clausula ratificationis 49
omnium prius actorum dem von der Tt. jetzigen Gewalthaber Hannß Plachlen Stabs-Vogten zu Peterzell producirten Syndicat expresse inserirt, hisce formalibus: Mit gemeiner wissentlichen Ratification und Genehmhaltung aller und jeder vorgehenden in dieser Sach von unsertwegen verübten Handlungen, sondern auch schon vorher, ehe die Sach noch nacher Sultz remittirt, und allda die Nullitaten-Klag eingegeben worden, tacite die ratihabition von Aa. Tt. in der unterthänigen Supplication an Ihre Hochfürstl. Durchl. um Avocation der Sach von des Closters Gericht, wohin sie R. N. devolvirt 51
geschehen, welche tacita ratificatio ex causæ

prose-

proſecutione, aliusque Judicis minus ſuſpecti petitione inducta allein gnug ad purgandam nullitatem, wann gleich die expreſſa nicht vorhanden, per tradita

Vantii *de nullitat. tit. fin. num. 94. 99.*
Garſ. Maſtrilli *p. 2. dec. 131. n. 18. 19. 20.* Theſſauri *dec. 7. junctis iis, quæ in priori Conſilio deducta fuere.*

52 Die conformitas ſententiæ & libelli iſt in vorigem Reſponſo auch ſchon zur Gnüge dargethan, und haben Aa. nicht nur das Judicium poſſeſſorium, wie N. vermeynt, ſondern ipſum petitorium inſtituirt, darüber auch der
53 Untergangs-Richter geſprochen; Und weil ſich ſonſt bey dem Proceſſu ſecundæ hujus inſtantiæ kein andrer Mangel ereiget, als daß die mündliche concluſion und ſubmiſſion noch ante definitivæ publicationem in der Haupt-
54 Sache zu thun, welches mit dreyen Worten, wann die Partheyen ad audiendam ſententiam zugegen ſeyn, verrichtet werden kan, ſo ſchreiten wir ohn weitern Auffenthalt ad ipſa materialia ſive merita cauſæ.

Da dann die Sach nicht beſſer fürgeſtellet werden kan, als wann ſie nach den vier Fragen:

1. Was vor eine Klag und Action erhoben?

2. Wie ſie probirt und beſtärcket?

3. Ob R. N. der Aa. Tt. Action durch ſeine exceptiones zu rechtlicher Gnüge abgeleinet?

4. Was zu ſprechen und wie zu ſententioniren ſey?

examinirt wird. So viel aber von dieſen 4
55 Fragen die Erſte concernirt, ſo iſt uno verbo actio negatoria de jure paſcendi ab Aa. Tt. inſtituirt, indem ſie geklaget, daß R. N. wider das alte Herkomen ohn Fug und Recht ſein Vieh auff ſeinen in ihrem Zwang und Bannen gelegenen Gütern wayde, und ihre Marckſteine, welche zeugen, daß ihre Wayde biß zu ſelbigen gehe, wider Recht und gemeine Obſervanz der Gegend und Nachbarſchafft, welche es alſo halte, daß keiner dem andern in ſeiner Marckung Eingriff thue, überfahre, zumahlen das Stück Feldes, der Frohnacker und Beckenholtz genannt, wider des Flecken Herkommen, zu früh und ſpat banne, und deßwegen gebeten, ſie bey ihrem Bann-Recht und Freyheit wider ſolche Gewaltthat des R. N. zu ſchützen und zu handhaben, ihn auch dahin anzuhalten, daß er davon abſtehe und ſie in ihrem Bann-Recht und Freyheit uff den von ihm zwar beſitzenden, aber in ihren Zwäng und Bännen ligenden Gütern, wann er was Sichel und Segis gebe, davon bekommen, nach ihrem Gefallen und gemeiner Obſervanz der gantzen Gegend, ihr Vieh zu wayden ins künfftig nicht weiter beeinträchtige und perturbire. Auf welche Art und Weiſe zwar 56
Aa. Tt. als einfältige Leute, in primâ inſtantiâ auf dem Augenſchein ſelbſt zugegen, ihr petitum nicht durchaus formirt gehabt, jedoch ſihet man wohl, zumahlen ex actis ſecundæ inſtantiæ, daß dahin die intention gegangen, welche dann naturæ actionis negatoriæ de jure paſcendi, warum es principa- 57
liter zu thun, gantz gemäß iſt.

vid. Oldendorp. *cl. 3. act. 5.* Schwendendorffer *de action. cap. 2. membr. 2. act. 166.*

Und kan ſelbige um ſo mehr hier ſtatt finden, 58
quia actio negatoria hodie competit contra quemcunque qualecunque jus incorporale v. gr. jus decimarum, jurisdictionis patronatus, annuorum redituum, operarum &c. in prædio, territorio vel diſtrictu noſtro prætendentem, originemque ſuam proprie ducit ex libertate prædii, territorii ac diſtrictus noſtri nobis inibi competente, quam contra quoquo modo imminuentem aſſerere jus fasque eſt. Et parum ad rem facere 59
videtur, ſive jus quod adverſarius prætendit, ex regulis juris civilis ut ſervitus conſiſtere poſſit, ſive in nudis imminutæ ac turbatæ libertatis prædii, territorii ac diſtrictus noſtri terminis res perſiſtat, utrobique enim libertas noſtra læditur, & neceſſitas imponitur, quam negatoria evitare utiliter licebit,

arg. l. 6. §. fin. arbor. furt. cæſar. l. fin. de arb. ced. l. 9. §. 2. in fin. de damn. infect. Hahn *ad tit. ff. ſi uſusfr. pet. vel ad al. pert. neg. num. 2.* Schilter *Ex. 18. ad Pand. th. 16.*

Bey der andern Frage möchte es erſtern An- 60
blicks faſt ein Anſehen haben, ob wären Aa. Tt. gar nicht ſchuldig den Grund ihrer Klag zu erweiſen, quia licet regulariter actori onus probandi incumbere dicatur, aliud tamen ex communi Interppr. ſententia in actore negatoria experiente ſervari teſtatur

Carpzov. *lib. 1. Reſp. 67. num. 8. & in Proceſs. Civ. tit. 13. art. 1. §. 21.*

In illa enim non actori probationem liber- 61
tatis ſed reo juris prætenſi probationem injungi ſolere, non tantum, quia quælibet res in dubio præſumitur libera

l. 6. l. 9. C. de ſervit.

quæ præſumptio juris pro actore militans 62
onus probandi in reum devolvit,

Maſcard. *de probat. concl. 1194. num. 65.*

ſed etiam proprium actionis negatoriæ eſt, 63
ut actor negative agat, reus autem excipiat affirmative: affirmatio autem non negatio probanda, quia nulla hujus per naturam eſt probatio

l. Actor. C. de probat.

Et licet reus ſe in quaſi poſſeſſione ſervi- 64
tutis vel juris prætenſi eſſe alleget, attamen eum adhuc ejus conſtitutionem & acquiſitionem, titulumque probari teneri

tradit Gloſſa *in l. ſicuti. §. ſed ſi quæratur ff. ſi ſervit. vind.*

65 quibus aliisque rationibus actorem negatoria agentem ab onere probandi eximunt, illudque indistincte reo eadem convento injungendum statuunt,

cum alleg. Carpzov. *d. Resp. 67.* Struv. *Ex. 13. th. 49.* Brunnemann. *ad l. 5. §. fin. ff. si ususfruct. pet.* Richter *dec. 98. num. 63.* Schilter. *d. Ex. 18. th. 39.*

66 Allein ist 1.) nicht nur deren Meynung, die da distinguiren ob der Reus in quasi possessione servitutis vel juris prætensi oder nicht, und sagen, quod hoc casu omnino reo onus probandi servitutem vel jus prætensum incumbat, nec actor opus habeat, ut libertatem prædii sui probet, illo vero casu quando reus in servitutis vel alterius juris prætensi quasi possessione constitutus est, actorem utique fundamentum intentionis suæ, quod est libertas rerum suarum

l. 4. §. 7. ff. si servit. vind. l. 5. pr. de serv. præd. urb.

docere oporteat, in Rechten besser fundirt

per l. 8. §. 3. si serv. vind. l. 14. de prob. l. 7. §. fin. de lib. caus. Vinn. *ad §. 2. Inst. de act. verb. nam in his agit.* Fachin. *lib. 11. c. 56.* Faber *lib. 3. Cod. Sabaud. tit. 24. def. 8.* B. Lauterbach *ad d. tit. si servit. vind.*

67 Sondern es limitiren auch obige JCti selbst solche ihre Meynung in casu, quo actor reum nullo jure, sed vi aut clam uti servitute vel alio jure in prædio suo dicit, & asserit in libello, tum enim ipsi onus probationis (nullo nempe jure uti reum servitute vel alio jure in prædio suo) injungendum dicentes, ut videre est apud

Carpzov. *d. l. 1. Resp. 68. & in Proc. d. l. num. 31.*

68 Derwegen weil R. N. in quasi possessione juris pascendi pecora sua auff seinen Gütern, die Aa. Tt. in ihres Dorffs Zwang und Bann gelegen zu seyn fürgeben, constituirt ist, und Aa. Tt. expresse in ihrer Klag melden, daß R. N. wider das alte Herkommen also zur ungebühr und wider Recht sich dessen anmasse, bittende ihne anzuhalten, daß er von solcher Gewaltthat abstehe, kan keines wegs erachtet werden, daß Aa. nicht schuldig ihre Intention

69 zu erweisen zumahlen da R. N. ihnen nicht gestehet, daß diese seine Güter qu. in ihrem Zwang und Bannen gelegen, sondern ist vielmehr dafür zu halten, daß wann Aa. nicht erwiesen daß diese Güter qu. in ihrem Zwang und Bannen gelegen, die angegebene vierzehen Steine ihre Zwang und Bänne von Hohnweiler scheiden und anzeigen, daß ihres Flecken Weyde biß an selbige gehe, so dann eine gemeine Gewohnheit in der Refier, daß der Eigenthums-Herr von seinen innhabenden eigenthumlichen in eines andern Flecken Zwäng und Bannen gelegenen Feld-Gütern nichts, als was Sichel und Segis gebe, zu geniessen, also die Wayde darauf nach Einheimsung der Früchten des Flecken Gemeine, in dessen Marckung sie ligen, gehöre, und er sich deren nicht bedienen, sondern der Gemeine lassen müsse, R. N. von ihrer Klag zu absolviren. Demnach 70 ob solches geschehen? nunmehro zu sehen seyn wird, da wir dann nicht anders erachten können, als daß Aa. Tt. selbiges zur rechtlichen Gnüge gethan, welches sich aus folgenden handgreifflich ergeben wird. 1.) Ist bekandt, daß man Spän und Mißverständniß oder Strit zwischen Nachbarn wegen der Untermarckung oder wegen der Fluhren, Zwang und Bannen, Wunn, Wayd, Trieb und Tratt oder andere dergleichen Gerechtigkeiten entstehen, die Erweisung der Marckungen und Fluhr-Scheidung auf zerschiedene Art und Weyse geschehen pflege, als erstlich durch eigene Grentz-Fluhr- und Marckungs-Bücher, darinn jeder Stadt, Flecken oder Dorffs gewisse Marckung, Fluhr, Zwang und Banne beschrieben worden, von dergleichen Büchern, was sie vor Nutzen haben und wie sie ad effectum probationis finium districtus der Fluhrscheidung rite ac solenniter gemacht werden sollen, zu sehen

Generos. Dn. à Seckendorff. *in addit. des Teutschen Fürsten-Staats. pag. 46.* Ahasv. Fritsch. *tr. de districtu universit. agror. civit. vel pagi. vulgo Fluhr-Recht. cap. 4. & 5.*

2. per Recessus & Conventiones divisionis 71 ac separationis finium, durch vorhandene Abschiede, recesse, Bezircks-Briefe ꝛc.

Sichard. *Cons. Feud. 1. n. 87.*

3. per lapides terminales, durch gesetzte 72 Marcksteine, deren in allem 12 unterschiedliche 73 Arten und Geschlechte erzählet

Joh. Oettinger. *tr. de jure limit. c. 2.*

nemlich Baan- oder Obrigkeit-Steine, Gleit-Steine, Freyhungs-Steine, Forst-Steine, Jagt-Steine, Zehend-Steine, Weg-Steine, Wasser-Steine, Loch-Steine, Marckungs-Steine, so eben hier in Consideration kommen, und diejenige sind, welche einer Stadt oder Dorffs Zwang und Banne, die man Marckung nennet, unterscheiden, Wayd-Steine, so den Viehtrieb und Waydgangs Gerechtsahme bedeuten, und sonst Trat-Steine genannt werden, und endlich Güter-Steine, die Garten, Aecker, Wiesen, Felder, Wald und andere liegende Güter von einander absondern, werden auch sonst Scheid-Steine genennet, welche Ar- 74 ten recht zu unterscheiden offt schwehr fället, deßwegen 4. der Augenschein durch verständige geschworne Untergänger einzunehmen, der in 75 dergleichen Mißverstanden, Feld, Gräntz und Wayd-Stritten der beste Beweiß und glaubwürdigste Zeug ist, darauf man am sichersten gehen kan, derenthalben er auch allen andern Probationen vorgezogen wird.

Sic namque ocularem inspectionem effi- 76 cacissimam ac veracissimam probationem, qua nulla major in jure detur, dicit expresse post alios plures à se allegatos Andr. Knichen. *tr. de sublim. territ. jur. cap. 3. n. 86. per l. 8. ff. l. 3. C. fin. regund.*

cum

77 cum veritas magis per oculos quam per aures animis hominum infigatur
§. fin. de gradib. cognat.

78 siquidem quod oculus vidit, nemo fideliter negat
Bald. *vol. 1. Cons. 379. n. 6.*

79 quia sensus ocularis omnium acerrimus ac præsentissimus dignoscitur. Hinc apparere dicitur, quod ex oculorum inspectione nobis constat
Angel. *Cons. 317. n. 2.* Knichen. *d. l. n. 88.*

80 Et inde quoque testes quorum dicta ocularis inspectio loci & evidentia rei adjuvat aut confirmat, cæteris præferuntur
Hier. Gabriel. *vol. 2. Cons. 180. n. 11.*

81 adeo ut & Plautus dicat: Pluris oculatus testis unus quam auriti decem.

82 Nun haben sich 2. hier in gegenwärtiger Strittigkeit Aa. Tt. auf 14 in richtiger Ordnung von dem sogenannten Waschbächlein an biß ans Eck des Walds Haldengrab oder Huebwald genannt, wo des N. Gut aufhöret, nach einander stehende mit einer eingehauenen Rinsen bezeichnete Marck-Steine beruffen, sagende, daß selbige ihres Flecken Zwang und Bann von Hohnweiler Zwang und Bannen scheide, und also rechte Marckungs-Steine seyn, so aber R.
83 N. widersprochen, vorgebend, daß die ihm zugehörende Güter quæst. worauf Ihm die Wayd nach seinem freyen Willen zu gebrauchen von Aa. Tt. wolle disputirt werden, noch in Hohnweiler Zwang und Bannen gelegen und deßwegen andere mit † bezeichnete über diese Güter hinaus stehende Steine zeigend, welche der Aa. Tt. Zwang und Banne von seines Hofs und Hohnweiler Marckung scheiden und separiren.

84 Aus solchem Zweiffel und Zwiespalt zu kommen ist kein besseres sicherer Mittel gewesen, als einen Untergang zu führen, und den Augenschein einzunehmen. Weil aber bey dem ersten eingenommenen Augenschein die Untergänger die 14 von Aa. Tt. angegebene Steine vor Marckungs-Steine gehalten und deßwegen für die Aa. einen untergänglichen Spruch gethan, R. auf seiner Meynung verharrend sich dardurch
85 beschwehrt erachtet, und appellirt, hat der Herr Appellations-Richter nochmalen einen Augenschein eingenommen, besage Protocolli Judicialis pag. 7. seqq. Was die dazu deputirte 12 Richter für ein Judicium von gesammten Steinen gegeben, bezeuget das besonders beyliegende Protocoll de dato den 5ten May
86 1683. nemlich daß sie die von Aa. Tt. fürgezeigte 14 Steine ihrer Grösse nach und weilen sie andern ohnstrittigen Marckungs-Steinen gleich sehen, und gar just ihren Rinnen oder Rinsen nach aufeinander zeigen, rechte Bann-Stein, hergegen des R. N. Wößners gezeigte nur gemeine Güter-Steine seyn; Um willen aber R. N. noch beständig darauf verblieben,

daß sie Hohnweiler und Peterzeller Zwang und Bann nicht scheiden, sondern mehristens Wayd-Steine seyn, anzeigend, daß die Peterzeller auf solch seinen in Hohnweiler Marckung gelegenen Gütern zu offnen Zeiten, neben ihm, und wann er es allein nicht selbst benöthiget, die Wayd civiliter brauchen mögen, so sie ohn diese Steine gar nicht zu suchen hätten, und wir ex Actis nicht ersehen, auch R. N. sich selbst darauff beruffen, daß sie jemahlen von denen, die 87
den Augenschein eingenommen, erhoben und nach den Zeugen oder Eyern, davon ihre Krafft und Würckung dependirt, gesehen worden, haben wir selbiges in allweg nöthig zu seyn erachtet, und in unserm vorigen Responso dahin die Interlocutoriam abgefaßt, alsdann nun 88
solches auch geschehen, und durch die erkießte und von unterschiedenen Orthen dazu genommene unpartheyische beaydigte Untergänger bewerckstelliget worden, selbige aber gleich wie 89
vorige, denen von ihnen dabey befundenen Zeugen oder Eyern, richtig auf einander weisenden drauff gehauenen Rinsen, und deren allen andern daherum stehenden der zusammen stossenden Flecken und Dörffern Marckung scheidenden und vor unzweiffliche rechte Marckungs-Steine von den benachbarten haltenden Steinen habender Gleichförmigkeit nach, 90
bey ihren Pflichten und Ayden von der Aa. Tt. 14. Steinen, daß sie rechte Marckungs-Steine seyn, die der Peterzeller und Hohnweiler Marckung scheiden, hergegen von des R. N. angegebenen Steinen, daß es nichts weiter als Güter-Steine seyn, die eines Nachbarn Acker, Wisen und Felder von des andern absondern, attestiren, laut ihrer sub 91
Num. 93. beyliegender Relation; Welches letztere unsers Erachtens auch klar giebt der sub N. 40. beygelegte Extract außer der Closters-Verwaltung Alpürspach Lägerbuch fol. 4. 5. So können wir ja anders nicht erachten, als daß dieses, und folgends daß des R. N. quæstionirte Güther in der Peterzeller Zwang und Bännen liegen, nunmehro überflüßig erwiesen sey, ohnerachtet alles dessen, was R. N. dawider in seinen Schrifften der Länge nach angezogen, denn das alles ipsa rei evidentia widerleget, 92
ceu quæ vincit omnem aliam probationem.
Gail. *1. obs. 26. n. 9.*

& derogat omni probationum generi 93
Coler. *de Proc. Execut. p. 3. c. 9. n. 123.*
Brunneman. *ad l. 3. C. fin. regund.*
velut omnium probationum perfectissima. 94
Bald. *ad rubr. C. de probat. n. 1.*
firmissima Gail. *d. l.* 95
& superlativa 96
Jason. *in l. 30. §. 3. de jurejur.*
quæ firmum in judicando operatur judi- 97
cium
Harppr. *ad §. 9. I. de grad. cogn. n. 4.*
tantæque est virtutis ut iniquum censeatur, 98
ei quid derogari
Ruland. *de Commiss. p. 2. l. 3. c. 1. n. 3. seqq.*

99 Sind dann 3. diese von Aa. Tt. angegebene 14 Steine rechte Marckungs-Steine, so der Peterzeller und Hohnweiler Zwang und Bann voneinander scheiden, wohlfolglich die Güter quæst. in Peterzeller Marckung gelegen, wie per trinam illam ocularem inspectionem bewehrt, so fliesset von selbst weiter die rechtliche Vermuthung daraus, daß sie auch anzeigen, daß von Seiten Peterzell des Flecken Wunn, Wayde, Trieb und Tratt, biß an selbige Bann- und Marcksteine gehe, und sie Peterzeller wohl befugt ihr Vieh auf Quæstionirten in ihren Zwang und Bannen gelegenen Gütern, wann dasjenige, was darauf gewachsen eingeheimset, zu weyden.

100 Nam pascua publica civitatis vel pagi ordinarie ac regulariter finibus agrorum universitatis includuntur, præsumptioque est, daß die Trieff, Hut und Wayde sich biß zu Ende des Fluhrs erstrecke, ut adeo vicinus ultra terminos districtus jus pascendi sibi in alieno districtu vindicans, omnino probare teneatur pascuorum finis latiores esse limitibus des Fluhrs.

Fritsch. *de Jure & Statu Pagor. German. c. 18. §. 3. n. 12. & de distrct. univers. agror. civit. vel pag. cap. 8. §. 4.*

101 Quod eleganter confirmat Author voti quinti apud

Meichsner. *tom. 1. Decis. Cam. 36.*

cum inquit ut Jdictionem sic etiam jus pascendi passim territorio definiri consuetum esse, quod &

Socinus *vol. 1. Cons. 86. n. 8.*

102 testetur, nec dici posse, forensium bona esse excepta, cum sub territorii nomine proprietates bonorum non contineantur.

Oldrad. *Cons. 176. n. 2.* Dec. *Cons. 483. n. 23. 24.*

103 Et Author voti sexti cum dicit, Zwing und Bann secundum consuetudinem jus pascendi inferre. Desgleichen schreibt

Joh. Oettinger *de jur. & controv. limit. Lib. 1. cap. 8. n. 11. 12.*

104 Was die Flecken und Weiler auch eintzige Höffe betrifft, die kein eigen Gericht haben, sondern in die nechst-gelegene Stadt oder Dorf gerichtbar sind, die haben nichts destoweniger auch ihre besondere eingestimte Marckung mit denen Recht und Gerechtigkeiten, als wie die Stadt und gerichtbare Flecken, unter welchen die Fürnemste ist der Viehtrieb und Waydgang, dessen sie sich, so weit ihr Zwing und Banne gehen, einig und allein zu gebrauchen, daran ihnen niemand aus gesessener Macht hat Eingrieff zu thun, oder sie zu überfahren, es hätte denn jemand durch einen alten Gebrauch oder sonderbahren Vertrag die Zufahrt mit seinem Vieh auf eine andere Marckung hergebracht.

Gemina his tradit cap. 11. n. 17.

105 Und ob wohl 4. R. N. die Güter quæst. eigenthumlich als zu seinem Hoff gehörig, besitzt und innen hat, folgt doch nicht gleich daraus, daß ihm deßwegen auch die Wayde darauf gehörig, weil sie nicht an denen Zwing und Bannen gelegen, worinn er häußlich sitzet.

Pascua enim in aliquo territorio vel di- 106
strictu censentur esse universitatis vel hominum illius loci

arg. 6. §. 1. de rer. divis. Bertrand. *vol. 1. Cons. 34. n. 6.* Socin. *v. 1. Cons. 86. n. 6. seq.* Meichsner. *tom. 1. dec. 36. n. 21.*

Nec facultas pascendi a jure concessa vide- 107
tur respectu patrimoniorum ac bonorum, quæ possidentur in territorio sed respectu originis s. domicilii aut incolatus, quem possessio bonorum non facit.

Bertrand. *vol. 1. Cons. 37. n. 2. 5.*

Proinde nullus extraneus sine servitutis aut 108
legitimæ quæsito jure ibi jus depascendi pecora sibi vindicare potest, cum territorium quoad personas extraneas liberum præsumatur

Bertrand. *vol. 1. Cons. 61. n. 4.*

Et hinc quoque Decius 109

in Cons. 483. n. 10.

dicit inolevisse consuetudinem, ut communitates habeant jus pasturandi in suis territoriis, & licet bona sint particularium personarum, tamen remaneant sub communi, nec venditione bonorum particularium ab hominibus privatis præjudicari possit communitati in jure pasturandi, quia semper exemptum intelligitur jus communitatis. Forenses etiam licet habeant aliqua prædia, non tamen propter defectum originis vel 110
domicilii beneficio loci gaudere posse dicit idem

Dec. *Cons. 550. n. 8.*

Cum igitur pascua sint universitatis loci 111
pro indiviso, ad utilitatem & commodum incolarum, nec per alienationes privatarum personarum communitati præjudicari queat, sequitur ratione proprietatis fundorum quæst. intra fines Aa. Tt. pagi sitorum R. N. jus pascendi in iis minima prætendere posse, sicut in simili quodammodo casu quoque Cameræ Imp. Assessores concluserunt

ap. Meichsner. *d. tom. 1. dec. 36.*

Ja es haben Aa. Tt. auch 5 ferner dieses in 112
specie erwiesen, daß es dortherum in der Revier und Nachbarschafft also gehalten werde, daß wann in eines Flecken Zwing und Bannen eines andern Flecken Burger Güter eigenthumlich besitzet, er weiter nichts davon zu geniessen, als was Sichel, Segis oder Axt nehme, und wann er solches genossen, der Flecken in dessen Zwing und Bannen die Güter gelegen, die Zufahrt mit dem Vieh darauf habe, und solches ungehindert des Eigenthums-Herrn drauf wayden möge, davon testiren erstlich die deputirte 6 Untergänger, so den letzten Augenschein eingenommen in ihrer Relation, meldend, daß die von Reuthen über ihre und der Peterzeller Bann und Marck-

Steine

Steine hinaus in der Peterzeller Zwing und Bannen einige Güter zu eigen haben, mit ihrem Vieh aber über die Bann-Steine nicht hinaus drauff fahren, und so sey es auch mit Fluhren, Remblinsdorff und Breitenwieß, daß nemlich jeder Ort in seinem Bann-Bezirck nach der Erndt biß ad 1 Maii ungehindert mit dem Vieh fahren dürffte, der Eigenthums-Herr es nicht zu thun
113 befugt sey. Und zwar hat Ludwig Werners itzo Hannß Georg Veesen zugehöriger Hoff wohl bey 40 Jauchert in deren von Fluhren Sultzer Ambts Zwing und Bannen liegen, worauf er ihnen den Waydgang lassen müsse, und anders selbst nichts, als was Segis, Sichel und Axt nehmen, geniessen dörffe, wie die von Fluhren, auch der Inhaber selbst, vor ihnen bekandt, solches zwischen ihnen gantz un-
114 strittig zu seyn; 2do bezeugen solches auch insonderheit die Vögte und Richter der Orten selbsten, als Remblinsdorff sub Num. act. 84. Reuthen sub Num. 85. Rothenberg Num. 86. Rothenbach Num. 87. Die von Remblinsdorff melden, daß der Herrschafftliche Hoff Breitenwieß ein Stück Egerten in ihrem Bann liegen habe, auf welches sie mit ihren Rindern, Rossen und andern Vieh biß auf den 1 Maii ohndisputirlich fahren dürffen, nach Verfliessung dessen mög der Meyer solche ingleichen mit all seinem Vieh nutzen und niessen, endlich auch bannen, wie es ihme beliebig, zwar nur biß Jacobi, nach welcher Zeit sie mit ihrem Vieh wieder darauf fahren, hingegen besitz Michel Wößner zu Remlinsdorff ein Stück Egerten oder Mehfeld, so vermög der Baan-Stein in deren von Peterzell Zwang und Baanen gehöre, welche ihn Wößner zu banen und zu mehen, aber nach hin gelegten Sicheln und Segis mit seinem Vieh drauf zu fahren nicht vergunnt, sondern es fahren die Peterzeller nach
115 solcher Zeit mit ihrem Vieh darauf. Desgleichen melden die von Reuthen, daß sie Güter im Peterzeller Bann liegen haben, darauf sie aber nichts weiter zu suchen als was Sichel, und Segis wegnimmt, und die von Rothenberg sagen von 15 Jauchert, die ins Dorff, nachdem des Eigenthums-Herrn Sichel und Segis darüber gangen, genützt werden ꝛc. Dem allen nach Aa. Tt. ihre Intention zu rechtlicher Genüge erwiesen. Wir wollen aber itzo ferner sehen, ob R. N. dieselbe durch seine Exceptiones dergestalt enervirt und hintertrieben habe, daß sie alle Krafft und Würckung verlohren.

116 R. N. gestehet selbst, daß die Wayden denen Aa. Tt. auf den quæstionirten Gütern jure servitutis zukomme, negirt aber, daß solche ihnen allein und denn zu beschlossenen Zeiten zukomme, meldend, daß sie ihr angerühmtes Bann-Stein oder Weydgangs-Recht und Gerechtigkeit auf solche Weiß, wie sie es prætendiren, daß sie es zu beschlossenen Zeiten hätten, R. N. aber sich dessen nicht bedienen könnte, nicht erwiesen, noch jemahls erweisen werden können, massen sie keinen actum possessorium zu dociren vermögen, dahero wann sie es schon einmahl also gehabt hätten, sie es doch non usu, dum non usi fuissent tali modo verlohren, aber es competiret Aa. Tt. die Wayde auf denen Gütern quæst. wie aus obigen zu sehen, nicht jure servitutis sondern vi situs horundem bonorum intra districtum universitatis agrorum Pagi Petercellensis, weil die Güter quæst. in Aa. Tt. Zwing und Bannen gelegen. 2. Prætendiren Aa. Tt. 117
die Wayde nicht zu beschlossenen, sondern allein zu offenen Zeiten, wann die Felder leer seyn, und das darauf erwachsene Futter und Feld-Früchte eingeheimbset seyn, die beschlossene Zeiten vom 1 Maii biß nach vollbrachter Erndte rechnend. R. N. aber extendirt selbige 118
insgemein ohn Unterscheid der Güter von Georgi biß Galli, worin er ungütig handelt, indem sie bloß allein bey den Ombrecht habenden Wiesen dergestalt computirt werden, bey den Aeckern aber ein anders auch in unserm Hertzogthum observirt wird, teste

Joh. Oettingero, Secretario quondam Würtenbergico *tr. de jur. & controv. limit. lib. 1. c. 11. n. 38.*

Wie dann, daß es also auch der Revier gehalten werde, obige Vögte und Richter attesti-
ren. Daß nun Aa. Tt. 3. sich zu solchen Zei- 119
ten vor dem Einfall im 30jährigen Krieg der Wayde auf qu. Gütern bedienet und selbige gebraucht gehabt, bezeugen beyde ad perpetuam rei memoriam zu Dornhan und Sterneck auf des Hrn. Amtmanns zu Alpürspach Zuschreiben und in Aa. Tt. Namen gethanes Er-
suchen eidlich abgehörte Zeugen, wider deren 120
Examen, dicta & personas, R. N. zwar zerschiedenes excipirt, weil ihr Testimonium in seinen Krahm nicht dienet, es kan aber selbigem ziemlicher massen begegnet werden, ex traditis Rutgeri Rulandi *de Commiss. & Commiss. p. 2. lib. 1. cap. 2. circa fin. cap. 17. & 18.* ac Farinacii *qu. 76.*

Und ist deren Zeugniß um so weniger gar zu 121
verwerffen, sondern vielmehr ad probandam antiquam possessionem für sufficient anzunehmen, weil man hier nicht so wohl in possessorio als petitorio, in quo de jure constare
sufficit, versiret. R. N. aber ja Aa. Tt. selbst 122
das jus pascendi gestehet, indem er es aber ihnen nur gestatten will, wann er die Wayde vor mit seinem Vieh habe abgefretzet, was er ihnen mit der einen Hand giebet, mit der andern wieder entziehet, Aa. Tt. auch sonst nicht nur die gemei- 123
ne Gewohnheit, de qua supra citati Dd. sondern auch die special-Observanz ihres und anderer dort herum in der Revier liegenden Flecken wegen der Marckung, und weil die Güter qu. in ihren Zwing- und Bännen liegen, Wunn, Wayd, Trieb und Tratt auf denselben zu solcher Zeit wie sie prætendiren, auch mit Ausschliessung sein des N. völlig giebet. Ob wohl

124 aber Aa. Tt. jetzo lange Zeit die Wayde mit ihrem Vieh nicht gleich nach der Erndte besucht, noch von R. N. admittiret worden, sind sie doch dadurch ihres habenden Rechts nicht verlustiget worden, weil contra civitates similesque universitates keine andere als quadragenaria præscriptio ratione rerum immobilium, jurium-
que incorporalium iis adhærentium obte-
125 niret, welche hier keines wegs complirt, wann die 30jährige Kriegs-Zeit, in deren sie wenig Vieh zu wayden gehabt, daher das Futter auch im Felde verderbt,

Test. 2. ad Int. 5. Art. def. 1. 2. 3. 4.

wie zu recht versehen das geschehen solle und in Praxi üblich ist, abgezogen wird

vid. c. 10. verb. præscriptione hostilitatis tempore non currente. *c. 13. & c. 14. cauf. 16. q. 4.* Recess. Imp. de Ao. 1654. *§. 172.* Mev. *p. 4. dec. 311.* Carpzov. *p. 2. dec. 116.* Hahn. ad dict. Const. Imp. §. *So vielnun. Num. 1. n. 95. 114. seqq.*

126 Dazu Aa. Tt. nachdem sie wieder zu Vieh nach dem Krieg gekommen, und die Wayde gesucht, von R. N. aber nicht zugelassen werden wollen stetig von 20 Jahren her bey allen Vogt-Gerichten über R. N. gewaltthätiges Verfahren geklagt, und also dadurch ihr jus salvirt, mithin R. N. Possession und Præscription interrumpirt.

127 Ferner meldet R. N. es werde ihm wider alle Recht und Billigkeit auferlegt, zu erweisen, daß die Güter qu. das Om-Recht haben, da doch vielmehr Aa. Tt. ihr prætendirte Servitut beyzubringen und zu erweisen schuldig, um so mehr weil er in possessione libertatis und die præsumption ohndem, daß einer nach seinem Ge-
128 fallen sein Eigenthum niessen möge. Aber dieses alles gründet sich auf eben dem falschen præsupposito, daß Aa. Tt. die Wayde jure servitutis zukomme, da sie selbige ihnen doch der Ursach vindiciren, weil die Güter qu. in ihren Zwing- und Bannen gelegen, deßwegen sie ihnen tum vi generalis Germaniæ aliorumque locorum, tum vi specialis viciniæ ipsiusque pagi Petercellensis consuetudinis jus pascendi communitati ejusque incolis in omnibus in districtu suo sitis, utcunque ad alios pertinentibus, agris ita addicentis, ut extranei omnes & ipsi agrorum domini alibi habitantes, omnino quoque excludantur, in allwege zugehöre, so lang und viel bis ein Ausgesessener und Benachbarter, daß er etwa von Alters hero durch eine verjährte Gewohnheit oder aufgerichtete Vertrag einen gemeinen Zutrieb auf benachbarte Marckung rechtmäßig erlangt habe, rechtlich erweise.

129 3. Allegiret R. N. pro jure suo probando, es sey Frohn-Acker und Becken-Holtz schon in anno 1455. von Hanß Schencken dem Bentz Becken beeden zu Hohnweiler mit allem Recht sammt der Wayd aberkaufft worden, nicht minder hab N. Vatter in A. 1610. und denn N. selbst in anno 1639. seinen Hoff darunter auch die Güter qu. mit allem Recht und Gerechtigkeit auch der Wayd an sich erhandelt ꝛc. aber es 130
antworten Aa. Tt. mit gutem Bestand, daß der erste Verkäuffer mehrers nicht verkauffen können als er befugt gewesen, und habe der Kauff in præjudicium der gantzen Gemein zu Peterzell nicht geschehen können.

Ita namque, cum pascua sint universitatis, in 131
cujus finibus fundi siti sunt, ad communem omnium incolarum utilitatem & commodum venditione particularium bonorum à privatis hominibus communitati in jure pascendi præjudicari non posse

ex Decio & Cæpolla in terminis tradit Meichsner *t. 1. dec. 36. n. 16. 17.*

2. hat R. N. wohl können der Hoff und mit 132
selbem die Güter qu. mit allem Recht und Gerechtigkeit auch der Wayd verkaufft werden, doch daß ihm die Wayde nicht auf diesen in Peterzell Zwing und Bannen, sondern auf den andern in Hohnweiler Marckung, darinn der Hoff liegt, gelegenen Gütern zukäme.

4. Urgiret R. N. daß die 14. Steine wor- 133
auf sich Aa. Tt. beruffen, keine Bann und Marckungs- sondern allein Güter- und Waydsteine seyn, anzeigend daß Tt. neben ihm die Wayd civiliter, wann er deren nicht benöthigt, brauchen mögen, hergegen seine fürgezeigte Steine Hohnweiler und Peterzeller Marckung scheiden, zerschiedene Ursachen anführend, deren aber keine solches nothwendig inferirt, denn 1. zwar Hohnweiler seine eigene Zwang u. Banne, aber ob diese quæst. Güter darinn gelegen und ob sie sich so weit hinaus darüb extendiren, ist dasjenige, was jetzo in lite, kan also keines wegs als unstrittig wahr præsupponirt werden. Dergleichen Bewandtniß es mit dem andern gleichfalls auch hab.

3. Kan aus der Rinsen oder einigen Strich, 134
den der Aa. Tt. Steine haben nicht widriges contra ipsos geschlossen werden, juxta ea quæ tradit Oetting. *l. 1. c. 17. n. 5. 6.*

hisce formalibus: Und hat man gemeiniglich 135
die alte Marck-Stein die haben gleich Privat-Güter, oder Zwang und Bann unterscheiden, oben mit einem † bemarcket, aber heutigs Tags pflegt man eine Rinsen, so man eine Schleussen nennet, entweder gerad oder krumm oder eckicht, wie die Marck-Scheidung gehet darauff zu hauen, daß man sehen kan, wo die Marck-Stein hinweisen, welches der richtigste Weg ist, die Marcken zu bezeichnen, und von den Untergängern fleißig in acht genommen werden soll ꝛc. als dann dieses hierfalls geschehen, laut Relation der letztern Untergänger, die die Steine gehoben. Daß 4. alle Mar- 136
ckungs-Steine in dem Läger-Buch beschrieben, wiedersprechen Aa. Tt.

5. Kan wohl der Hoff in Zwang und Bann Hohnweiler liegen, und der Innhaber des Hoffs nichts destoweniger einige in eines benachbarten Flecken Zwang und Bann liegende Güter dabey haben und besitzen, die Einziehung und Ein- 137
sammlung des Heu-Zehenden inferiret nichts, weil der Zehend von beyden Orten nacher Alpirspach

pürspach in das Closter gelieffert wird, und man also darauff nicht so groß zu sehen.

138 Aus welchem allem denn nun zur Gnüge erscheinet, daß Aa. Tt. ihre Intention und Grund der geführten Klage zu recht erwiesen. R. N. Exceptiones aber nicht so relevant, daß sie selbe hintertreiben, woraus von selbst fliesset quid pronunciandum, quod quartò quærebatur. Nemlich das vorige Urthel zu confirmiren, und weil die Sache gleichwohl zimlich zweiffelich gewesen, die Unkosten zu compensiren, und also eine jede Parthey die ihrige, worunter R. N. auch zu rechnen, die Helffte derjenigen, so auf den letztern Augenschein gegangen, weil er ex officio erkennt worden, und R. N. insonderheit Ursach dazu gegeben, weil er excipirt, die Steine seyen ja nie erhoben, und nach den Zeugen gesehen worden, wie man dann sagen könne, daß es Marckungs-Steine seyen, zu tragen. So durch nachstehende Urthel, so wir den Rechten und Actis salvo aliorum judicio, gemäß zu seyn erachten, geschehen könnte. 139

Urthel.

140 IN der Appellations-Sach Hans Jacob Wößners, Bürgerlichen Innwohners zu Hohnweiler, beklagten Appellanten eins; Entgegen und wider Stabs-Vogten, Burgermeister und gantze Gemein zu Peterzell, Klägern Appellaten andern Theils, wird auf geführte Appellations-Klag, Antwort, geführten Beweiß, genommenen Augenschein und all ander Gerichtliches Fürbringen, nach gethanem Rechtsatz, genommenem Bedacht und gehabten Rath, mit Urthel zu recht erkandt, daß in voriger Instantz, mit ausgesprochener Urtheil wohl geurtheilet, übel davon appellirt worden, und demnach dieselbe allerdings zu confirmiren, als wir dann dieselbe hiemit nochmahlen confirmiren, die aufgewendete Unkosten aber aus Bewegniß gegen einander compensiren und vergleichen.

Wollten solches ꝛc. Actum in Coll. nostro den 30. Julii 1686.

CONSILIUM XVIII.

DE

Remedio sententiæ impugnativo non amplius competente. post tres conformes sententias It. de Monopolio certis Collegiis licito.

SUMMARIA.

1. seq. VAria de fatalibus in querela nullitatis & restitut. in integr. neglectis.

3. In una eademque causa & super iisdem articulis non licet tertium provocare. Lex un. C. ne lic. in una ead. caus. tert. provoc. præjudiciis illustratur.

4. Constitutio d. l. un. usu fori ad revisionem, restitutionem in integrum & nullitatum deductionem extensa, ut neque hisce remediis impugnare tres conformes sententias amplius liceat. Quæ itidem sententiæ non ex cortice verborum sed mente & affectu sint æstimandæ.

5. Limitatio Mevii: nisi earum injustitia vel nullitas sit manifesta.

8. Mercari & negotiari per se esse actus meræ facultatis Naturali ac Gentium Jure cuivis pro lubitu & arbitrio permittendi.

9. Hæc tamen facultas hodie varie restricta, & omnino à Principe ejusmodi actus ad certum modum restringi, & certo tantum hominum generi vel Collegio eorum exercitium permitti potest.

10. Observantia omnis juris omniumque actuum optima interpres.

11. Jus Monopolii, publici ac liciti, moribus quoque, consuetudine & diutina possessione ac Magistratus ordinarii confirmatione acquiri.

Urthel.

IN Implorations-Sachen, Anton Kappels und dessen Ehelichen Haußfrauen Imploranten an Einem; Entgegen und wider gesammte Schuster-Gülde zu Helmstädt Imploraten am andern Theil, bekennen und sprechen wir Fürstliche Braunschweig-Lüneburgische verordnete Hof-Richter und Assessores zu Wolffenbüttel, allem Fürbringen nach auf eingehohlten Rath auswärtiger unpartheyischer Rechts-Gelehrten vor recht, daß Imploranten sich von nun an des bißher geführten Leder-Handels, den in dieser Sach ergangenen

Rechts-kräfftigen Urtheilen nach, bey willkührlicher Straffe gäntzlich enthalten, auch Imploraten allen in dieser Instanz auffgeloffenen Unkosten auf vorgehende Richterliche Mäßigung erstatten sollen.

Daß diese Urtheil denen Rechten und den uns zugeschickten Actis gemäß, bekennen wir Decanus und andere Doctores der Juristen-Facultæt bey gemeiner Fürstl. Würt. Universitæt Tübingen, urkundlich beygedruckten unser Facultæt grössern Insigels.

RATIONES DECIDENDI.

DJe Ursachen, so uns zu Abfassung vorstehender Urtheil in dieser so lang von Imploranten aufgehaltenen Rechts-Sach, so sich zwischen gesammter Schuster-Zunfft zu Helmstädt, und ihme Imploranten Anton Kappeln, auch dessen Ehefrauen in anno 1681. bereits angesponnen, bewogen, bestehen kürtzlich in folgendem.

1 Daß sich 1.) in formalibus nachtheilige Mängel ereigen, denn Implorati bringen in ihrer sub Num. Act. 47. den 25sten Novembr. 1685. eingereichten Submissions-Schrifft ein, daß in Hochfürstl. Braunschweig-Lüneburg-Wolffenbüttelischen Hof-Gerichts-Ordnung tit. 71. der Weg super nullitate principaliter zu klagen gäntzlich verboten, und den Partheyen allein ihre vermeynte gravamina tam nullitatis, quam iniquitatis per modum appellationis vel supplicationis & sic nullitatem incidenter saltem zu deduciren und auszuführen zugelassen sey, und darinn das fatale interponendæ appellationis, decendium nimirum strictè observiret werden solle. Welches wir denn in ermeldter Hochfürstlicher Hof-Gerichts-Ordnung also versehen zu seyn, befunden, Implorant auch selbst nicht widersprechen können, doch darauf regerirt, daß gleichwohl in eod. tit. dabey stehe, daß es bey denjenigen Nullitæten, welche insanabilem defectum aus den substantialibus Processus nach sich ziehen bey der disposition gemeiner Rechten verbleiben solle; Wie solches ebenmäßig in Generali Constitutione Imperii

§. 121. & 122. Rec. Imp. noviss. de anno 1654.

enthalten verordnet, als welche auch expresse will, daß tam à sententia nulla quam iniqua daß fatale interponendæ observiret werden solle, doch bey denjenigen Nullitæten, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters oder der Partheyen, oder aus den substantialibus des Processus nach sich führen es bey der disposition der gemeinen Rechten verbleiben solle. Weilen nun aber hierfalls durchaus von dem Imploranten keine solche Nullitæt, die ex persona Judicis vel partis aut omissis substantialibus Processus herrührete und defectum insanabilem causirte, sondern alleine dergleichen, die intra decendium solcher constitution nach hätte proponiret werden sollen, angeführet, und aber das dazu gesetzte fatale decendii vielfältig, post publicatam ultimam sententiam & impetratum tenorem articuli septimi Statutorum Collegii Sutorum, verstrichen, ehe die deductio nullitatis von Imploranten geschehen, so ist selbe ob neglectum fatalis hujus nicht zu attendiren.

Dergleichen Bewandtniß es 2.) auch mit 2
der gesuchten restitutione in integrum, denn auch dabey, die fatalia supplicationis vermög Hochfürstl. Hof-Gerichts-Ordnung *tit. 69. in fin.* observiret werden sollen, so hier gleichfalls von Imploranten nicht in acht genommen worden, derhalben ihm auch dieselbe nicht angedeyhen kan.

Und zwar 3.) um so viel weniger, weil schon 3
vier gleichförmige Urtheilen wider Imploranten ergangen und publicirt worden, in denen allen ihm der Leder-Handel in so weit abgesprochen und geleget, wann er nicht inner angesetzten Zeit zur Rechtlichen Gnüge erweisen würde, daß er ihm oder seiner Frauen zustünde. Dawider denn keine deductio nullitatum oder restitutio in integrum de jure mehr statt findet, massen bekannt was gemeine Kayserliche Rechte

in l. un. C. ne lic. in una ead. causa tert. provoc.

verordnet, nemlich quod in una eademque causa super iisdem articulis & inter eosdem litigantes non licere debeat tertiò, quanto minus quartò vel quintò, provocare, seu quod nemini jus fasque esse debeat, à tribus, multo minus quatuor vel pluribus conformibus sententiis ulterius appellare, nisi judex per tertiam sententiam novum intulerit gravamen.

Welches mit præjudiciis confirmiren
Gail. *1. Obs. 72. num. 3.* Carpzov. *lib. 3. Resp. 101.* Mev. *p. 1. dec. 63.* Grivell. *dec. 62.* add. Menoch. *Cons. 509. n. 17.* Cravetta *Cons. 183. num. 4.* Covarr. *Pr. Qu. c. 25. num. 6.*

4.) Was aber in *d. l. un.* constituirt de 4
appellatione, das hat usus fori ad revisionem, restitutionem in integrum & nullitatum deductionem extendirt,

ita ut quemadmodum à tribus conformibus sententiis non conceditur ulterior appellatio, sic nec danda vel indulgenda amplius restitutio vel aliud simile sentent. impugnativum remedium admittendum contra tot conformes sententias, non ex cortice verborum sed mente & effectu æstimandas ac definiendas.

teste Mevio *p. 7. dec. 308. seq.* Gylmann. *tom. 3. voc. Restitutio. vers. nota. pag. 305.* Hector Capyc. Latro *Consult. 100.*

Weipert.

Weipert. Ludov. Fabric. ad Mynſ. 3. O. 84.

5 Und obwohl 4.) laudatus Mevius p. 6. dec. 114.

dieſes limitirt und ſagt, quod admittatur appellatio vel ſimile remedium ſententiæ impugnativum poſt tres conformes ſententias, ſi illarum injuſtitia vel nullitas manifeſta ſit, ſo iſt doch hierfalls dergleichen manifeſta nullitas deren in dieſer Sach ergangenen Urtheilen von Imploranten durchaus nicht remonſtrirt, ja die geringſte Nullitæt nicht erwieſen. Denn daß er meldet, es leuchte hell zu Tage die offen are Falſitæt, welche die Schuſter in ihrem libello begangen, indem ſie angeführt, es ſey in ihrer Innung *art.* 7. enthalten, daß keinem der Leder-Handel ſolle verſtattet werden, er habe dann das Schuſter-Handwerck gelernet, ſo daß, wann gleich einer die Schuſter-Gülden hätte, das Handwerck aber nicht gelernet, doch nicht einmal befugt wäre mit Leder zu handeln, ſondern, wann er ſich deſſen eigenmächtig unternehme, mit einer Straffe könnte angeſehen, und im Fall nicht Unterlaſſens gar aus der Gülde excludirt werden; da doch ſolcher 7. Articul nur bloß dieſes in ſich halte, daß kein Zunfftgenoſſe dem andern ſolle in den Kauff fallen, und dadurch das Leder ſteigern bey Straffe eines Faſſes Mertzen-Bier, und wann er wiederkomme gar von dem Gülden ſolle ausgeſchloſſen werden; wodurch die geſammte Richter alſo zu Abfaſſung ſolcher widrigen Urtheilen verleitet worden, welche, weil ſie dergeſtalt ſuper falſo Inſtrumento vel falſa ejus allegatione gegründet, ipſo jure null und nichtig: Darinn irret Implorant gar ſehr, und fehlet des rechten Weges weit, denn der Richter primæ inſtantiæ in Fällung der Urtheil nicht bloß allein auf ihre, der Schuſter, aſſertion gegangen, ſondern den gantzen Articuls-Brieff in originali für Augen gehabt, laut Num. act. 27. ſo beſagt, daß ſie den völligen Articuls-Brieff in originali producirt, welchen ſie ihm denn für Augen gelegt, wie er an ſich iſt von denen **Durchleuchtigſten Hertzogen zu Braunſchweig und Lüneburg** zerſchieden gnädigſt confirmirt, darinnen nichts wiſſentlich in alterius fraudem verändert, nichts corrumpirt, radirt, abolirt, auch nichts hinzugethan, nicht falſch ſubſcribirt oder falſche Sigilla angehängt, noch ſonſt ichtwas gemacht, dadurch bey dem Inſtrument ein falſum wäre committirt, daß geſagt werden könnte, daß der Richter eine ſolche Urtheil zu fällen per falſum inſtrumentum wäre verleitet worden, ſeu quod ſententia ex falſo Inſtrumento lata, hinc ipſo jure nulla ſit.

6 So haben ſie bona fide den Verſtand des 7den Articuls, wie ſie ihn capirt, und die langwierige obſervanz von undencklichen Jahren declarirt allegiret und zu deſſen Beglaubung dem Richter den gantzen Articuls-Brieff vorgelegt, welcher dann die Worte des Articuls-Brieffs und langwierige obſervanz, dadurch die Wort ſolcher Geſtalt erklärt, ſo ihm ſonder Zweifel wohl bekannt geweſen, gegen einander haltend, ihn gleichfalls alſo eingenommen und gefunden, deßwegen auch die Urtheil dahin abgefaßt, daß Implorant und deſſen Ehefrau ſich des Leder-Handels enthalten ſollten, wo ſie nicht in der beſtimmten Zeit erweiſen würden, daß er ihnen zuſtünde, welche Urtheil hernach in allen erfolgten Inſtantiis confirmirt und nun vorlängſt alle publicirte Urtheilen mit einander vim rei judicatæ erlanget.

Wobey Implorati 5.) billig um ſo mehr ohn 7
weitere Zulaſſung einigen remedii ſent. ſuſpenſivi vel impugnativi geſchützet werden, weilen Implorant, nachdem er die publicirte Urtheilen, vermöge deren er inner gewiſſen ihm geſetzt und beſtimmten Zeit, (ſo in dem erſten den 16den Aug. 1681. publicirten Decret vier Wochen geweſen, in dem andern Decret vom 6ten Oct. 1681. ihme zum Uberfluß noch 14. Tage gegeben, welches Decret in folgenden Inſtantiis confirmirt worden) daß ihm und ſeiner Ehefrauen der Leder-Handel zuſtünde erweiſen ſollen, Rechtes-Krafft erlangen laſſen, ſolchen inner der ihm beſtimmten Zeit mit Führung des zuerkannten und auferlegten Beweiſes kein Genügen gethan, noch auch den in Hochfürſtl. Braunſchweig-Lüneburg. Wolffenbittel. Hof-Ger. Ordnung *tit. 33. §. Von ſolchen fürgevvandten Except. &c.* geſetzten termin nächſtkünfftigen Hof-Gerichts obſervirt, und ſich alſo ſelbſt mit dem Beweiß verſpätet, daß ſelbiger als lang nach dem geſetzten termin einkommen, nicht anzunehmen.

Wann er aber 6.) auch noch zeitig gnug ein- 8
gekommen und anzunehmen wäre, ſo möchte er doch Imploranten nicht releviren, noch ſo viel wircken, daß der Leder-Handel, ſo ihm und ſeiner Ehefrauen bereits per Decretum d. 6. Octobr. 1681. gelegt, ſub illa conditione wann er nicht inner vierzehen Tagen gnugſam erwieſe, daß er ihnen zuſtünde, cujus decreti effectum per interpoſitam appellationem & ſupplicationem hactenus ſuſpendit, wieder ſollte eröffnet und wieder zugelaſſen werden. Denn er zu deſſen Behuff mehr nicht beygebracht, und erwieſen, als daß er angeführt, quod mercari, negotiari per ſe ſint actus meræ facultatis naturali ac Gentium jure cuivis pro lubitu & arbitrio permittendi

l. 5. de J. & J. l. 7. §. fin. de Curat. fur. l. 5. C. de O. & A.

Allein iſt bekannt, quod hæc libertas exer- 9
cendi commercia & negotiationes multis modis hodie, inſtitutis certis Collegiis mercatorum ac opificum, ſit reſtricta, nec quicquam impediat, quo minus ea, quæ ad jus naturæ vel gentium pertinent, per Principes limitari & conſequenter ejusmodi quoque actus meræ facultatis ad certum modum adſtringi queant

l. 6. de J. & J.

Sic ut certo tantum hominum generi actibus meræ facultatis uti frui liceat.

Heig. *lib. 1. quæst. 15. num. 28. 33.*

10 Welches denn in præsenti auch mit dem Leder-Handel zu Helmstadt, unsers Ermessens, geschehen, auf solche Weyse, daß derselbe der Schuster-Gülde zu eigen worden, und zwar so, daß denselben zu führen nicht alle und jede so in solche Gülden aufgenommen, sondern allein diejenige berechtiget, so das Schuster-Handwerck gelernet, vermöge des von Imploraten angezogenen Articuli 7. welchem nicht wohl der Sensus, den Implorant in seiner Deduction nullit. machet, affingiret werden kan, sondern es ist derselbe vielmehr in illo sensu zu nehmen, den ihm die langwierige Observanz gegeben, dahin gehend, daß niemand mit Fellen, Leder und deraleichen, was zum Schuster-Handwerck gehörig zu handeln befugt, er habe denn das Schuster-Handwerck gelernet und sey in ihrer Zunfft und Gülden, wie es besage Actorum von undencklichen Jahren her gehalten worden, denn weil der Articul in sich zimlich unlauter und obscur, ist die beste Interpretation, welche ab observantia hergenommen wird.

Observantia siquidem est omnis juris, omniumque actuum optima interpres.

Cravetta *Cons. 836. n. 10.*

11 zumahlen da Implorati in ihrer Submission-Schrifft allegiren, daß sie von der Obrigkeit wider einige Turbatores, die sich unterstanden, bereitetes Leder allda zu verkauffen bey der Gerechtigkeit des alleinigen Lederhandels geschützet, und keinem ausser der Zunfft bißher solcher Handel gestattet worden; wodurch sie dann den alleinigen Handel erworben hätten, wann er ihnen gleich nicht, auch einmal in d. art. 7. gegeben wäre.

Constat enim jus monopolii & quidem publici ac liciti moribus quoque, consuetudine & diutina possessione ac Magistratus ordinarii confirmatione acquiri.

Beyer. *Syntagm. Prud. Jur. opific. part. commun. cap. 5. n. 262.*

Die Unkosten aber Imploraten zugleich mit zu 12
adjudiciren, haben uns 7. nicht nur obige Rationes, sondern auch dieses insonderheit mit bewogen, daß Implorant die Sach biß in das sechste Jahr ungerechter Weise durch Supplicationen, Appellationen und deraleichen Remedia aufgezogen indeß den armen Leuten das Brodt für dem Munde mit seinem indeß fortgeführten Handel hinweg genommen, da er doch seine ehrliche Functiones, sich und die seinige zu erhalten, sonst gehabt. Deßwegen wir billich erachtet, daß ihm nunmehr bey einer willkührlichen Straffe, sich von nun an des Handels zu enthalten, auferlegt, und keine Ausflüchte oder Mittel die Sach länger zu protrahiren weiter zugelassen und gestattet, sondern vielmehr auf die jetzo publicirende Urthel dem Gegentheil gleichbalden Mandatum Executoriale ertheilet werde.

Welches ꝛc. Actum in Collegio nostro den 11ten Octobr. 1686.

CONSILIUM XIX.

DE

Beneficio Constitutionis in Rec. Imper. Novissimo de Anno 1654. §. die Verflossene &c. 173. ratione pensionum & usurarum ante d. Rec. alias exigendarum debitoribus, Belli Tricennalis calamitatibus oppressis, publicè concesso, ejusque quibusdam limitationibus &c.

SUMMARIA.

1. 3. *De singulari illo Beneficio debitoribus ratione pensionum & usurarum ante datum Recessus Imp. de A. 1654. debitarum in dicti Recessus §-o.* Die Verflossene und noch unbezahlte ꝛc. *173. occasione calamitosi Belli Tricennalis publice concesso.*

2. *Hoc Beneficium pertinere tam ad personas publicas quam privatas, item ad Status Imperii ipsos, & integras universitates &c.*

4. *Hanc constitutionem velut normam & regulam omnibus Imperii subditis respiciendam.*

5. *Limitatur: nisi specialis pactio intercesserit, vel piæ causæ debeatur.*

6. *In specie illam constitutionis limitationem: nisi inter creditorem & debitorem specialiter fuerit de pensionibus istis transactum, hanc transactionem omnino servandam: pariter restricte accipiendam, nisi post ejusmodi pactum occasione belli motuum & calamitatum depauperatio debitoris sit subsecuta; quod applicatur ad infortunium Ditionum Lunæburgicarum.*

7. & 8. *Etiam ubi Pia Causa Creditrix, sed diu omissa exactio debitarum pensionum, posse, arbitrio judicis, d. Constitutionem locum habere, præsertim concurrentibus aliis rationabilibus causis.*

9. *De assignatione certorum terminorum, quibus solutio illa fieri debeat.*

10. *seqq. De unione statuum duarum Provinciarum & ab iis commnniter susceptorum*

ptorum debitorum proportionata solutione.

14. *Etiam hic in tali unione ea, quæ de Sociis cum extraneo contrahentibus dicuntur, locum habere.*

15. *In causa pia, privilegiata & clara à Superiori Judicio præsertim dilationem, vel Remedium aliquod suspensivum non facile esse concedendum.*

16. *Probabilem litigandi causam & præcipue sententiam pro se habens ab expensarum restitutione reg. absolvendus.*

Urtheil.

IN Supplications-Sachen deren von Fürstl. Braunschweig-Lüneburg. Wolffenbüttelischer Landschafft zum Ausschuß und Schatz-Sachen verordneten Schatz-Räthen, Anwalden, Beklagten und Supplicanten Eins; entgegen und wider Marenholtzischer Armen-Stifftung Herrn Patroni Anwalden, Klägern und Supplicaten anderen Theils, erkennen wir Fürstlich Braunschweig-Lüneburgische Cantzler, Vice-Cantzler und Räthe, allem Fürbringen nach, uff eingeholten Rath auswärtiger unpartheyischen Rechts-Gelehrten, mit Urtheil zu Recht, daß vorige den 14. Martii Anno 1682. publicirte Urthel zu reformiren, dergestalten und also, daß Beklagte und Supplicanten dem Kläger und Supplicaten alleine die von Anno 1654. biß uff gegenwärtige Zeit aus den 10000. Rthlr. verfallene Jährliche Pensiones, so salvo errore calculi 9900. Rthlr. thun, von nun an inner zehen Jahren Jährlich mit 1000. Rthlr. im letztern aber 900. Rthlr. bey vermeidender Execution und Immission, abzutragen, und anbey künfftig die Jährlich fallende 300. Rthlr. richtig zu bezahlen schuldig und verbunden seyn sollen, Beklagte und Supplicanten könnten denn inner 6. Wochen, welche ihnen hiemit pro termino sub pœna præcluſi dazu angesetzet werden, klar und specificè darthun, daß die Stiffts-Hildesheimische Landschafft von den von Gebhard von Marenholtz der Landschafft Anno 1621. auf ewig vor 400. Rthlr. Jährlicher Renthen verkaufften 10000. Rthlr. durch den Hildesheimischen zwischen Chur Cölln als Bischoffen des Stiffts, sambt dem Thum-Capitul Eines, und dem Fürstl. Braunschweig-Lüneburgischen Hauß andern Theils ann 17. (27.) April Anno 1643. auffgerichteten Haupt-Recess und drauff getroffene Eintheilung 4000. Rthlr. übernommen, weßfalls sie allein die seit Anno 1654. aus 6000. Rthlr. Capital gefallene Jährliche Renthen abzutragen und ferner zu bezahlen, Kläger und Supplicat aber die aus den 4000. Rthlrn. gefallene und künfftig weiter gefallende Pensiones bey der Hildesheimischen Landschafft zu suchen schuldig und gehalten seyn solle.

Gestalten wir hiemit respectivè Supplicanten und Supplicaten dazu condemniren und verdammen, auch Klägern und Supplicaten zu der Bezahlung in den benandten Terminen, im Fall damit nicht inn gehalten würde, mittelst Decernirung Mandatorum de exequendo auff Anruffen gebührend verhelffen werden, die auffgeloffene Unkosten aber aus Bewegniß gegen einander compensiren und vergleichen.

Daß diese Urthel den Rechten und Billigkeit auch uns zugefertigten Actis gemäß, bekennen wir Decanus und andere Doctores der Juristen-Facultæt bey gemeiner Fürstl. Würtembergischen Universitæt Tübingen, mit Urkund unserer Facultæt grössern Insigels.

RATIONES DECIDENDI.

1 DIe Ursachen, so uns zu Abfassung vorstehender Urtheil in Sachen Marenholtzischer Armen-Stifftung wider die Fürstlich Braunschweigisch Wolffenbüttelische Landschafft bewogen, bestehen kurtzlich in folgenden.

Und zwar, daß wir in primo membro die beklagte Landschafft allein zu Abstattung der seit Anno 1654. verfessenen Renten condemniren, dazu commoviret uns die Constitutio Imperii Novissima in

Recess. Imp. *de anno 1654. §. die verflossene und noch unbezahlte pensiones &c. 173.*

die denen durch den dreyßigjährigen Krieg von Mitteln gekommenen, oder durch hohe Aufwachsung der Pensionen und Zinsen, beschwehrten debitoribus, (sie seyen privati und einzele Personen, oder Stände des Reichs und 2 gantze Gemeinen, als Städte, Landschafften, Aembter, Zunfften, Gülden und andere Communen, vi generalitatis verborum & declarationis Ordinum Circuli Inferioris Saxon. in Recessu sub dato Braunschweig den 4. Decembr. 1654.

Rhoding. *Pand. Cam. lib. 1. c. 12. p. 224.*

Hahn. *in Opusc. aureo ad §. de indaganda. Instrum. Pac. Westphal. &*

Constit. Imp. *Ratisbonens. de Anno 1654. von Schuld-Sachen Capital und Zinsen &c. ad §. setzen demnach pag. 66. 67. n. 20. 22.)*

3 das beneficium gibt, daß sie von dem Ausstand der verfallenen und noch unbezahlten Zinsen und Interesse bis aufs datum sothanen Reichs-Abschieds, nemlich den 7. May 1654. nur den vierten Theil zu bezahlen schuldig, der übrige Nachstand aber bis auf den vierten Theil gäntzlich cassirt und aufgehoben, ja wann ihnen auch solchen vierten Theil abzutragen unmüglich, selbiges gehöriger massen zu probiren in allewege zugelassen seyn, und sie von Zahlung dessen befreyet werden sollen.

4 Quæ Constitutio uti à Sacra Cæsarea Majestate Statibusque Imp. penes quos vi summæ potestatis civilis in Imperio ab antiquo Legum ferendarum est arbitrium, virtute supereminentis dominii in singulorum civium bona communi Civilis societatis bono lata ac promulgata est, ita meritò quoque velut norma & regula omnibus Imperii subditis respicienda, sequendaque est, virtute fidei, qua quisque saluti ejus publicæ & animo & re & corpore obstringitur, privatæque suæ ac suorum utilitati salutem publicam omnio præferre tenetur.

vid. Hahn. *d. tr. c. 2. de pensionib. Num. 1. n. 28. seqq.*

5 Und obwohl sothane Constitution 2. gewisse limitationes hat, und davon ausgenommen worden 1. was zwischen dem Glaubiger und Schuldner vorhin verglichen, dabey es sein unverändertes Verbleiben haben solle. 2. causæ piæ & privilegiatæ, qualis hæc nostra, so ist doch jenes mit dem Beding geschehen, wo nicht der debitor erweisen könne, daß er erst nach dem getroffenen Verglich durch das Kriegs-Wesen ins Verderben gerathen, dieses aber gleichfalls anders nicht, dann, daß, wie es darinn zu halten, ad judicis arbitrium verwiesen und gestellet seyn solle.

R. Imp. *de anno 1654. §. anreichend die künfftige Zinß &c. 174. n. 1. & 7.*

6 Demnach weilen männiglich ex Historia hujus seculi bekannt, und Reichs kundig, daß die Fürstenthum Braunschweig-Lüneburg, und in specie das Wolffenbüttelische Hertzogthum in dem dreyßigjährigen Teutschland so hoch schädlichen und verderblichen Krieg, sein Theil auch redlich, und zwar noch nach dem Anno 1629. getroffenen Verglich, gelitten, ja nach solch eingegangenem Verglich weit mehr als vorhin verheeret und verwüstet worden, haben wir 3. für höchst billig gehalten, daß der beklagten Landschafft solch beneficium der gemeinen Reichs-Constitution disfalls auch in allwege angedeyen solle, und weil bey selbiger nicht nur die eine qualitas debitoris beneficio hoc gavisuri, depauperatio nempe ex belli calamitate secuta, notorie vorhanden, sondern mit und neben derselben auch die hohe Aufwachsung der pensionen, so etlicher massen ex intermissa à Patronis Fundationis Eleemosinariæ per tot annos exactione annuarum pensionum & diuturno illorum silentio ab anno 1646. fere usque ad annum 1680. quo temporis intervallo causa quasi sepulta plane jacuit, erfolget, zugleich concurriret, haben wir ihro dasselbe auch in so weit, daß sie von allem Ausstand der verflossenen alten noch unbezahlten Pensionen bis auf das Datum des Reichs-Abschiedes de anno 1654. befreyet seyn solle, ohn erst vornehmende Beweisung perpessæ calamitatis belli & inde contracti damni, inopiæque tantæ, ut nec quartam illam pensionum aliâs reservatam exsolvere queat, zuerkannt, dazumalen selbiges allerdings in notorietate bestehet, und solches um so mehr, damit nur der so lang gewehrte Process einst seine Endschafft erreichen, und zu ferner Auffenthalt keine Gelegenheit mehr gegeben werden, sondern die Marenholtzische Armen-Pfleg von nun an, ohn weitern Verzug und Gestattung einiger suchender Ausflucht, wieder zu würcklichem Genuß ihrer Renten gelangen möge. 7 8

Deswegen Hr. Kläger sich darüb nicht wird zu beschwehren haben, weil ob gleich von dem Fundatore keine Remission der schuldigen Renten in dem Anno 1629. mit ihm getroffenen Verglich geschehen, sondern blos Dilation der Bezahlung bis zu bessern Zeiten darinn gegeben, demnach die angezogene Constitutio Imperii post hæc promulgata, ob rationabiles causas, solche Aufhebung und Cassation der Zinsen, Renten und Pensionen erlaubt und zulaßt, und zwar so weniger, als jetzigen Hrn. Patroni Antecessorum culpa aliquali accedente die Renten so hoch aufgeschwollen, daß sie jetzo gar zu bezahlen allerdings unmüglich. Noch weniger Ursach aber hat die beklagte Löbliche Wolffenbüttelische Landschafft sich ulla ratione weiter zu beschwehren, als die dergestalten bald von des halben Theils der aufgeschwollenen Renten Entrichtung befreyet, welches sie mit Danck annehmen, und derentwegen mit den übrigen und künfftig fallenden verhoffentlich desto besser einhalten wird.

9 Damit es aber Beklagter Landschafft mit Abstossung der von Anno 1654. biß hieher verfallenen Renten, so doch noch ein zimliches austragen, desto leichter fallen, und der Marenholtzischen Armen-Stifftung eine mögliche Gewißheit darinn verschaffet werden möchte, haben wir 2. die Summa billicher Dingen unserm Erachten nach in zehen Jahr-Zieler vertheilet, gleich wie berührte Reichs-Constitution will, daß der von den caßirten Zinsen überbleibender Ein Viertheil, da es wohl möglich, daß selbiger gezahlet werden kan, zertheilet und abgeführet werden solle.

in d. §. die verflossene &c. 173. vers. Würd aus erstgedachten Ursachen &c. ibi Hahn.

10 Daß wir dann 3. beklagte Landschafft zu Abtragung der seit Anno 1654. verfallenen völligen im Transact de anno 1629. verglichenen Renten

Renten aus den 10000 Rthr. condemnirt, sub conditione, sie könnten denn inner 6 Wochen klar und specifice darthun, daß die Hildesheimische Landschafft 4000 Rthr. übernommen ꝛc. ist geschehen aus Ursach, daß tempore initi contractus Ao. 1621. wie auch noch factæ transactionis tempore, Ao. 1629. nempe unzweifflich die Fürstl. Braunschweig. Wolffenbütelische u. Stiffts-Hildesh. Landschafft beysammen in einem Corpore gestanden, der gesamten Landschafft Stände und Schatz-Räthe aus den Prälaten Adel und Städten des Stiffts Hildesheim und des Fürstenthums Wolffenbüttel bestanden, sammtlich zu gemeinen Land-Tagen beschrieben worden, und die aufgerichtete Landtags-Abschied und Receß auch also unterschrieben, folglich in allen Dingen für Ein Corpus geachtet und æstimirt worden, so aber den Namen der Wolffenbüttelischen Landschafft à potiori geführet, wie es zu geschehen pflegt, ut suppresso unius nomine solius alterius appellatio communi corpori indatur, ubi vera duarum, vel plurium etiam, provinciarum ac ditionum fit unio, & altera alteri incorporatur, de qua unionis specie, & quot illa contingat modis vid. Mevius *Cons. V. n. 67. seqq.*

11 Demnach denn zwar nicht weniger die Hildesheimische, als Wolffenbüttelische in specie also genannte Landschafft mit Gebhard von Marenholtz Anno 1621. contrahirt, und Anno 1629. transigirt, und solcher Gestalten dadurch sich mit obligirt und verbunden gehabt, weil aber in Anno 1643. diese Union wieder aufgehoben, dem damahligen Churfürsten von Cölln das Stifft Hildesheim biß an 4 Aemter von dem Fürstl. Braunschweig. Lüneburgisch. Hauß wiederum abgetreten, und wegen der vorhin tempore unionis durantis von gesammtem Corpore gemachten Schulden-Bezahlung zwischen dem Churfürsten von Cölln und dem Hochfürstl. Braunschweig-Lüneburgisch. Hauß ein gewisser Vergleich und Abtheilung getroffen worden, wie aus dem zwischen Chur Cölln, als Bischoffen des Stiffts Hildesheim und dessen Thum-Capitul eines, so dann dem Hochfürstl. Hauß Braunschweig und Lüneburg an-
12 dern Theils am 17ten (27sten) April 1643. zu Braunschweig aufgerichteten Haupt-Receß, klar zu ersehen, (allwo der 22ste Artickul folgenden Innhalts: Zum zwey und zwantzigsten weil bey währender Possession der Herren Hertzogen zu Braunschweig von den Prälaten, Ritterschafft und Städten des alten Stiffts Hildesheim mit und nebenst den Fürstl. Wolffenbüttelischen und Calenbergischen Land-Ständen, als in Einem Corpore der Landschafften, etliche Schulden contrahirt, dabey ihren Glauben ausgesetzt, auch zu Bezahlung derselben, vermöge der Landtags-Abschieden und aufgerichteten Schatz-Ordnungen, gewisse Collecten und Steuren verwilligt, und angeordnet, ist von uns dem Churfürsten als Bischoff, auch uns dem Thum-Capitul zu Hildesheim geliebten Friedens halber verwilliget und darauf verabscheidet, daß die in den abtrettenden Aemtern und Orten, wohnhaffte Prälaten, Ritterschafft, Städte und Unterthanen solche von ihnen contrahirte Schulden pro rata & justa portione, und zwar ein jeder zu Behuff der Landschafft, worzu er Anno 1625. und die vorige Jahr gehörig gewesen, übernehmen und abführen, und dero Behuff durch gewisse so wohl von dem Stifft Hildesheim als Braunschweigischen Land-Ständen Deputirte die rechtmäßige Eintheilung so bald und zwar erstes Tages verglichen und vollzogen, und darauf angeregten Stifft Hildesheimischen Land-Ständen, welche respective zu dem Fürstenthum Wolffenbüttel und Calenberg gehörig gewesen, ihre proportionirte Quota, wie sie die Land-Stände sich dessen mit allerseits Lands-Fürsten Vorwissen unter einander verglichen, angewiesen, auch die etwa nachständige Landschatzung zu Behuff der Land-Stände und obangeregter deren Schulden bezahlet werden, andere Forderungen aber, welche wir die Hertzogen etwa weiter auf diese Land-Stände in grossem Stifft zu prætendiren, sollen hiemit aufgehoben seyn, zu Bezahlung obgemeldter Schulden sollen die zu dero Behuff angelegte Land-Schatzungen und Collecten, vermöge obangeregter Schatz-Ordnung in ihrem Lauff (jedoch nach Gelegenheit jetziger beschwehrlichen Zeiten, und daß die Schatzung, ohn unser des Churfürsten als Bischoffs zu Hildesheim und unser Successoren Vorwissen und Willen nicht erhöhet oder gemindert werde) continuiren, gleichwohl die Stände des kleinern also genandten Stiffts hierein nicht gezogen, und wann die den mehr bemeldten alten Stiffts-Ständen assignirte Schulden bezahlet, alsdann alle und jede von den Land-Ständen zu dieser Behuff verwilligte Schatzungen aufgehoben seyn ꝛc. ꝛc.) Und nun die Wolffen- 13
büttelische Landschafft sich expresse auf solche Eintheilung beruffen und bezogen hat, fürgebend, daß der Hildesheimischen Landschafft von diesen 10000 Rthr. darinn 4000 Rthr. zugetheilet worden und sie selbige zu vertreten und zu verpensioniren übernommen, so muß wohlgedachte Löblich. Wolffenbüttelische Landschafft solches klar und specifice darthun und erweisen.

Reus enim, cum excipit & pro fundanda intentione sua aliquid ponit ac affirmat, id non minus atque actor intentionem suam, probare tenetur.

l. 19. ff. de probat. l. 1. C. de prob. Octav. Cacheran. Ozaschus *dec. Pedem. 108. n. 3. & dec. 171. n. 8.* Surd. *dec. 145. n. 7.*

Welches in weniger Zeit mittelst Fürlegung der getroffenen Eintheilung geschehen kan, soll und muß, deßwegen wir dazu bloß 6 Wochen pro omni termino & prorogatione anberaumt.

Findet sich dann in solcher Eintheilung selbi- 14
ges nicht gantz klar und deutlich, so ist die Wolffenbüttelische Landschafft die verglichene von Anno 1654. ruckständige Renthen aus den völligen 10000 Rthr. auf gesetzte Zieler bey

Vermeidung der Execution und Immission zu entrichten schuldig: Findet es sich aber also aperte, kan Wolffenbüttelische Landschafft unsers Ermessens mit Recht nicht wohl weiter adstringirt und angehalten werden, als aus den auf sich behaltenen 6000 Rthr. Capital in solcher Zeit, von anno 1654. nemlich, die ausständige Renthen abzutragen, und wird solchen Falls Herr Kläger die aus den von Hildesheimischer Landschafft übernommenen 4000 Rthr. Capital gefallene Pensiones bey der Hildesheimischen Landschafft zu suchen, wie nicht weniger die künfftig fallende bey einer jeden Landschafft pro rata zu erheben, billich angewiesen, argumento eorum, quæ Dd. tradunt de sociis, qui in communi societate steterunt & simul omnes cum extraneo contraxerunt, quod nim. ipsi tum ex conventione illa communi consensu cum extraneo inita eidem obligentur omnes pro ea parte, quam in societate singuli habuerunt

per tx. l. 4. pr. de exerc. act. l. 11. §. 2. de duob. reis. l. 44. §. 1. ibi: *quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione qua socii fuerunt. ff. de ædil. edict.* Joh. Baptist. Costa *de quota & rata. qu. 99. n. 1. seqq.* Hieron. Magon. *Dec. Luc. 1. n. 25.* Hect. Felic. *de societ. cap. 30. n. 34.*

15 Es wird aber 4. von Rechts- und Billigkeit wegen ein hochpreißliches Hoff-Gericht nach so lang protrahirter Sach, in pia, privilegiata & clara hac causa, der beklagten Landschafft keine Dilation, Supplication, Appellation, Restitution oder anders dergleichen remedium sententiæ impugnativum vel suspensivum zu unverantwortlichem fernern Auffzug der Sach weiter erlauben, sondern auf beschehene Publication der vorstehenden Urthel sie nunmehro executive anhalten derselben zu geleben und Statt zu thun, so wohl mit Entrichtung der rückständigen auf gesetzte Zieler, als der künfftig fallenden Renthen richtiger Bezahlung, weil nicht allein die Obligation richtig und bekanntlich, sondern auch die Fürstl. Braunschweigische Hoff-Gerichts-Ordnung in Abschneidung und Denegirung dergleichen aufzüglichen remediorum gantz klar und heiter.

tit. 69. §. alldieweil &c. ibi: *so setzen und ordnen wir, daß hinführo in causis summariissimi & momentanei possessorii, wie ingleichem in Schuld- und andern auf klaren unlaugbaren Brief und Siegel beruhenden Sachen, denn auch in causis decretorum alimentorum keine Supplicatio noch Appellatio zugelassen werden solle &c. & præced. §. Und sollen &c.* ibi: *doch dergestalt daß von denen Urtheilen &c.*

Die Unkosten haben wir 5. compensirt und 16
verglichen, weil die vor Publication der neuen Reichs-Constitution abgefaßte Urthel gleichwohl vermög berührter Constitution in so weit pro Reis reformirt worden.

Die Andung deren ab Advocatis causæ hinc inde ausgestossenen Injurien und Anzüglichkeiten überlassen wir, nebenst der Aufhebung derselben, dem Hrn. Richter ex officio zu thun und vorzunehmen.

Welches ꝛc. Actum in Collegio nostro d. 19. Junii 1687.

CONSILIUM XX.

DE

Maculâ per conversationem cum carnificibus, & ejusmodi sordidis hominibus, contrahenda, vel non; & de metuenda inde expulsione è Collegiis & Consortio honestorum Civium.

SUMMARIA.

1. *Quæstio: An opifex quidam, & quidem Collegii Pistorum membrum, eo, quod sanitatis recuperandæ causa vano remedio vecturæ in curru carnificis usus sit, maculam, quæ eum Collegii consortio indignum redderet, contrahat? negative deciditur.*
2. *Carnifices & alii sordidissimum vitæ genus profitentes, an sint pro infamibus habendi?*
3. *Collegiorum honestorum participes esse non possunt.*
4. *& 5. An, qui temere sese iis consociant, maculam quandam contrahant?*
6. *Causa cur quis pro vili & levis notæ macula notata persona habeatur est professio ejusmodi sordidi exercitii, quæ ubi deest, cessat macula, & inde causa expellendi aliquem è Collegio & consortio honestorum civium.*

Ex cujusque intentione & fine æstimatur illius factum, causaque regulat actum. ibid.

7. *Eum, qui propriam vaccam ovesve morticinas deglubit, non notari, nec ab Opificum Collegiis,* von Zünfften, *esse removendum.*
8. *Nimia & spontanea ac voluntaria familiaritas cum ejusmodi maculatis, sordidis & vilissimis hominibus imminuit existimationem civis alias honesti.*
9. *Præjudicium.*

10. *Aliud*

10. Aliud esse, si quis ferente ita occasione, vel etiam necessitate cogente, aut sanitatis causa cum carnifice aliquandiu commoretur aut conversetur, ex quo nimia familiaritas inferri facile non possit.
11. Casum hujus Consilii pertinere ad abusus Collegiorum Opificum in Comitiis hactenus durantibus graviter notatos.

AUs deroselben vom 13., uns aber erst den 17 hujus behändigten Schreiben, und beygefügten Specie Facti haben wir mit mehrerm ersehen und vernommen, wie daß Michael S. Bürger und Beck in des Heil. Röm. Reichs Stadt R. von der s. v. scabie eine lange Zeit hart vexirt worden, und ob er wohl allerhand Mittel gebraucht, selbe doch nicht anschlagen wollen, einsmals aber ein Vagant in seine Behausung kommen, ein halbes zu trincken, der, sehend, daß er ziemlich krätzig, ihm den Rath gegeben, er sollte sehen, daß er ohnbeschriehen auf einen s. v. Schinder-Karren zu sitzen käme, daselbst er an den Lähnen seine Hände so lang reiben sollte, bis das Blut darnach gienge, alsdann selbe mit c. v. Urin waschen, so würde ihm die scabies gewiß vergehen. Worauf ermeldter S. von der s. v. scabie hart geplaget, und davon loß zu seyn wünschend, sich bey dem Meister erkundiget, wann er über Land fahren würde, der ihm gesagt, daß er folgenden Tags nach Ri. fahren müßte, und ein c. v. Aas abhohlen, welche Gelegenheit denn der Scabiosus nicht versäumen, und bey solcher occasion des Vaganten Consilium Medicum practiciren wollen; Deßwegen sich des Morgends früh aufgemacht, auf den c. v. Schinder-Karren gesetzt, ein Büchsenschuß weit hinaus gefahren, und das Mittel, wie es ihm der Vagant præscribirt, applicirt. Ob nun gleich dieses zwey andere Männer gesehen, haben sie doch den Becken nicht verrathen, zumahlen weil er sie still zu schweigen gebeten; so hat auch des Wasen-Meisters Frau versprochen davon still zu schweigen, benebens den Rath gegeben, man sollte die zwey Männer, so es gesehen, auch ad silendum disponiren, so zum Uberfluß wieder beschehen, und also die Sache ein gantzes Jahr verschwiegen geblieben. Kurtz verwichener Zeit habe die Henckerin bey offt besagtem Becken eine Kant Weins ohne Geld hohlen lassen wollen, so er ihro versaget und die Kann wieder leer geschickt, welches des Meisters Frau dermassen übel empfunden, daß sie dasjenige ausgesagt, was sich oberzehlter massen mit der Fahrt auf dem c. v. Schinders-Karren begeben. Als solches die Becken-Zunfft in Erfahrung gebracht, hab sie bey der Obrigkeit angesucht, ihme S. das Handwerck bis zu der Sachen Austrag niederzulegen, entstehet also die Frage:

1 Ob Michel S. durch diß Fahren auf dem c. v. Schinder-Karren an seinen wohl-hergebrachten Ehren gekräncket, und Ehr-loß oder auch levis notæ macula aspergirt worden sey, dahero ihm mit Recht sein Handwerck niedergelegt und er aus der Zunfft gestossen werden möge?

Auf welche Frag wir unser rechtliches Gutachten, auf Veranlassung und Begehren der Becken-Zunfft daselbst in des Heil. Röm. Reichs Stadt R. deren man aus gewissen trifftigen Ursachen hierin deferiren wollen, zu ertheilen freundlich ersuchet, anders nicht dann mit **Nein** simpliciter quoad utrumque antworten können, gestalten

2 Ob gleich die Nach-Richter nach dem gemeinen Wahn der Leute für unehrlich und untüchtig zu Zünfften, die ehrliche Handthierungen, Künste und Handwercke treiben, gehalten werden, wie sie bey den alten Römern, vieler Meynung nach, auch schon also angesehen gewesen, daher ihnen per leges Censorias verboten worden in der Stadt zu wohnen, teste Cicerone,

pro C. Rabirio

inquiente: *Sed moreretur prius acerbissima morte Grachus, quam in ejus concione Carnifex consisteret, quem non modo foro, sed etiam cælo hoc ac Spiritu urbis leges Censoriæ carere voluerunt.*

welches sonder Zweiffel daher gekommen, daß ob wohl ihr Ambt vor sich nicht unehrlich, weil sie Executores Justitiæ und gleichsam der Werckzeug und Hand der Obrigkeit, deren GOtt das Schwerdt, die Böse damit zu straffen, angegürtet, seyn,

Ludov. Dunte *in Casib. conscient. q. 19.*

dennoch weil sie gemeiniglich nicht aus Eyfer und Lieb der Gerechtigkeit, noch mit solchem Mitleyden und Humanität ihr Amt verrichten, als einem Christen gegen einen Christen billig zusteht und eignet, über dergleichen grausame Execution öffters gloriiren, den armen Sündern ihre verdiente Straffen aufrupffen, und sie offt schnell, ehe sie sichs versehen hinraffen, nicht anders, als wann sie nicht so wohl der Vernunfft und Gerechtigkeit, als ihrem Zorn und Affecten zu dienen bestellet wären, ut loquitur

Damhouder. *Pract. Crim. cap. 142. n. 6.*

insonderheit manchmahl allerhand Tück und Grieff in Exequirung der Tortur practiciren, und ex horrendi muneris professione ihr und der ihrigen Unterhalt suchen, über das mit ehrlosen Personen, die Judicio publico condemnirt, und also eo ipso infames worden

l. 7. ff. de jud. publ.

zu thun haben, nicht unbillig der Ursach fast überall pro sordidis abjectis & vilissimis, levisque notæ macula aspersis personis geachtet werden.

Carpzov. *Pr. Crim. qu. 137. n. 58.*
Wohin auch abziehlet die Reformation guter Policey zu Augspurg Ao. 1630 aufgericht *tit. von Nach-Richtern &c. 20.*

3 zumahlen wann sie zugleich Abdecker, Wasen- Feld- oder Kleemeister seyn, denn daß diese, so a præcipua sibi commissi muneris parte sonst auch Schinder genannt werden, levis notæ macula laboriren, und unzünfftig oder zu ehrlichen Innungen untüchtig seyn, ist ausser allem Zweiffel gesetzt.

per tradita D. Lauterbachii *in Disp. de singul. fratrum Jur. p. 85. n. 2.* Harpprecht. *ad §. 1. Inst. de inoff. testam. n. 22.* Richter *dec. 53. n. 6. & dec. 80. n. 20.* Bocer. *cl. 6. Disp. 8. th. 21.* Hahn. *ad tit. de his qui not. infam. n. 2.* Beier *Prudent. jur. opific. part. comm. cap. 7. §. 9. & de Tyrone. cap. 6. §. 2.*

4 Und demnach wer sich zu einem dieser gesellet, mit ihm umgehet, Gemeinschafft macht und heget, auch dergleichen Macul zu contrahiren scheinet, allermassen die JCti Jenenses apud Richterum

alleg. dec. 80. n. 20.

ausdrücklich dahin respondiren: Die Feld-Meister aber betreffend, möchte derer, mit andern habende Conversation denselben einen Vorwurff und Aufruck geben, von Rechts
5 wegen. Wohlfolglich es ein Ansehen haben möchte, daß Michel S. Burger und Beck in des Heil. Röm. Reichs Stadt R. dadurch daß er, als ihm ein Vagant gerathen, sich ohnbeschriehen auf einen s. v. Schinders-Karren zu setzen, die Hand an der Lahnn so lang zu reiben, bis das Blut folgete, darnach mit Urin zu waschen, um von der Krätze zu kommen, zu dem Meister gegangen, sich erkundigt, wann er über Land fahren würde, und als er vernommen, daß er folgenden Tags nach Ri. fahren müsse, ein Aas abzuhohlen, sich des Morgends früh aufgemacht, auf den Schinders-Karren gesetzt, und ein Büchsenschuß weit hinaus gefahren, dergleichen Macul seinen Ehren angehängt, daß ihm deßwegen mit Recht das Handwerck gelegt und verboten worden.

6 So können wir jedennoch dessen ungeacht keines wegs erachten, daß besagtem Michel S. diß, was er auf Einrathen des Vaganten gethan, um von der Krätze los zu werden, ihm im geringsten an seinen wohl hergebrachten Ehren schaden, oder dieselbe dadurch im wenigsten gekränckt werden möchte. Denn daß die Wasen- Feld- und Kleemeister pro vilibus, levisque notæ macula laborantibus personis gehalten werden, macht die von ihnen sich und die ihrigen zu ernähren erwählte unflätige Handthierung, in deren Treibung und Exercirung sie mit todtem Vieh und Aas, so ex vitio & morbo gestorben, umgehen, demselben die Haut abziehen, und andere dergleichen unflätige unziemliche Dinge verrichten müssen, dergleichen zu thun nun Michel S. ihm nie zu Sinn genommen, sondern aus Einfalt und Leichtglaubigkeit sich blos auf Einrathen des Vaganten auf des Meisters Karren gesetzt, und ist nur ein Büchsen-Schuß weit darauff hinausgefahren, um sich an der Lahne reiben zu können bis das Blut nachgienge und auf solche Weise von der Krätze die ihn lange Zeit hefftig geplaget, endlich einmals los zu werden; Kan demnach dadurch ihm oder seiner Ehr keines wegs einige Macul angehengt worden seyn, derentwegen er aus der Zunfft zu stossen oder ihm sein Handwerck zu legen und die Treibung dessen zu verbieten.

Ex cujusque enim intentione & fine æstimatur illius factum, causaque regulat actum, ut talis sit & præsumatur qualis est causa.

post Angelum Barbosa *lib. 3. cap. 10. ax. 10.*

Cum ergo causa facti hujus non sit turpis & ignominiosa, nec actus talis censeri, infamiamque vel levis notæ maculam inurere vel afferre poterit.

7 Und wann dessen, dem eine Kuh und etliche Schaafe gestorben, Ehr dadurch, daß er solche selbst abgedecket, nicht gekräncket wird, daß ihm deßwegen das Handwerck kan verbotten werden,

uti pronunciavit Consistorium Saxonicum test. post Georg. Beatum Speidelio voc. *Handvverk.*

wie vielweniger wird Michel S. die kurtze Fahrt auf dem Schinder-Karren der Ursach, daß er von der Krätze los werden möchte, unehrlich und zu Treibung seines Handwercks untüchtig machen, weil jenes weit mehr und gröber, als dieses, gestalten solches ein Actus, der sonst dem Wasenmeister zukommt, diß aber ein Actus planè indifferens.

8 Schützet man aber 3. für die gemachte Gemeinschafft mit dem Nachrichter und Wasen- oder Feldmeister, so ist zu erwegen, daß hierzu daß einer wegen gemacht und hegender Freund- und Gemeinschafft mit dem Nachrichter und Wasenmeister für ehrloß und untüchtig zu Treibung eines ehrlichen Handwercks gehalten werden möge, erfordert werde, daß er sich gantz freywillig in grosse Familiarität und Gemeinschafft mit ihm eingelassen und dieselbe auch also fortsetzet daß sie stetigs beysammen, und, wie man im Sprüchwort redet, ein Kuch und Muß seyn.

Uti enim ex nimia familiaritate, & æquali conversatione cum Provincialibus Præsidi contemptus dignitatis nascitur,

l. 19. §. 1. de offic. Præsid.

ita ex conversatione tali cum maculato sinistra opinio, noscitur enim ex socio, qui non cognoscitur ex se.

9 Dergleichen vertrauliche Freund- und Gemeinschafft mit solchen sordidis, abjectis & vilissimis, levisque notæ macula aspersis hominibus mindert etlicher massen die Ehre deß, der sich mit ihnen so weit einlässet, wie die Scabini Lipsienses bey dem Carpzovio

qu. 137. n. 59.

respondirt Henrico à Schönberg: Haben die Schuh-

Schuhknecht, so bey den Schustern zum Frauenstein arbeiten, G. D. dahero getadelt, und neben ihm bey keinem Meister arbeiten wollen, daß derselbe mit dem Nachrichter oder Caviller Gemeinschafft gehabt, mit demselben nicht allein geessen und getruncken, sondern auch seine Tochter zu freyen Vorhabens wäre ꝛc. Da nun gedachter G. D. von jetzgedachtem seinem Beginnen nicht abstehen, noch sich des Nachrichters Gemeinschafft enthalten würde, so wären die andern Schuhknechte ihn neben sich arbeiten zu lassen nicht schuldig V. R. W.

10 Ein anders aber ist da einer aus Gelegenheit, aus Noth, oder seiner Gesundheit halber mit einem Nachrichter oder Feldmeister umgehet, so lang solche Gelegenheit und Ursach währet, sich aber hernach seiner entschlägt und nicht ohne Noth Gelegenheit suchet mit ihm umzugehen, und Freund- oder Gemeinschafft zu haben, wie allhier Michel S.

vid. Fritsch. *de Colleg. opific. cap. 4. n. 7.* ubi testatur se vidisse ita cum Carnifice Doctores, aliosque honoratiores edisse & bibisse citra ullam existimationis maculam. add. Richter. *cit. Dec. 80. n. 20.* ubi ita responderunt quoque JCti Jenenses.

11 Ist demnach dieses der Becken-Zunfft Beginnen, da sie wollen, daß Michel S. deßwegen sein Handwerck zu treiben solle verbotten werden, auch ein dergleichen Mißbrauch, wie zerschiedene enthalten in der Designation mehrfacher Mißbräuche und Unordnungen bey denen Handwercks-Zünfften, auf gegenwärtigem Reichs-Tag zu Regenspurg zur Dictatur gegeben, unter denen in specie:

6. **Wann ein Handwercker ungefährlich einen Hund oder Katze todt wirfft oder schlägt oder in der Werckstatt v. g. in einem Loh oder andern Bottich ertrinckt, der nur eine todte Katze anrühret und dergleichen, will man eine Unredlichkeit draus machen, so gar daß die Abedecker sich eigenmächtig anmassen solche Leute mit Schlagung des Messers in die Thür-Schwellen und Abhohlung der Personen zu ihrer Arbeit oder aber einen Abtrag an Geld nach eigenem Gefallen zu nöthigen.**

7. **Wann einer aus den Handwerckern mit dem Scharffrichter, Abedecker und dergleichen Leuten ungefährlich isset, trincket oder sonst selbst oder durch die Seinige bey derselben Hochzeiten erscheinet, und mit jemand derselben tantzet, will man auch eine Unredlichkeit daraus erzwingen und das Gesinde aufstehen ꝛc.**

Welche Mißbräuche und Unordnungen nicht zu gestatten, sondern aufzuheben, auf besagtem noch währendem Reichs-Tag beschlossen, ut testatur

Fritsch *in Addit. ad Limn. lib. 4. cap. 8. n. 299.* ubi designationem illam plene exhibet.

Deßwegen ihnen hierinn durchaus kein Gehör zu geben, sondern Michel S. sein Handwerck fortzutreiben in allweg zu erlauben und ihn dabey zu manuteniren.

Wollten solches, nächst Wiederanwünschung eines von GOtt gesegneten Jahrs, nicht verhalten ꝛc. Actum in Collegio nostro d. 19. Januarii 1688.

CONSILIUM XXI.

DE
Requisitis ad hoc, ut Debitor Debitoris conveniri possit.

SUMMARIA.

1. *DE tribus requisitis ad hoc ut creditor contra debitoris sui debitorem venire, & executionem in nomen obtinere queat.*
2. *Ubi debitor debitoris mei inficiatur debitum, vel justâ exceptione nititur, nomen pignori capi non potest, vel executio fieri contra istum debitoris debitorem.*
3. *An excussio debitoris ipsius præcise necessaria?*
4. *Ordo executionis in l. 15. §. 2. ff. de re jud. præscriptus sec. Dd. non impedit, quominus tamen, si creditor malit, executio prius fieri possit in nominibus, quam in aliis bonis debitoris.*
5. *Præcipuè obtinere hoc in creditore pignoratitio.*
6 - 9. *Idem est si debitoris debitor debitum per mendacium neget, quo solutionem effugiat, ac si confiteretur, & executio tamen adv. eum fit, modo probari possit in continenti debitum, etiam per instrumentum, quod non habet paratam executionem, vel alio modo.*
10. *Debitor debitoris ad instantiam creditoris creditoris adstringi potest, ut mediante juramento manifestet, quid, & quantum debeat suo creditori, ad effectum arresti imponendi, vel executionis faciendæ, pro quantitate ab eo debita.*
11. *Exceptio litispendentiæ non stringit, si prius Judex protrahat Judicium, aut judicare nolit.*
12. *De exceptione ignorantiæ contra juramenti manifestationis delationem.*

Urthel.

IN Sachen Supplicationis deren gesambten von Bartensleben Supplicanten und Imploraten Eines; entgegen und wider weyland Hanns Joachim von Itzenplitzen nachgelassene Erben Supplicaten und Imploranten andern Theils, erkennen wir Fürstl. Braunschweig-Lüneburgische Cantzler und Räthe zu Wolffenbüttel, allem Fürbringen nach, auf eingeholten Rath auswärtiger unpartheyischen Rechts-Gelehrten vor Recht, daß vorige Urthel vom 12ten Novembr. 1686. Einwendens ungehindert zu confirmiren. Gestalten wir dieselbe hiemit confirmiren, die Unkosten aber in casum præstiti vel non præstiti juramenti aussetzen.

Daß diese Urtheil den Rechten und denen uns zugeschickten Actis gemäß, bekennen wir Decanus &c.

RATIONES DECIDENDI.

1 DIe Ursachen, so uns zu Abfassung vorstehender Confirmatori-Urtheil in Sachen Supplicationis deren von Bartensleben, entgegen und wider Hannß Joachim von Itzenplitzen Erben, der den 12 Novemb. 1687 vor dahin ergangenen Sententz, daß Implorati, wann zuforderst Imploranten das Juramentum malitiæ werden abgelegt haben, schuldig seyn sollen, mittelst Eydes anzuzeigen, ob und wie viel sie Achatz von Veltheim liquido schuldig, und dazu zu condemniren seyn, bewogen, bestehen kürtzlich in folgenden. 1. Daß zwar insgemein ad hoc, ut Creditor contra debitoris sui debitorem venire, & executionem in nomen obtinere queat, diese drey Stück copulativè erfordert werden, nemlich 1. quod principalis debitor fuerit condemnatus

l. 23. C. quand. fisc. vel privat.

an welchem requisito hier kein Mangel, gestalten besage

Num. Act. 2.

in Sachen Itzenplitzischer Erben contra Achatz von Veltheim den 6 Martii 1684 von Churfl. Brandenburgischen zur Regierung des Fürstenthums Halberstadt verordneten Præsidenten, Vice-Directore und Rathen eine in rem judicatam erwachsene Urtheil dahin publicirt, daß nunmehr klagenden Itzenplitzischen Erben wegen des vertransigirten Capitals der 3000 Rthlr. samt Zinsen und Kosten, prævia liquidatione & moderatione, in des von Veltheim bereiteste Güter, so Klägere specificiren würden, executive zu verhelffen, und Beklagter mit seinen vermeinten Exceptionibus theils ab- theils ad reconventionem zu verweisen sey, alsdann die Executio damit erkennet, und Beklagter dahin verdammet. 2. quod talis debitor debitoris fateatur debitum

l. 3. C. d. t. quand. fisc. vel privat.

Quæ debiti confessio ad hoc, ut in executione judicati nomen pignori capi possit, requiritur, quia nec creditor ipsius contra eum executionem obtinere potest, si non se debere fateatur; Enimvero si petitioni ejusdem contradicat, non potest contra excipientem fieri executio, antequam causa debiti a judice fuerit cognita, idem proinde servandum in creditoris illius creditore, ne per alium conditio ejusdem fiat deterior

Bald. *ad l. 2. C. quand. fisc. vel priv.*
Glossa, Cynus, Bartol. ac alii ibid.

3. quod fuerit excussus, & non solvendo repertus

d. l. 3.

quia executio in nomina debitorum tantum fit in subsidium, ceteris bonis deficientibus, vel non sufficientibus

l. 15. §. 2. de re jud.

& regulariter fieri debet in re debitoris propria, vel per eum possessa

Bald. Salicet. *in l. etiam. C. de execut. rei jud.*

Excederet ergo terminos legitimæ executionis, si sine prævia excussione ipsius debitoris, ejusque bonorum, in nomen debitoris fieret.

vid. de tribus istis requisitis Roman. *Cons. 224. pr.* Christin. *vol. 3. Dec. Belg. 18.* Joh. Petr. Surdus *Cons. 4. n. 1. 2.*

2 welche beyde letztere requisita hier zu ermanglen scheinen, inmassen von keiner beschehenen Excussion das geringste ex Actis zu sehen. So haben Supplicanten von Anfang bis zu Ende dieses Executions-Processs contradicirt, daß sie dessen überwiesen, daß sie Achatz von Veltheim mit einer wesentlichen Schuld verstrickt seyen, und opponiret, daß diese vermeinte Schuld-Forderung von mehr denn 20 Jahren bey dem Churfl. Brandenburgischen Quartal-Gericht in der alten Marck in lite befangen sey. Dahero es das Ansehen haben möchte, ob wären Supplicaten mit ihrem Gesuch ab- und hinzuweisen;

quia Doctores ad unum omnes in eo consentiunt, quod ubi vel inficiatur debitor debitoris mei debitum, vel justa exceptione nititur, minime nomen pignori capi aut executio in illud, vel immissio ejus intuitu in bona debitoris ad instantiam meam fieri, imo, si facta fuerit, etiam tolli iterum debeat.

l. 3. C. quand. fisc. vel privat. l. 15. §. 9. de re jud. Mev. *p. 4. dec. 65.*

Allein was 2. das andere requisitum, excussionem nim- anlangt, so haben Supplicanten exceptio-

3 exceptionem omissæ excussionis selbsten nicht opponirt, 2. hat Joh. Petrus Surdus in angezogenen

Cons. 4. n. 32. seqq.

weitläuffig deducirt, und remonstrirt, quod excussio non semper præcise sit necessaria ad hoc, ut executio in nomen debitoris fieri, aut pignori illud capi possit, nec dicatur fieri in re aliena executio, si in nomen debitoris fiat, sed potius in re propria ipsius debitoris, quia jus nominis debitoris residet penes illum, ut adeo executio fiat in nomen tanquam in rem ipsius propriam, & hinc terminos legitimæ executionis minime excedat, etsi sine prævia excussione fiat. 3. Sagen die Doctores, quod etsi in

l. 15. §. 2. ff. de re jud.

4 hic ordo exequendi sit præscriptus, ut initium fiat a rebus debitoris mobilibus vel se moventibus, iis autem deficientibus aut debito non sufficientibus res immobiles pignori capiantur, ita ut, inchoetur a minus pretiosis & ea eligantur a creditore, quæ debitori minus damnosa sunt, sufficientia tamen ad solutionem, nec omnia aut major pars bonorum pro exiguo debito capiatur & vendatur, neque citra necessitatem prædia tributoria temere dividantur; ubi vero nec immobilia solutioni sufficiant, ad jura ac nomina tandem perveniatur. Attamen si forte malit creditor in nominibus executionem primo fieri, id ipsi concedendum sit, cum hoc victo non noceat, sed prosit potius

Donell. *in d. l. 15. §. 2. de re jud.* Ummius *ad Proceff. Disp. 23. n. 22.*

5 Quod imprimis obtinet in creditore pignoratitio, cui nimirum omnia bona debitoris fuere obligata, is enim eligere potest, quæ pignora persequi malit, nec debitoris debitor exceptione excussionis non factæ juvari potest, juxta

Anton. Fabrum *in Cod. Sabaud. lib. 4. tit. 10. def. 2.* ubi subjicit: Imo nos hodie eo jure uti, ut is quoque creditor, qui ante sententiam pignus non habuit, perinde possit judicati executionem incipere à debitoris sui debitore, etiam cum alia bona sunt, atque si pignori jam antea id ipsum nomen habuisset.

Demnach auf die unterlassene Excussion des Principal Debitoris hier keine sondere Reflexion zu machen, zumahlen da Imploranten und Supplicaten Num. 3. Act. anzeigen, daß sie weder in dem Fürstenthum Halberstadt, noch im Hertzogthum Braunschweig einige freye Güter mehr, darinn die Execution effectivè geschehen möchte, erfahren können, welches wohl zu glauben, denn sie sich sonst vermuthlich mit Imploraten und Supplicanten in diese Weitläuffigkeit nicht würden eingelassen haben, wann sie die Execution in unbewegliche Güter, daraus sie einige Nutzung und Einkünffte erheben mögen, erlangen können.

Das dritte Requisitum belangend, wird 3.) solches zwar von allen und jeden Dd. erfordert, auch in ipsa

l. 3. C. d. t. qu. fisc. vel privat. verb. *si debitum non inficiantur hi &c.* & ibi: *nam si quæstio aliqua refertur, id (ut ad solutionem compellantur) concedi non oportere ipse perspicis. & l. 15. §. 9. de re jud.* 6

Doch sagen die Interpretes juris nostri nicht unbillig, quod idem sit si debitoris debitor debitum confiteatur, & si illud, per mendacium, vel ut effugiat solutionem, neget

arg. l. fin. C. de compens. l. 3. §. 4. & 5. ff. de Carbon. Edict.

Cum enim de evidenti malitia negantis constat, vel creditor in continenti probat eum esse debitorem, perinde fit executio ac si confessus esset se debere.

Speculat. *in tit. de primo decreto. §. restat num. 4. 6.* Cynus *ad l. 2. C. quand. fiss. vel priv.* Bald. *in l. 1. C. de conven. fisc. debit. num. 20.* Salicet. *in l. etiam C. de execut. rei jud. n. 8.*

Et quamvis Glossa *in d. l. 2.* dicat non fieri executionem quando debitor negat debitum, etiamsi id faceret per calumniam, quia differentia esse debet inter executionem, quæ fit in rebus corporalibus, & illam quæ fit in incorporalibus. Idemque tenere videatur

Bartol. *in ibid.* & Bald. *in d. l. etiam c. de exec. rei jud.*

nisi convincatur debitor per scripturam, quæ 7 paratam habeat executionem. Hoc tamen communiter reprobatur ac reprehenditur: Sufficit enim probare in continenti ipsum esse debitorem, sive hoc fiat per instrumentum, quod paratam habeat executionem, sive alio modo

Speculat. Cynus, Baldus, Salicet. *dd. ll.* Satisque omni casu erit, adduci in contrarium probationem probatam, id est Instrumentum. Quod etsi non habeat paratam executionem, satis tamen probabit debitoris malitiam, juxta doctrinam

Baldi *in d. l. 2. C. qu. fisc. vel priv.* quem sequitur Alexand. *in l. 15. §. 8. de re jud.*

Ac si aliter diceremus, semper in facultate debitoris esset, simplici negatione impedire, ne contra se fieret executio, quod per absurdum foret

ut in simili Bald. *in Auth. Ad hæc. C. de us. num. 7. arguit.*

Licet enim per negationem res efficiatur 8 dubia

l. 11. ff. de transact. ibi Glossa & Bart. *l. 3. C. quib. ad libert. proclam. non lic.*

attamen non facit negatio rem dubiam, quando contrarium probatur

Bald. *in d. Auth.* Idem *Conſ. 383.*
ubi ait: quod negatio faciat dubiam rem probandam, ſed non rem probatam quia probatio negantem confundit.

Non eſt itaque attendenda negatio debitoris, quæ convincitur per evidentem probationem ſcripturæ, id quod etiam tradit

Socin. *vol. 4. Conſ. 37. num. 24.* Surdus *d. Conſ. 4. num. 27.*

9 Wann dann Supplicanten auch hierfalls das debitum nur aus purem Muthwillen abzuläugnen, und deſſen von Supplicaten durch ihre eigene ſub Numm. 33. & 68. beygelegte Schreiben überwieſen zu ſein ſcheinen, inmaſſen die Copiæ des zwiſchen ihnen und Curdt von Veltheim Fr. Wittwen als einer gebornen von Bartensleben anno 1639. getroffenen Verglichs ſub Num. 70. lit. I. klar ergeben, daß Supplicanten in ermeldtem Jahr gedachter Fr. Wittiben von Veltheim mit einer ſtarcken Summ noch verwandt geweſen, davon ſie ihro 2000 Reichsthl, damahls inner vierzehen Tagen baar zu bezahlen, das übrige aber jährlich richtig zu verzinſen verſprochen: So geben die ſub prædictis Numeris producirte Original-Schreiben, daß Supplicanten anno 1664. 65. Da Achatz von Veltheim Herr Vatter eine Ceſſion an Supplicaten auf dieſe damahls vertranſigirte und jetzo zur execution hervorwieſene Schuld der 3000 Reichsthaler ertheilen wollen, und er ſich deßwegen erkundiget, ob ſie ihm, wann er die Ceſſion acceptirte, die Bezahlung thun wollten, noch bona fide agnoſcirt, daß ſie dem von Veltheim annoch in tantam quantitatem obligirt, indem ſie von Supplicaten zu vernehmen verlangt, ob er das Capital noch etliche Jahr unaufgekündiget wollte ſtehen laſſen und vier pro Cento jährlich nehmen, darnach ihre Erklärung zu thun, alſo eo ipſo tacite bekennet des von Veltheim debitores pro illa quantitate annoch zu ſeyn.

10 Quæ tacita ipſorum confeſſio ex propriis literis elicita ein gnugſamer und überflüßiger Beweiß des an ſie a creditoris creditoribus prætendirten und in execution ziehenden debiti, quoad illum effectum, daß Supplicanten angehalten werden mittelſt Aydes anzuzeigen, ob ſie nicht Achatz von Veltheim mit der von Supplicaten wider ihn ausgeklagten und in ſubſidium juris zur execution her verwieſenen Summ der 3000 Reichsthl. Capital ſammt zuerkannten Zinſen, Koſten und Hülffs-Geldern verhafft, und ſolche gar oder zum Theil, als liquid, ihm von Rechts und Billigkeit wegen zu bezahlen ſchuldig ſeyn, juxta doctrinam Berlichii

part. 1. concl. 74. num. 30.

tradentis, quod debitor debitoris adſtringi poſſit mediante juramento manifeſtare, quid & quantum debeat ſuo creditori, ad inſtantiam creditoris dicti ſui creditoris, ad effectum imponendi arreſti, vel dandi præcepti de ſolvendo pro ea quantitate, quam debet.

Quam aſſertionem quoque comprobat ex adverſo allegatus

Mevius *tract. de arreſt. cap. 9. num. 38.*
ubi ait: *debitorem debitoris in judicio interrogari poſſe an & quantum debeat, ita, ut ſi ſic videatur judici, ſub juramento veritatem dicere cogatur.*

Ex quibus patet, id non modo in Gallia, ut ſupplicantes volunt, ſed & in Germania noſtra rectè ita practicari.

Und mögen ſich Supplicanten 4.) a neceſ- 11
ſitate juramentum hoc manifeſtationis præſtandi nicht aushalfftern mit der vorgeſchützten exception, da ſie melden, daß Achatz von Veltheim vor mehr dann 20 Jahren dieſer Forderung wegen bey dem Quartal-Gericht in der alten Marck Klag geführt und angeſtellt, dadurch nicht nur ihm, ſondern auch Supplicaten, als die ſich allein ex prætenſo debito deſſen jurium anmaſſen, der Weg an andere Gericht zu gehen præcludirt. Denn ob zwar die Regula iſt; ubi acceptum ſemel eſt judicium, ibi & finem accipere debet.

l. 30. de judic.

So hat doch ſelbige ihre vielfältige Abfälle, und unter andern auch dieſe merckwürdige limitation, niſi Prior judex protrahat judicium, aut judicare nolit.

Mev. *p. 1. dec. 164.* Brunnemann. *ad d. l. 30. de judic.*

Nun hänget Supplicanten eigenen Vorgeben nach die Sach bey dem Chur-Fürſtl. Brandenburgiſch. Altmarckiſchen Quartal-Gericht ſchon über die 20 Jahr, iſt alſo ja gar unverantwortlich ſo lange Zeit protrahirt worden, es haffte die Schuld bey den Partheyen oder bey dem Richter, der, wann es bey den Partheyen gehafftet, ihnen ſolchen Aufzug billig nicht hätte geſtatten, ſondern in contumaciam wider die Ungehorſame procediren ſollen, damit die Sach einſt zu Ende gangen wäre. 2. Iſt zumal aus den producirten Stücken der Actorum judicii illius nicht eigentlich zu ſehen, ob allda dieſe gantze prætenſion in lite befangen, oder was allda in controverſiam gezogen worden.

5.) Kan Supplicanten auch à delato jura- 12
mento nicht liberiren die vorgeſchützte Unwiſſenheit. Denn ſie nach Supplicaten Begehren mittelſt des ihnen deferirten Eydes anzeigen ſollen, ob- und was ſie Achatz von Veltheim liquido ſchuldig, wiſſen ſie nun und überzeuget ſie ihr Gewiſſen, daß ſie ihm was ſchuldig und wie viel ſolches, ſo ſind ſie es mediante juramento illo anzuzeigen verbunden, wiſſen ſie aber weder de ipſo debito, noch de quanto ejus etwas, ſo beſtättigen ſie dieſe ihre Unwiſſenheit mit dem juramento, und ſetzen ſich dergeſtalten, wann ſie ihr Gewiſſen recht in Acht nehmen, und nicht ſtudio dawider handlen in keine Seelen-Gefahr, wohl aber wann ſie dawider offenbarlich handeln.

Der Urſachen halber wir dafür gehalten, 13
daß nicht unbillig ſondern von Rechts wegen Supplicanten, damit Supplicaten, welche ſo

wohl

wohl ihr Principal Debitor, als Supplicanten allem Ansehen nach nur herum zu sprengen vermeynen, desto eher eins zu dem ihrigen gelangen möchten, das juramentum manifestationis, und zwar, damit sie sich dessen desto weniger zu beschwehren und zu wegern, præstito prius à Supplicatis juramento malitiæ, abzulegen condemnirt worden, und deßwegen die vorige Urtheil simpliciter confirmirt.

Weil aber Supplicaten immer ihnen auch die causirte expensas zu adjuciren gebeten, so haben wir, um willen solches, ob sie ihnen zu refundiren oder nicht, à casu præstiti vel recusati juramenti dependirt, selbige dahin reservirt, Prudenti Dn. Iudicis arbitrio es überlassend, Supplicanten in casu præstiti juramenti sed negati per illud debiti, davon zu absolviren, in casu autem præstiti perque illud expresse asserti debiti, gleichwie auch in casu recusati juramenti, dieselbe als tacitè confessos in easdem una cum injuncta solutione zu condemniren.

Welches wir ꝛc. Actum in Collegio nostro d. 5. Martii, 1688.

CONSILIUM XXII.

DE

Injuriarum Æstimatoria, ut & utili ex tertio Legis Aquiliæ Capite instituta Actione.

SUMMARIA.

NArratio Casus præmittitur a num 1. usque 25. incl.

26. Ostenditur & explicatur quid mutare libellum propriè dicatur.

27. Ex quo infertur, quod in substrato nulla libelli mutatio sit facta.

28. 29. 30. & 31. Cujus Rationes hic adducuntur.

32. De Jure Provinciali Württembergico extraordinaria Criminalis persecutio in processu injuriarum Libello semper tacite inesse præsumitur.

33. Quidnam ex hoc sequatur, ostenditur.

34. Exceptione mutati Libelli non fundata, judex causam principalem ex officio pro concluſa declarat.

(*) Ex petito de genere institutæ actionis judicandum, cujus ratio insimul adducitur.

35. Duæ diversæ actiones hic sunt institutæ.

36. 37. & 38. Quorum utraque hic explicatur, &, quid pro fine habeant, ostenditur.

39. In eodem libello ex communi Ddrum opinione validè cumulantur.

40. Cujus ratio hic subjungitur.

41. Actiones ad diversum finem tendentes se invicem non tollunt.

42. Actionis injuriarum requisita in quonam consistant?

43. Ut & actionis L. Aquiliæ?

44. 45. & 46. Actoris nudæ assertioni non creditur.

47. 48. & 49. Testi singulari insimulque animose deponenti magna fides haberi haud solet.

50. usq; 57. Testes numero plures unico, ut & mares fœminis, nec non extranei domesticis meritò præferuntur.

58. Propria confessio plus roboris habet quam mille testes.

59. 60. 61. 62. & 63. Ex testium depositionibus rerum circumstantiæ optime dijudicandæ ac ponderandæ sunt.

64. Crudeles Verberationes & percussiones injuriandi animum satis indigitant.

65. Actioni fundatæ Exceptio illius non competentis frustra opponitur.

66. Injuria verbis illata non statim verberibus est vindicanda.

67. Actio injuriarum æstimatoria quamdiu duret?

68. & 69. Quidnam sistat præscriptionis cursum & quare?

70. & 71. Exceptio cumulationis ineptæ cur in substrato locum non inveniat?

72. In processu injuriarum ad interesse publicum primo omnium respiciendum venit.

73. Injuriati tum injuriarum tum impensarum æstimatio communiter à judice moderari solet.

74. Actionis injuriarum natura exigit injuriantem in expensas condemnari.

75. Actione injuriarum æstimatoria conventum & per sententiam definitivam condemnatum infamia ipso jure sequitur.

76. Datur tamen Exceptio.

77. De Jure Provinciali Württembergico quid obtineat explicatur.

78. Injuriarum conventus an alterum pariter injuriarum reconvenire possit?

(*) Actio injuriarum æstimatoria & recantatoria in eodem libello rectè cumulantnr.

79. Animus injuriandi fundamentum est injuriæ.

80. Justum dolorem temperare difficillimum est.

81. 82. & 83. Actore non probante Reus absolvitur.

84. Sententia.

1 SJe vor deroselben Löbl. Stadt-Gericht in Sachen con- & reconventionis puncto injuriarum, damnique injuria dati sich haltend zwischen Jacob R. Burgern und Goldarbeitern Verklägern und Nachbeklagten eins; So dann Johann S. Burgern und Gast-Wirthen zum Lamm, Vorbeklagten und Nachklägern andern Theils ausgeübte, uns verordneten Decano und andern Doctoribus der Juristen-Facultät bey allhiesiger gemeiner Fürstl. Würtembergischer Universität um Ertheilung unsers Rechtl. Gutachtens ohnlängst überschickte und anjetzo hiebey wieder verschlossen mitkommende Acta haben wir mit gebührendem Fleiß durchlesen, alles reifflich erwogen und so viel anfänglich die Con-
2 vention oder Verklag concernirt befunden, wie daß ermeldter R. als Verkläger sich höchlich beschwehrt und geklagt, daß, als er den 3. Augusti 1684. um 9. Uhr Abends von Herrn Pfarrherrn von Dornstädten M. Georg Friedrich B. in allhiesiges Wirthshauß zum Schaaf beruffen worden, um mit ihm wegen seiner Tochter verlangter Hochzeit-Arbeit zu reden, und er hinkommen, den Pfarrherrn aber nicht gleich angetroffen, Beklagter ihn zwar zu seinen anwesenden Gästen niederzusitzen, genöthiget, weil es aber schon ziemlich spath, habe er sich dessen gewaigert, und des Pfarrherrns im Haus-Oehren erwartet, der eben auch gleich ankommen, ihn mit in die Stuben, und in das Cabinet darinn, genommen und ihm die Arbeit gegeben, hernach ihn bey der Mahlzeit behalten, da es einen Discours von dem Ungerland und dessen jetzigen Statu geben, wo der Wirth zum Schaaf gleich ohn einig dazu gegebene Ursach wider das Land und dessen Innwohner angefangen atrocissimas injurias & calumnias auszu-
3 stossen, mit Vermelden: Was müßten die s. v. Schelmen, die Ungarn seyn, es ist kein ärger Schelmen-Land unter der Sonnen, als das Ungerland, die s. v. Schelmen, wohnen nicht, wie andere Leuth in Häusern, sondern in Löchern, wie die Mörder, und ist kein ehrlicher Teutscher vor ihnen nicht sicher. Worüber VorA. als ein redlicher Ungar nicht schweigen können, sondern gantz glimpfflich geantwortet, er hätte gedacht, Hr. S. würde bescheidener von den betrangten Ungern reden, und weil er das Ungerland ziemlich durchzogen, werde er in Städten und Dörffern gute Policey-Ordnungen gefunden haben; benebenst hab VorA. den VorR. gefraget: Ob er denn alle Ungern meyne? worauf er geantwortet: Es wäre einer wie der ander, und wann VorA. sichs annehme, so möchte ers auch seyn wie sie: worauf VorA. weiters nicht regerirt, jedoch sein jus und compe-
4 tirende action sich wider VorR. vorbehaltend, als daß solches straffbahr wäre und überzeugten ihn die Teutschen Chronologiæ der Unwahrheit. Entzwischen sey Hr. Pfarrer von Dornstädten in die Red gefallen, und von Mongatzsch, Ungwar und Erzet gefraget, worauff VorR. seine Injurias wider die Ungarn gleich wieder continuirt und gesagt: Er wüßte die Ort wohl, wäre in selbiger Gegend bey einem Schelmen im Quartier gelegen, dessen Frau gleich frische Leilachen legen müssen, da er VorR. einsmals auf seinem Bett gesessen, als wann er unrein gewesen wäre, er VorR. habe aber den Schelmen braff tractirt und zu Lohn seine Frau s. v. hergenommen, mit welcher er, sie dazu zwingend, einen Ungarischen Pflug gemacht. Dabey er den Ungarischen Pflug gantz bestialisch ausgelegt, sagend, er mache es mit seiner Frauen auch so, es thue der Unholden wohl, welche darüber gelacht, worauff der anwesende Pfarr- 5
herr den VorR. bestrafft, und gesagt: das sey viel geredt, sich zu dessen Hausfrauen gewendet, sie auf die Schultern geklopfft und vermeldt: Ey, Ey, Fr. Geschwey, was sagt sie dazu, die aber solches mit crassen Augen unbeantwortet gelassen. Indessen VorA. obige Injurien wiedereingefallen, selbige zu Hertzen gezogen, absonderlich aber, daß kein Teutscher in Ungern sicher wäre, deswegen zu K. hiesigen Barbierern gesagt: wann alle Teutsche Soldaten ihre Quartier so schändlich mißbrauchten, wäre es kein Wunder, wann die Ungarn keinen mehr ansehen thäten; daß aber die Ungarn die Teutschen gern dulten, bezeugen die mit solcher Nation gantz voll besetzte und verbürgerte Plätze, wie dann er VorA. selbst von einem Teutschen sey erzielet worden. Nach solchem habe VorA. zwar 6
nacher Hauß gehen wollen, weil aber etliche Bediente aus dem Fürstl. Collegio ankommen und den VorA. gekennet, haben sie ihn mit Reden aufgehalten, worunter auch jetztmaliger Kuchenschreiber, welcher es dem VorR. mit folgenden Worten zugebracht: Ich bring dirs Bruder Schaaf-Lämmleins- und Scheer-Wirth, daß derentwegen VorA. gantz an nichts Böses gedenckend in Güte gefragt: warum sie den VorR. einen Scheer-Wirth hiessen, es sey viel geredt, welches als es VorR. gehört, er angefangen den VorA. über seine Läster-Zungen zu sprengen, ihn gedautzet und gesagt, was es ihn angienge, was er mit seinen Brüdern habe, ihn dabey einen Schelmen, Dieb und Neunundneuntziger geheissen, ob nun gleich VorA. genugsame Ursach gehabt hierauff zu retorquiren, habe er doch seine Affecten im Zaum gehalten, nichts Widerwärtiges entgegen gesetzt, sondern der gantzen Compagnie gute Nacht gegeben, Vorhabens alles am Morgen der ordentlichen Obrigkeit zu hinterbringen. Als aber VorA. kaum 7
in den mittlern Hausöhren kommen, sey ihm VorR. schon entgegen gangen und Ursach an ihn gesucht, ihn unter andern gefragt, warum er schon gienge, worauff VorA. gütlich reponirt, es wäre Zeit, er habe schon von einem Gerüchte gegessen, so ihm nicht geschmäcket, hätte es ihm nicht eingebildet, daß ihn VorR. vor einer gantzen Compagnie so verschimpffen würde, er wäre ja so gut, als VorR. darauff VorR. gleich wieder angefangen, ihn VorA. zu schänden und zu schmähen, sprechend: du Schelm du Dieb, was müßtest du mir gleich seyn, de-

nen

nen Schelmen, Dieben, Schuldenmachern in T.; bist du gleich und nicht mir, habe ihn zugleich die Stiegen hinunter werffen wollen, VorA. sey ihm aber entgangen, jedoch seinen Klauen
8 nicht gäntzlich entfliehen können, sintemalen VorR. von hinten auf ihn zugesprungen, ihn gewaltthätiger Weiß bey dem Schopff ergriffen, ihme den meisten Theil seiner Haare ausgerupfft, ihm sein Camisol und Hembd an dem Leibe zerrissen, ihn mit unmenschlicher Gewalt und Stärcke auf den Boden geworffen, ihme viel Streich gegeben, den Kopff ohne Maß auf das harte Pflaster geschlagen, und was das ärgste, so hab entweder des VorR. Keller oder der D. Metzger allhier, dem VorA. beede Hände gehebt, damit VorR. seine Grausamkeit desto mehr verüben können, wie er denn des VorA. Leib gantz zerquetscht und zerschlagen, daß er in zweyen Tagen kümmerlich s. v. den Urin reddiren können. Die lincke Seite habe er ihme so vertret-
9 ten, daß man seine beede Absätze an Schuhen noch des andern Tages darinnen gesehen, das eine Auge sey weit heraus gelegen, der Kopff und Gesicht voller Beulen gewesen, das Blut zur Nasen und Mund heraus geloffen, ja VorR. hätte VorA. gäntzlich ermordet und umgebracht, wann nicht der K. auf des VR. Frauen Zuruffen zu Hülff kommen wäre, und den VorR. weggerissen, welcher doch nicht nachgelassen, sondern den VorA. von der Haußthür bis zu dem Stall geschleifft und jämmerlich mit Füssen
10 gestossen: In Summa VorR. habe VorA. dergestalt tractiret, daß man nicht anders gemeint, er werde davon crepiren, wie dann VorA. in die 4 Wochen müssen das Bett hüten und lange Zeit geronnen Blut ausgeworffen. Und welches das allerärgste, so hab R. dem A. ein damnum permanens zugefügt, indem er seiner Arbeit und Kunst nicht mehr wie zuvor vorstehen könne, absonderlich könne VorA. das Feuer nicht recht dulten, da doch bekannt, daß er die kostbareste und einträglichste Sachen bey dem Feuer verfertigen müsse, über das hab VorA. grossen Schwindel in Kopff bekommen und zur Zeit Ungewitters fühle er neue Schmertzen.
11 Woraus erhelle, daß VorR. den VorA. nicht allein realiter & verbaliter injurirt, sondern auch ihme einen grossen und noch dazu bleibenden Schaden zugefügt, dahero ihme VorA. actio injuriarum & utilis ex tertio Legis Aquiliæ Capite competire, quæ in uno eodemque Processu ventilari possint; Sey demnach sein VorA. dienst-rechtliches Bitten zu erkennen und zu sprechen, daß VorR. dem VorA. pro injuriis & damnis præteritis, præsentibus & futuris 100 Ducaten salva taxatione & salvo interesse Serenissimi zu erlegen schuldig und verbunden seyn solle ꝛc. Implorato Nob. Jud. officio.

12 Auf welche Klag VorR. litem negative, negando narrata prout narrata; contestirt, in specie widersprochen 1. daß er das gantze Ungerland mit allen und jeden dessen Innwohnern, auch die sich deren annehmen geschmäht.

2. daß er sich gerühmt seinen Wirth als einen Schelmen dadurch prav tractirt zu haben, daß er dessen Frau zum Lohn hergenommen, mit derselben schandbare luxuriam begangen, dieselbe bestialisch ausgelegt, und noch dazu bekannt, daß er dergleichen auch mit seiner Frau verübe. 3. daß VorR. den VorA. weil er sich dessen angenommen, daß die damalige Gäst aus dem Fürstl. Collegio des VorR. gute Freund ihne Schertz-weys so und so genennt, gedautzt, und dazu einen Schelmen und Neunundneuntziger gescholten. 4. daß VorR. den VorA. im Fortgehen draussen ferner wort- und thätlich injurirt und den libellirten Schaden zugefügt
13 habe; Das Factum also erzehlend: Es hab Hr. Pfarrer von Dornstädten bey VorR. m. Aug. 1684. sein Einkehr genommen, gegen Abend aus und seinen Geschäfften nachgangen, zwischen solcher Zeit sey VorA. hinkommen, deme VorR. beditten, er solle nach dem Essen wiederkommen, oder in die Stuben hineingehen. Auf diese und fernere Ehren-halber beschehene wenige Invitation habe VorR. sich gleichbalden mit Hrn. Pfarrers Tochtermann zu Tisch gesetzt, und dessen Wiederkunfft bey dem Wein in der Stuben am Tisch erwartet, auch bey dem Essen nachmahls geblieben, und sich den Wein wohl schmecken lassen. Unter wehrender Mahlzeit sey nach zerschiedenen der Discours auf Ungern gerathen, von welchem VorR. wie er nicht in Abred, weil ihm in die 4 Jahren, so er drinnen sich aufgehalten, wenig Guts wiederfahren, nicht viel angenehmes rühmen können, massen fast Welt-kundig, daß die Teutsche von selbiger Nation auf das eusserste angefeindet und verfolget werden, welches aber
14 mehrentheils von dem Pöbel zu verstehen. In solcher Meynung und Verstand nun sey VorR. ohnwissend, daß VorA. ein Unger sey, weil er den Hrn. Special von Freudenstatt seinen Vettern genennet, in diese Wort ausgebrochen, daß Ungern ein schlimmes und böses Land sey, (wegen des Pöbels und Lands-Innwohnern grossen Theils,) und wie wir Teutschen auf dem Land in Häusern wohnen, so enthalten sie sich daselbst in Löchern; Womit aber VorR. weder die gantze Nation noch jemand in particulari von selbiger Nation an Ehren anzugreiffen im Sinn gehabt, und wann dem schon also wäre, könnte doch VorA. sich ohn habenden Gewalt von der gantzen Nation nicht actis injuriarum anmassen, ihre vermeyntlich lædirte Reputation zu vindiciren, besonders da obige Reden vom VorA. nicht widersprochen, noch der geringste Widerwill von ihm vermerckt worden, sondern al-
15 lerseits gute Verständnis gewesen. Auf Hrn. Pfarrers Fragen nach Mongatsch, Ungwahr, habe VorR. geantwortet, daß er solche Ort wohl wisse, weil er in selbiger Revier bey einem Husarn im Quartier gelegen, der die Teutsche nur verfluchte Hunds-Seelen gescholten, VorR. sey einsmals nur auf dem Lotter-Bett gesessen, da hab er gleichbald seiner Frauen befohlen, das Bett weiß zu überdecken, als

wann er durch VorR. verunreiniget worden wär. Obwohl nun VorR. dieses Husaren als eines gegen die Teutschen feindseeligen Schelmen Erwehnung gethan, so hab doch VorA. solches nichts angegangen, massen ers auch nicht resentirt. Gleichwie aber VorR. mit dieses Husarn Weib niemahls nichts ungebührliches, vielweniger die angebrachte luxuriam begangen, also werde dieser Bezücht als eine unerträgliche und in Curia coram Dn. Judice wiederhohlte und beharrete atrocissima injuria zu Gemüth gezogen, und derhalben alle rechtliche Mittel vorbehalten.

16 Als man vom Tisch wieder aufgestanden, und unter andern Gästen auch der Oettingische Cammer-Diener S. zugegen gewesen, hab VorR. demselben, als seinem bekannten guten Freund und Bruder eines zugebracht, und aus Vertrauligkeit denselben geduzet. Darüber VorA. so neben ihm gestanden, alsbald, als wann er durch sothanes Duzen wäre gemeynt und lædirt worden, im Zorn aufgefahren und vermeldet, er hätte mit VorR. die Schwein nicht gehütet, was VorR. seyn sollt, er VorA. sey ein Künstler, VorR. aber nur ein Wirth, neben viel andern Anzüglichkeiten, dem VorR. mit aller Sanfftmuth begegnet und gebeten, weil er mit vorgemeldter Vertraulichkeit nicht sey vermeynt gewesen, sich nicht also unnöthig zu erzürnen, der aber immerfort mit VorR. expostulirt, und ihn mit vielen empfindlichen Reden vor den anwesenden Gästen verschimpfft, derhalben VorR. ihn in gutem heissen nach Haus gehen, weil mit ihm als einem Trunckenen nichts anzufangen wäre, dessen ohngeacht er doch geblieben, und sein Gezänck des dutzens wegen continuirt, bis ihn die Gäst überredt und gestillet, daß er mit dem
17 dutzen nicht gemeint worden. Drauff er dem VorR. die Hand geboten, und um Verzeihung gebetten, da solches geschehen, hab VorR. in Schertz und Lachen gesagt, man müste ja aus seinem bisherig ohnnöthigen Gezäncke verspühren, daß er ein Neunundneuntzger. Worüber VorA. nichts geandet, sondern neben andern mit gelacht. Als VorA. endlich heimgehen wollen, hab R. aus guter Meynung ihm das Geleit gegeben; da aber VorA. auf die untere Staffeln gekommen, hab er unter andern schimpfflichen Reden gegen R. herauf gerufen: Man kennet den Schaff-Wirth wohl, was er für ein sauberer Gesell sey ꝛc. darüber VorR. auch die Stegen hinunter gesprungen, willens, VorA. mit guter Manier aus dem Hauß zu schaffen, damit bey Anhörung weiter schimpfflicher Reden keine weitere Ungelegenheit
18 erfolge: VorA. sey ihm aber alsbald in die Haar gefallen, und sich mit seinen Händen dergestallt darein verwickelt, daß VorR. sich mit Anwendung aller seiner Kräfften nicht von ihme loswürcken, ja schwehrlich durch den zu Hülff gekommenen D. aus seinen Klauen geschieden werden können, dabey VorA. den VorR. über die massen geschändet, ihn einen Schelmen, Dieb und Mörder, wie er bereits in Curia gegenwarts seines Advocati bekennet, gescholten.

Wie nun hieraus leicht abzunehmen, daß 19
VorA. auf keinerley Weyß befugt wider VorA. einige Klag anzustellen, also werde ihm auch forderist opponirt 1. exceptio non competentis actionis, tam ratione actionis injuriarum ob defectum requisitorum, quam act. ex L. Aquilia, quoniam in ea damnum culpa datum cum culpa accipientis compensatur, um so mehr, da er ihm als authori rixæ es gantz zuzumassen, wann er einig damnum empfangen. 2. Exceptio præscriptionis ratione actionis injuriarum, quæ annalis tantum. 3. Exceptio ineptæ cumulationis, cum actio injur. & L. Aquiliæ non cumulative sed elective saltem concurrant. Welchem nach VorR. gebeten, ihn von angestellter Klag cum refusione expensarum zu absolviren.

So viel dann die Nachklag belangt, hat Vor- 20
R. reconveniendo VorA. angebracht und geklagt, daß derselbe ihn in seiner Behausung in Gegenwart ansehnlicher Gäste nicht allein mit sehr empfindlichen Stachel-Reden, daß man VorR. und NachA. wohl kenne, was er vor ein sauberer Gesell sey, daß er VorA. mit NachA. keine Schweine s. v. gehüttet, daß er ein Künstler, NachA. aber ein Wirth sey, angegriffen, sondern auch gar einen Schelmen, Dieb und Mörder gescholten: Und noch darzu ohn gegebene Ursach da NachA. ihn nur mit guter Manier, Ohnheil zu verhüten, zum Hauß hinaus zu thädigen gemeint gewesen, ihm in die Haar gefallen, sich dergestalt darinn verwickelt, daß man seine Hände fast nimmer daraus bringen können, und ihn also zerrissen, daß er lange Zeit grossen Schmertzen im Kopff und Leib empfunden, über diß alles noch den NachA. vor dem Herrn 21
Richter fälschlich, calumniose und injuriosissime in seiner Klag angegeben, ob hätte er sich nicht allein berühmt in Ungarn eine solche luxuriam, quam scelus est verbis exprimere, begangen zu haben, sondern begehe solche auch noch mit seiner Haußfrauen, welches alles und sonderlich das letztere NachA. nicht ohnbillich höchstschmertzlich zu Hertzen dringe, deßwegen er gehorsamst bitte in Rechten zu erkennen, daß NachR. nicht geziemt noch gebührt NachA. erst narrirter Massen zu beschimpffen, zu schänden, zu schmähen, zu vergewaltigen, und vor dem Herrn Richter selbst also fälschlich zu diffamiren, sondern damit zu viel und unrecht gethan, und derowegen NachA. solcher allergifftigsten Injurien halber neben einem resp. offent- und schrifftlichen Widerruff, 100 Ducaten, als so viel er lieber und wohl ein mehrers von dem Seinigen entbehren, als diese nachgeklagte Schmach auf sich ersitzen lassen, wollte, pro aliquali satisfactione zu entrichten und zu bezahlen schuldig seyn solle mit Abtrag aller Kosten ꝛc.

Auf welches hin, nach von NachR. beschehe- 22
ner litis contestation negativa in reconventione, mit dienstlicher Bitte, weil sich das geringste

ringste nicht darinn wahrgründlich befinde, ihn NachR. von der Nachklage cum expensis zu absolviren, beyde Theil sich auf das punctum probationis gelenckt, und nachdem die Rotuli Examinum Testium eingekommen, haben sie sich in po. contumaciæ mit Schrifftwechseln so lang aufgehalten, biß der Herr Richter ihnen injungirt, bey befahrender Gerichts-Straffe in der Haupt-Sach zu procediren, worauf sie sodann ihre resp. Defensions- Confutations- und Reprobations- Schrifften, auch ferner VorA. seine Eventual-Schlußschrifft eingegeben, weil aber VorA. in dieser angebracht, daß
23 VorR. aus seinem wider ihn habenden Zorn- Gall- und schmachsüchtigen Gemüth sich nicht gescheuet, erst durante hoc Processu, als sie auf eine Zeit auf dem Rath-Hause vorgewesen, in præsentia &c. Herrn Obervogts, Herrn Untervogts und etlicher des Gerichts, da VorR. bloß zuvor in adyto Justitiæ den VorA. einen Bernheuter geheissen, darauf zu beharren, daß er solches ausgegossen, und deßwegen VorA. diese neue ihm zugefugte atrocissimam injuriam in loco sancto Justitiæ factam, & coram Judice repetitam & approbatam zugleich zu considerirten, und VorR. desto härter zu con-
24 demniren, gebeten, hat VorR. und NachA. de mutato libello excipirt, und gebeten, interlocutorie zu erkennen, daß wegen vorgenommener Mutation VorR. ab instantia una cum refusione expensarum zu absolviren, hergegen VorA. da er VorR. fernern Spruchs zu erlassen nicht gemeint, die dato verursachte Kosten und Schaden vor all fernerer Handlung zu refundiren schuldig, auch sonsten in reconventione gebetener Massen condemnirt seyn solle &c. Welche opponirte Exception libelli mutati VorA. und NachR. Rechtlich abzuleinen gesucht, und endlich beyde Theil in hoc puncto VorA. aber zugleich in principali eventualiter, submittirt.

25 Hierüber nun unsere beywohnende Rechtliche Gedancken zueröffnen, so ist forderist zu erwegen: Ob dißmal allein in puncto oppositæ exceptionis mutati libelli eine Interlocutoria zu publiciren oder in causa principali definitive zu sprechen? Da wir unsers Orts, salvo semper cujusvis melius sentientis judicio, dafür halten, daß nicht nur bloß in puncto exceptionis mutati libelli interlocutorie, sondern insuper habita exceptione illa causa ex officio pro concluſa anzunehmen und in principali definitive zu sprechen. Denn VorA. und NachR. nichts weniger gethan, als priorem suum libellum mutirt.

26 Enim vero mutare libellum dicitur, qui relicta vel repudiata veteri instituta actione novam intentat, sive rem petitam, causamque petendi originalem mutat, à qua libelli mutatione omnino discernenda ejusdem emendatio ad definitivam usque licita, (secus ac illa, ad litis contestationem usque saltem permissa) qua tantum mendum vel error tollitur, aut defectus suppletur, salva manente principali substantia conclusionis.

Dd. ad §. 35. Inst. de action.

Nun hat hier VorA. seine erste intendirte 2
Action nicht abandonirt oder verlassen und an deren Stell eine andere in Eventuali submissione instituirt, also rem petitam, causamque petendi originalem mutirt, sondern allein eine neue lite super prioribus jam cœpta wieder VorA. erst ausgegossene Injuria, so VorR. selbst vor ꝛc. ꝛc. Herrn Obervogt, Herrn Untervogt und einigen des Gerichts gestanden, laut Extracts Vogtamtlichen Protocolli de dat. 20. Octobr. 1684. sub lit. Aa. Num. act. 28. den vorigen in libello geklagten Injuriis hinzugethan und gebeten, dieselbe mit und neben selbigen zu considerirten, und VorR. deßwegen desto härter zu condemniren, welches durchaus kein mutationem libelli inferirt, sondern optimo maximo jure ohn einige Befahrung der in casu post litem contestatam mutati libelli sonst zu thun habender Refusion der vor aufgegangenen Kosten, geschehen könne, argumento eorum, quæ scribit

Gylman. *tom. 3. in verb. injuria ex actu judic.*

Quod injuria ex actu judiciali procedens in 28
eodem judicio proponi & terminari debeat.

Item Tilemann. de Benign. *in dec. relat. Syntagm. 3. dec. 2. vol. 10. n. 34. pag. 62.* dicens: Cameram Imperii punire Advocatos ob injurias & convitia in judicio dicta, inque eo satis fundatam ejus jurisdictionem, neque opus esse, ut ordinarius & novus instituatur Processus & in hoc angustetur authoritas & jurisdictio Cameræ contra expressa jura & constitutiones.

Si hoc in Advocatis ita obtinet, ut sine 29
novo Processu ob injurias adversæ parti illatas puniri possint, cur non etiam in ipsis Principalibus litigantibus locum inveniret, præsertim cum statim post illatam injuriam condemnatio fieri possit, si notoria est, uti est omnis, quæ in judicio s. coram actis infertur aut repetitur.

Mev. *p. 5. dec. 374. n. 8. 9.*

Und ligt nichts daran, es habe VorA. mit der deß- 30
halben gebetenen härtern Condemnation gleich auf das Interesse publicum Serenissimi oder sein privat Interesse, und die ihm vi actionis æstimatoriæ adjudicirende Æstimation gesehen, denn so wohl des Interesse publici als privati vorhin in libello conventionis schon expresse gedacht worden, als worinn das Petitum ausdrücklich dergestalt eingerichtet, daß VorA. gebeten zu erkennen und zu sprechen, daß Beklagter dem Kläger pro injuriis & damnis præteritis, præsentibus & futuris 100 Ducaten, (salva taxatione & salvo interesse Serenissimi) zu erlegen schuldig und verbunden seyn solle; Also in Eventuali submission kein neues Pe- 31
titum geschehen, noch eine neue Action, die nicht vorhin intentirt gewesen, instituirt worden, sondern nur ob novam injuriam ein Augmentum pœnæ gebeten; Ja wann VorA.

des Intereſſe publici in der Klag vorhin auch gantz nicht gedacht, und in der Eventual-Schluß-Schrifft propter novam illatam injuriam, & quidem in judicio erſt extraordinariam perſecutionem criminalem prius inſtitutis actionibus injuriarum adjungirt hätte, könnte doch VorA. deßwegen nicht gefahret, novum libellum zu offeriren und VorR. die aufgewandte Unkoſten abzutragen angehal-
32 ten werden, weil in Jure Provinciali Würtembergico

p. 1. tit. 77. §. im Fall aber. Hoffger. Ordn. p. 3. tit. 25. §. 2.

ohne dem den Fürſtl. Beambten ſpecialiter anbefohlen, daß ſie in Schmachſachen Gnädigſter Herrſchafft Intereſſe auch ex officio, wann die Partheyen ſelbiges gleich nicht gebeten, beobachten, und den ſchuldigen Theil mit gebührender Straffe anſehen und belegen ſollen, demnach extraordinaria perſecutio ipſa vi Statutorum Würtenbergicorum tacite allzeit mit den ab actore pro ſuo intereſſe inſtituirten actionibus injuriarum in eodem li-
33 bello cumuliret iſt, dahero für keine præjudicirliche Aenderung der Klag gehalten werden kan, wann etwan der Kläger bey ſeinem Anfangs gethanen petito bleibend, auch deren poſt litem conteſtatam Meldung thut, und expreſsè bittet, Beklagten zumahl ob novam cœpta jam lite illatam vel reiteratam injuriam extra ordinem mit der gebührenden
34 Straffe anzuſehen. Der Urſach wir denn nochmahls erachten, daß non attenta exceptione mutati libelli, als die nur zu Auffenthalt der Sachen angeſehen, die Haupt-Sach ex officio pro concluſa anzunehmen, und darinn definitive zu ſprechen, um davon zu kommen, und die Unköſten, ſo ohne dem ſich ſchon auf ein ziemliches belauffen, zu beſchneiden. Was nun dieſelbe anlangt, ſo meldet VorA. ſelbſt in ſeinem libello, gibts auch klar das darin in fine enthaltene petitum,

(*) (ex quo de genere inſtitutarum actionum judicandum, tota enim libelli vis in concluſione & petitione tanquam in cardine verſatur, ita ut non attendatur, quid, quale quantumque narretur, ſed quid & quantum ex narratis concludatur atque petatur: concluſio namque & petitio regulat, ampliat, & determinat totam actionem oſtenditque, quænam actio ab actore in judicium ſit deducta.

Angel. *in §. ominum. n. 9.* ibi Jaſon *n. 128.* Zaſ. *n. 21. ſeq.* Schneidvvin. *n. 117. ſeq. Inſt. de action.* Gail. *1. obſ. 61. n. 13.* Burſat. *vol. 3. Conſ. 234. n. 3.* Hier. Schurff. *cent. 1. Conſ. 81.* Mev. *Conſ. 35. n. 43.*)

35 daß er actionem injuriarum æſtimatoriam cum actione utili ex tertio capite legis Aquiliæ intentirt,

36 quarum illa odio injuriantium ad eorum petulantiam & malitiam coërcendam a Prætore ex juſtiſſima ratione introducta injuriam paſſis illatam ſibi injuriam certa pecuniæ ſumma æſtimare, illiusque æſtimationis a judice moderatæ adjudicationem petere licet, ut hanc interim habeant injuriæ ſuæ ultionem, quanquam alias fama & exiſtimatio nullam plane recipiat æſtimationem.

§. 7. Inſt. de injur. ibi Dd. imprimis Harpprecht. *n. 12. & ad §. 10. n. 2. l. 17. §. 2. l. 37. §. 1. ff. eod.*

Hac ex mente legis Aquiliæ inter alia agit 37 liber homo per injuriam ab alio vulneratus ad damni ſibi dati reſtitutionem & quamvis etiam liberum corpus nullam recipiat æſtimationem, nec patrimonium per liberi hominis vulnerationem deminuatur ſicque locum non invenire poſſe videatur Legis Aquiliæ actio

l. 5. §. 5. de his qui dejec. vel effud.

attamen reſpectu operarum, quibus vulne- 38 ratus caruit ac cariturus eſt in poſterum, item propter impendia in curationem facta ipſius patrimonium quodammodo deminutum cenſetur & hinc ſaltem utilis ex mente legis vulnerato accommodatur actio.

l. 5. in fin. l. 7. pr. l. 13. §. 3. l. 27. §. 17. ad L. Aquil. l. ult. de his qui dej. vel effud.

Welche beyde actiones, daß ſie uno eodem- 39 que libello & Proceſſu auch wohl, wie hier geſchehen, können inſtituirt und cumulirt werden, faſt communis Dd. opinio iſt, ſo beſtärcket wird

l. 34. pr. de Obl. & Act. vid. Schneidvvin *ad §. 10. Inſt. de injur.* Perez *ad c. tit. de L. Aquil. n. 4.* Weſenbec. *tit. de injur. n. 14.* ibi Hahn. C. J. A. *ad tit. de L. Aquil. th. 21.* Bocer. *cl. 4. Diſp. 2. th. 51.* Gail. *1. O. 63. n. 9.* Græven. *1. Concl. 63. conſ. 1. n. 1.* Mynſ. *c. 1. O. 25.* Carpz. *p. 4. c. 42. d. 16. n. 36.* Mev. *ad Jus Lub. p. 4. tit. 4. art. 3. n. 3. inf.* Umm. *ad Proc. Diſp. 16. th. 14. n. 66.*

und ſo viel eher ſtatt findet in hac utili legis 40 Aquiliæ actione, quæ mere rei perſecutoria eſſe videtur, quod & de directa jam Dd. fere ad unum omnes tradunt, communi ore docentes, Juris Civili inductum damnum datum æſtimandi modum, cujus intuitu de Jure Civili eſt mixta pœnalis, hodie non amplius obſervari, adeoque Legis Aquiliæ actionem moribus merè rei perſecutoriam eſſe, ut ſic tanto minus naturæ ejus repugnet cumulari cum actione injuriarum æſtimatoria ceu mere pœnali, poſtquam indu-
bium & ab omnibus agnitum Juris commu- 41
nis eſt principium: Concurrente actione mere pœnali cum rei perſecutoria alteram per alteram non conſumi aut tolli, ſed utraque experiri licere, quia ad diverſa tendunt & diverſum habent finem.

per txx. l. 7. §. 1. de cond. furt. §. fin. Inſt. de oblig. quæ ex dol. naſc. l. 54. §. 3.

§. 3. de furt. l. 34. §. 2. de obl. & act. l. 45. pro soc. l. 44. de O. & A. l. 29. depos. l. 42. locat. Struv. *Ex. 46. th. 97.*

Nachdem dann solches allerdings unstrittig, daß nemlich diese beyde remedia, insonderheit heutiges Tags, cumuliret werden können, ist unnöthig sich darinn länger aufzuhalten, sondern nunmehro ferner zu sehen, ob deren Fundament und requisita von VorA. zu rechtlicher Gnüge beygebracht sey? Es sind aber die requisita actionis injuriarum diese

42

1. ut aliquid dictum vel factum sit in alterius contumeliam vel contemptum, 2. eo animo, eaque intentione & fine, ut alterius fama, existimatio vel dignitas lædatur, ipseque ludibrio habeatur

B. Lauterbach. *Disp. de injur. th. 21. 22.* Carpz. *p. 2. q. 97. n. 1.*

43 Legis Aquiliæ fundamentum und requisita seyn

1. ut damnum aliquod actori illatum. 2. ut damnum illud injuria h. e. non jure datum sit, dolo scil. vel culpa adversarii

§. 2. 3. seqq. 13. Inst. de L. Aquil. l. 5. §. 1. l. 30. §. 3. ff. eod. Schüz *in Compend. Lauterbach. ad d. t.* Mev. *p. 5. dec. 365.*

44 Nun hat VorA. zwar articulirt, daß, als ihn den 3 Augusti 1684. Hr. Pfarrer von Dornstädten spath ins Schaffs-Wirths-Haus holen lassen

Test. 1. 2. 3. ad Prob. 1.

wegen seiner Tochter verlangter Hochzeit-Arbeit mit ihm zu reden

dd. Testes ibid.

und ihn bey dem Essen behalten

Test. 2. 3. ad Prob. 3.

da es unter wehrendem Nacht-Essen einen Discours von Ungarn und dem itzigen Kriegswesen gegeben

Test. 2. 3. 4. ad Prob. 8.

45 VorR. gleich ohn einig gegebene Anlaß wider das Ungerland und dessen Innwohner ohn Unterscheid abscheuliche Lästerungen ausgestossen, sagend, es sey kein ärger Schelmen-Land unter der Sonnen, als das Ungerland, die Schelmen wohnen nicht, wie andere Leute in Häusern, sondern in Löchern wie die Mörder, und sey kein ehrlicher Teutscher vor ihnen sicher

in Prob. 9. 10.

und als VorA. als ein redlicher Ungar sie wegen ihrer guten Policey-Ordnung glimpfflig

46 defendirt, und VorR. ferner gefragt: Ob er denn alle Ungarn meyne? Er VorR. ihm vermessen geantwortet: Es wäre einer wie der ander, sie wären alle Schelmen, und wann er VorA. sich deren annehme, so sey er auch einer.

in Prob. 11. 12. 13.

Es bejahet aber diß letztere keiner von den producirten Gezeugen, ausser

47 *Teste 8. die des VorA. Dienst-Magd illo tempore gewesen, und ihrem Herrn heim zu zünden ins Wirths-Haus kommen.*

welche ausdrücklich bey ihrem Eyde deponirt 48

ad d. art. Prob. 9. 12. 13. eorumque Interrogatoria

daß VorR. gesagt, das Ungarland sey ein rechtes Schelmen-Land, die Ungarn seyn alle Schelmen, und auf VorA. Befragen: Ob er denn alle meine? respondirt ja, er meyne alle, und wann er sich deren annehme, so sey er auch einer, sie habe die Reden von VorR. gehört, und erinnere sich deren noch in allem so wohl, als wann es erst gestern geschehen, ausser, daß sie vom Wort Mörder sich nichts besinnen könne, da er gesagt haben solle, sie wohnen in Löchern, als wie Mörder; sondern die übrigen Gezeugen sagen alle, daß sie nichts davon wissen, daß er VorR. zu VorA. solle gesagt haben, daß die Ungarn alle Schelmen seyn, und wann er sich deren annehme, sey er auch einer, daß er gemeldt: Ungarn sey ein schlimmes oder Schelmen-Land, es gebe solche Schelmen und Diebe, die sich in Schlupff-Löchern aufhalten, wie die Mörder, und passen auf die Leute als Raub-Vögel, halten die Teutschen nur vor Hund, und achten sie vor unrein ꝛc. haben sie wohl gehört, 49 50

ut deponunt Test. 2. 3. 4. ad Prob. 9. & 10.

nicht aber daß er gedacht, es wären alle Ungarn solche Schelmen, saint allen denen, die sich ihrer annehmen, und also auch VorA., wann er sich deren annehme. 51

So hat ferner VorA. zwar articulirt, daß da nachmahls einige Bediente aus dem Fürstl. Collegio hinkommen, und einer von ihnen es dem VorR. mit diesen Worten zugebracht, ich bring dirs Bruder, Schaff-Lämmlins-und Scheer-Wirth, darüb VorA. in guter Meynung gefragt, warum sie VorR. einen Scheer-Wirth heissen, es sey viel geredt, VorR. gleich anfangen VorA. zu tautzen, zu schänden und zu schmähen, sprechend: was gehts dich an, was ich mit meinen Brüdern hab, du Schelm, du Dieb, du Neunundneunziger 52

art. Prob. 25. 26. 27. 28.

Es hat aber wieder keiner von den Gezeugen das tautzen, schänden, schmähen, Schelm- und Diebs-Schelten bestättiget, ausser besagte Testis 8. so solches in specie confirmirt ad 53

Prob. 28.

sondern es sagen die übrige einmüthig, daß da der Fürstl. Oetingische Cammer-Diener es VorR. vorbeschriebener massen gebracht gehabt, und er es ihm bey VorA. sitzend bald wieder zuruck gebracht, ihne gedautzt und gesagt: da ich bring dirs, VorA. vermeinet, daß er ihn dautze, gleich aufgestanden und gesagt: Er habe mit VorR. nicht die Säue gehüttet, und ob wohl VorR. geantwortet: Er habe ihn ja nicht gemeinet, sich doch nicht zu frieden geben wollen, biß ihm alle Beysitzende zugesprochen, er solle doch zu frieden seyn, er sey ja nicht damit gemeint, drauf er sich zu frieden geben, VorR. die Hand gereicht, und um Verzeihung gebeten, der dann nach Aussag 54

Test. 2. 4. 5. 6. 7. ad Prob. 28. & Interr. Test. 1. 2. 3. 4. 6. ad Def. 11.

55 mit lachendem Mund gesagt, itzo sehe man, daß er ein Neunundneuntziger sey, welches er wieder übel empfunden, und aufgestanden, sagend, das sey so viel, als einen Narren gescholten.

Test. 5. ad Int. 7. Prob. 28. Test. 7. ad Int. 2. d. Prot.

56 Er sey nicht des VorR. sondern des Pfarrherrns wegen gekommen, er sey so gut als VorR. und wisse man wer er VorA. und wer VorR. sey, man kenne ihn und kenne VorR., habe damit eine gute Nacht gegeben, und sey fortgegangen.

Test. 2. ad Prob. 31. Test. 4. ad Prob. 3. Test. 3. ad Prob. 13.

57 Demnach die von VorA. geklagte ärgste injuriæ verbales bloß durch die eintzige achte Gezeugin erwiesen, die kein plenam, imo ne semiplenam quidem fidem machen kan, da so viel andere dagegen seyn, die näher um den VorA. und VorR. gewesen, und doch nichts davon gehört zu haben bey ihren Pflichten und
58 Ayden asseriren. Daß er VorR. ihn VorA. aber einen Neunundneunziger geheissen, hat er selbst nicht abgeläugnet, sondern in seine Defensionales mit hineingebracht, deßgleichen hat er selbst vor Ihro Gnaden Herrn Ober-Vogten, Herrn Unter-Vogten und etlichen des Raths gestehen müssen, daß er VorA. auf dem Rathhauß einen Bernhäuter geheissen, laut ob-allegirten Extracts Vogt-Amtlichen Protocolls.

59 So ist auch VorR. dessen gnugsam überwiesen, daß er VorA. ohn gnugsame Ursach im fortgehen verfolgt und injuriosissimè mit Schlägen tractirt, gestalten

Testis 10. ad Prob. 32. 35. 37.

deponirt, daß, da VorA. fortgegangen, und ihm der Keller gezündet, sey ihm VorR. nachgefolgt, und zwar schnell neben Zeugen hernach raus gelossen, unten aber auf dem Absatz der Stieg den VorA. noch erwischt, und die noch übrige vier Staffeln ohngefehr, ohn daß er einige Red und Gegenred gehört vollend mit Gewalt beym Arm hinunter gezogen, es sey zwar unten ein brennend Licht geweßt, sey aber gleich verlöscht worden, und alles unters über
60 sich gegangen. Von dem zwar

Testis 9. ad Prob. 33. 34.

in so weit different ist, daß er sagt, daß VorA. im hinuntergehen der Stiegen gesagt, es ist das beste, man kennet mich, und kennet den VorR. Schaafwirth; doch kommet er mit ihm darinn überein, daß er meldet, daß VorR. bloß auf diese Rede, die doch eigentlich kein Injuriam in sich hält, ihm VorA. herunter nachgefolgt, und es alsbald unters über sich gangen. Mehr deponirt

Testis 8. ad Prob. 33. 34. 35. 36.

61 daß da VorA. zu VorR. gesagt: Er hätte nicht vermeint, daß er ihn so beschimpffen würde, er VorA. sey ja so gut als er VorR. dieser gleichbalden gesagt: Du Schelm, du Dieb, du Schuldenmacher, was solltest du mir gleich seyn, denen Schuldenmachern bist du gleich, und auf repliciren des die Stiegen hinunter gehenden VorA. man kenne den VorA. und kenne den VorR. die Stiegen in einem Sprung hinunter gesprungen, über VorA. wie sie ferner ad Prob. 37. aussagt, kommen, ihn zu Boden gerissen, welches gleich geschehen gewesen, weil VorA. nur Pantoffeln angehabt, ihme viel Streich und Schläg mit der Faust versetzt, das Gesicht auf das Pflaster hingestossen und auf ihn gekniet, daß sie nicht anders gemeint, als er würde ihn gar umbringen, weßwegen sie immerzu geruffen, man sollte VorA. nicht gar umbringen.

Deßgleichen attestirt 62

Testis 2. ad Defens. 18.

daß er VorR. den VorA. gehen zu lassen zugesprochen und ihn halten wollen, aber nicht können, ob er gleich ihn besser zu heben, das Licht auf der Stiegen von sich fallen lassen, sondern VorR. ihm ausgerissen und VorA. hinunter nachgeloffen, da er nun ein ander Licht, und des VorR. Frau gehohlet und hinunter kommen, seyen sie beyde schon auf den Knien gehockt, und die Hände in den Haaren verwickelt gehabt, VorR. den VorA. geschlagen, ihm etliche kräfftige Ohrfeigen gegeben und das Camisol am Leib zerrissen ꝛc. darüb auch VorR. Frau und K. darzu kommen, da man sie dann von einander gebracht. Wie solches auch K. bezeugt, sagend, 63
daß er den VorA. aufm Boden kniend, VorR. aber in etwas gebuckts stehend angetroffen, da VorR. den VorA. von unten auf hin nach der Nasen und Gesicht geschlagen

ceu Testis 3. ad Defens. 18.

und zwar dergestalten, daß er grausam geblutet, und der Bod auch wo er gewest davon blutig worden, (nach Aussag

Testis 8. ad Prob. 45. & Test. 9. ad Prob. 4.

der ihn, nachdem der Handel vorüber, mit blutigem Angesicht angetroffen,) und so zugerichtet, daß er eine Zeit, und zwar nach Aussag

Test. 8. ad Prob. 48.

4 Wochen lang das Bett hüten müssen, ein gantz verschwollenes Gesicht bekommen, die Augen insonderheit das Eine gantz schwartz mit Blut unterloffen und zugeschwollen, weit heraus gelegen, ja der gantze Kopff verschellet, voller Beulen, und die Schwart los gewesen, nicht weniger die lincke Seit des Leibs blau mit Blut unterloffen gewesen, und VorA. daher geraume Zeit Blut ausgeworffen

Test. 14. 15. 16. 17. ad Prob. 42. seqq.

Durch welche grausame Tractation, die den 64
injuriandi animum auf dem Rucken trägt, denn VorA. von VorR. atrocissimis realibus injuriis afficirt, zugleich in Unkosten und Schaden gebracht ist, indem er nicht nur einen Medicum und Chirurgum brauchen müssen, sondern auch eine Zeit seine Arbeit und Geschäffte cessirt. Demnach beydes die actio injuriarum und 65
Utilis Legis Aquiliæ best fundirt, und fällt

damit

damit des VorR. erste vorgeschützte Exception non competentis actionis von selbst zu Boden. Denn obwohl VorR. vorschützet, VorA. habe selbst Schuld daran, er sey Author rixæ gewesen, wie expresse bezeugen

Test. 4. & 5. ad Prob. 30. Int. spec. unic.

sagende, VorA. sey, weil er das ihn nicht angegangene Dautzen und im Schertz geredte Wort Neunundneuntziger übel aufgenommen, der Anfänger des Handels gewesen. So ist doch nicht erwiesen, daß VorA. den VorR. vera aliqua injuria zu erst angegriffen, und wann es gleich geschehen wäre, daß er ihn injurioso quodam verbo angegriffen, so ist doch
66 bekandt, quod injuria verbis illata non statim verberibus sit vindicanda, & quis propterea tam crudeliter tractandus, uti hic A. accidit.

Was aber die andere Exception, so allein motæ actioni injuriarum, opponirt, præscriptionis nim. belangt, so kan selbige gleichfalls VorR. nicht zu statten kommen, und VorA. mittelst solcher à limine judicii repel-
67 lirt werden, denn ob gleich actio injur. æstimatoria, ceu Prætoria pœnalis, anno præscribirt wird, sive de verbali sive de reali injuria agatur,

l. 5. C. de injur. ibi Brunneman. Frantzk. *Ex. 12. q. 9.* Hahn ad Wesenbec. *de injur. n. 13.* C. J. A. *lib. 47. tit. 10. th. 32. n. 1.* Berl. *p. 5. cl. 69. n. 1.* Carpzov. *p. 4. c. 46. d. 1.* Gail. *2. O. 105.* Mynsi. *5. O. 7.*

und der bey den Actis liegende libellus conventionis erst den 30. Jan. 1686. eingegeben, da die Injuriæ doch schon den 3. Aug. 1684. VorA. zugefüget worden; so ist doch zu consi-
68 deriren, daß VorA. schon vorhin intra annum VorR. ob has injurias citiren lassen, und einen Libellum übergeben, VorR. auch darauf schon respondirt gehabt, weil aber VorA. die Sach nur in summario judicio auszumachen begehrt, VorR. aber darein nicht willigen wollen, sondern ad ordinarium Processum provocirt, hat VorA. hernach diesen den Actis beyliegenden Libellum in judicio ord. offerirt, welches ob es gleich post annum geschehen, doch VorA. im geringsten nicht præjudicirt, cum
69 præscriptio annalis per priorem citationem & oblatum summarium libellum, adque eum factam rei responsionem jam interrupta

argumento eorum, quæ tradit Carpzov. *p. 3. dec. 223. & p. 4. c. 46. d. 6. junct. p. 2. c. 7. d. 4. 5. 6.* Frantzk. *lib. 3. Resol. 19.*

70 Belangend die dritte Exception, ineptæ cumulationis nim. actionis injuriarum cum Actione Legis Aquiliæ, so ist derselben schon etlicher massen oben begegnet, nemlich es ist bekannt, quod si actio mixta pœnalis cum mere pœnali concurrat, illa per hanc non consumatur quatenus est rei persecutoria, sed quoad pœnam altera alteram tantum consumat, nisi forte in alterutra etiam quoad pœnam sit quid amplius, tunc hoc, quod in altera amplius est, omnino etiam peti potest, sic si damni dati æstimatio pluris sit in actione Legis Aquiliæ, quam æstimatio injuriæ in actione injuriarum, hæc illam nequaquam consumit.

l. 34. l. 41. §. 1. de obl. & act. l. 88. de furt. l. 1. vi bon. rapt.

Weil nun die utilis actio Legis Aquiliæ ab 71
A. ob vulnerationem ad consequendas impensas in Medicum & Chirurgum factas, atque ad simplicem æstimationem operarum, quas interea ipsum omittere oportuit, intentata, mere rei persecutoria ist, hat sie gar wohl cum actione injuriarum æstimatoria, quæ mere pœnalis, können eodem libello cumuliret werden, und ist also diese Exceptio auch vergeblich opponirt.

Was nun bey solcher Bewandtniß der Sachen, da des VorA. actiones fundirt, und ob wohl nicht zu rechtlicher Gnüge quoad omnes verbales, jedoch aber überflüßig quoad quasdam & dein reales injurias erwiesen, auch VorR. exceptiones dieselbe nicht elidirt, zu urtheilen, ist ohnschwehr zu ermessen, neml. 1. wird 72
forderist das Fürstl. Interesse per supra dicta zu beobachten, derowegen VorR. ein grosser Frevel anzudictiren seyn. 2. hat zwar VorA. 73
die ihm zugefügte injurias und impensas in Medicum & Chirurgum factas, itemque operas, quibus caruit, ziemlich hoch æstimirt, dieweil aber solches auf Moderation des Hrn. Richters beruhet, vermeinen wir, es geschehe der Justiz ein Genügen, wann solche auf 50. Rthlr. moderirt und dieselbe VorA. zugesprochen würden; Und demnach die actio injuria- 74
rum mit sich führet, daß der Injuriant in expensas condemnirt werde, und die vulgata juris regula will, quod victus victori in expensas condemnari debeat, wird deren nach VorR. auch in die VorA. causirte expensas zu condemniren seyn, um so mehr weil er selbst ad ordinarium Processum provocirt, und sich nicht in Güte bequemen, noch geschehen lassen wollen, daß die Sach nur summarie ausgemacht würde, wie VorA. verlangt.

Endlich ist diß Orts bey Aussprechung der 75
Urthel insonderheit auch diß zu beobachten, daß zwar die actio injuriarum æstimatoria de JCivili diesen sonderheitlichen Effectum nach sich ziehe, ut infamia reum per sententiam definitivam condemnatum ipso jure sequatur

l. 1. l. 4. §. fin. de his qui not. infam. l. 7. de injur. l. 10. l. 18. C. ex quibus caus. infam. irrog. Gail. *2. O. 102. n. 1.*

nisi judex expresse in sententia honorem & 76
famam condemnato conservaverit, quod omnino facere potest, si velit.

B. D. Lauterbach. *in Differ. Jur. comm. & Würtemb. Disp. 1. th. 103.* ibique alleg. Wesenbec. Carpzov. & Harpprecht.

Hingegen aber Jure Würtembergico spe- 77
cialiter constituirt und verordnet, quod Judex injuriarum condemnato regulariter expresse honorem & existimationem reservare debeat, die Unterthanen, so viel möglich bey

Ehren zu erhalten. Dahero die Nothdurfft seyn will, daß auch dißfalls nach dieser Land-rechtlichen Sanction VorR. sein honor & fama in der Urthel expresse vorbehalten werde.

78 Die Reconvention noch mit wenigem belangend, so hat Nachklager actionem injuriarum æstimatoriam & recantatoriam (quas (*) duas actiones uno eodemque libello recte conjungi ac cumulari posse argumento supra dictorum docent, quotidieque cumulari testantur

Frantzk. *Ex. 12. q. 8. n. 8. seqq.* Struv. *Ex. 48. th. 61.* Wesenbec. *tit. de injur. n. 18.* ibi Hahn Bocer. *cl. 4. D. 4. th. 56.* Harpprecht. *ad §. 10. Inst. de injur. n. 70.* Gail. *1. O. 65.* Mynsi. *2. O. 98.* Klock. *v. 4. Cons. 186. n. 15.*)

instituendo geklagt, 1. daß Nachbeklagter ihn in seiner Behausung in Gegenwart ansehnlicher Gäste mit empfindlichen Stachelreden, daß man VorR. und NachA. wohl kenne, was er vor ein sauberer Gesell sey, daß er VorA. mit NachA. keine Säu gehütet, daß er ein Künstler, NachA. aber nur ein Wirth sey, angegriffen, ja gar einen Schelmen Dieb und Mörder gescholten; Allein ist davon weiters nicht erwiesen, als 1. daß VorA. da VorR. dem bey dem VorA. sitzenden Fürstl. Oettingischen Cammerdiener es gebracht, sagend: du ich bring dirs, meinend, er dautze ihn, gesagt: Hr. S. habe ich denn die Säu mit ihm gehütet, welches er also nicht injuriandi animo, sondern vielmehr aus Intention seine Ehr zu schützen, da er von VorR. durch das Dautzen injurirt zu seyn ver-

79 meinet, ubi autem injuriandi animus ac affectus non adest, ibi nulla videri potest facta injuria nec ulla injuriarum competit actio

l. f. §. f. ff. ad L. Aquil.

nam ille est principale injuriæ requisitum.

arg. l. 53. pr. de furt. Mev. *Cons. 13. n. 5.*

Unde injuriam ex affectu fieri dicitur

in l. 34. pr. de O. & A.

Et injuriam ex affectu facientis, non sensu patientis æstimari debere.

in l. 3. §. 1. de injur. Mev. *p. 7. d. 112. n. 7.*

2. daß VorA. da VorR. ihn also grausam ohn Ursach mit Schlägen tractirt gehabt, und ehender nicht, gesagt: du hast mich wie ein Mörder tractirt,

Test. 9. ad prob. 41. Int. 1.

oder ihn nach Aussag

Test. 2. & 5. ad Def. 19. Testis 3. ad Def. 18.

80 darauff einen Schelm, Dieb und Mörder gescholten; welches denn justus dolor auf frischer That solcher üblen Tractation zimlicher massen excusirt, quippe quem, cum quis ita tractatur, temperare difficillimum.

81 2. Bringt NachA. an, NachR. sey ihm, als er ihn mit guter Manier Unheil zu verhütten zum Haus hinaus zu thaidigen gemeynt gewesen, in die Haar gefallen, (aber dessen contrarium geben nicht nur obige angeführte Umstände, sondern auch etlicher von NachA. selbst producirter Gezeugen Aussagen, also attestirt

Testis 13. so des NachA. Keller gewesen, und sonst im übrigen zimlich favorabel vor seinen Herrn deponirt, in andern articuln, ad Def. 39. in Rotulo Ulmensi. Act. N. 12.

NachA. sey NachR. die Stieg nach hinunter geloffen ihn zu schlagen, so auch geschehen, und hab er ihm 5. oder 6. Streich gegeben, desgleichen sagt

Test. 2. ad Def. 17.

er glaube nicht, daß NachR. zu erst den NachA. angegriffen) sich darinn dergestalt verwickelt, daß man seine Hände fast nimmer draus bringen können ꝛc. Diß ist geschehen, da NachA. den NachR. angegriffen gehabt, da es ihm nicht zu verdencken, dann wann einer also tractirt wird, wie NachA. den NachR. tractirt hat, so wird ja keiner leicht die Hand in den Schieb-Sack stecken, sondern sich wehren, so gut er kan.

3. Klagt NachA. daß NachR. ihn vor dem 82 Richter fälschlich, calumniose und injuriosissime angegeben, ob hätte er sich nicht allein berühmt in Ungarn eine solche luxuriam, quam scelus est verbis, exprimere, begangen zu haben, sondern begehe solche auch noch mit seiner Haus-Frauen, welches ihm sonderlich höchst-schmertzlich zu Hertzen dringe ꝛc. Aber NachA. hat nicht erwiesen, daß ihm solches fälschlich beygelegt, denn die Zeugen fast alle sagen, daß NachA. vom Ungerischen Pflug geredt, wissen sich aber wegen Länge der Zeit nicht eigentlich mehr zu erinnern, was er davon geredt,

Test. 2. 3. 4. ad Prob. 17. 18. 19. 20. 21.

Und sagt Testis 3. ad Prob. 21. Es möge wohl seyn, daß NachA. solches, was VorA. und NachR. in seinem Libell vom Ungerischen Pflug angebracht, geredt, denn es sey, als wann es ihm traumete, daß ers von ihm gehört, könne es doch nicht vor gewiß mehr sagen.

Daraus ebenmäßig leicht zu schliessen, und 83 zu erachten, was bey so bewandten Dingen in reconventione zu sprechen, nemlich, daß der Nachbeklagte juxta vulgatissimam Juris regulam: Actore non probante reus absolvendus, zu absolviren. Könnte derowegen denen Partheyen nachstehende Urtheil, welche wir salvo aliorum judicio den Rechten und Billigkeit gemäß zu seyn erachten, und selbst im Fall tragenden Richterlichen Amts auszusprechen kein Bedencken hätten, publiciret werden.

Urtheil.

IN Sachen Con- & Reconventionis 84 sich haltend zwischen Jacob R. Burgern und Goldarbeitern Beklägern und Nachbeklagten eines; So dann Johann S. Burgern und Gastwirthen zum Laimb, Vorbeklagten und Nachklägern

andern

andern Theils, wird forderist die Sach ex officio in principali für beschlossen angenommen und ist darauff ferner auf Klag, Antwort, geführte Kundschafft und all ander Gerichtliches Fürbringen, nach genommenem Bedacht und gehabten Rath mit Urtheil zu recht erkannt in conventione, daß Vorbeklagtem weder gezemet noch gebühret, sich dergestalt an Vorklägern mit verbal- und real-Injurien zu vergreiffen, sondern er daran zu viel und unrecht gethan, derowegen er forderist Gnädigster Herrschafft einen grossen Frevel zur Straff zu erlegen, so dann Vorklägern der ihm zugefügten Injurien und Schadens halber 50. Rthl. samt den nothwendig aufgewandten Gerichts-Kosten nach Richterlicher Mäßigung zu erstatten schuldig und verbunden, jedoch solches ihm an seinen Ehren ohnnachtheilig seyn solle; So dann in reconventione daß Nachbeklagter von angestellter Nachklage zu absolviren.

Gestallten wir hiemit respective den Vorbeklagten condemniren und Nachbeklagten absolviren.

Wollten solches ꝛc. Actum in Collegio Nostro den 30. Marti 1688.

CONSILIUM XXIII.

DE Jure Retorsionis.

SUMMARIA.

1. & 2. *Injuriæ hic recensentur.*
3. *Injuriatus semper eo respicere debet, an delator injuriarum honesta sit persona & integræ famæ.*
4. & 5. *De necessitate & formali ratione legitimæ retorsionis est, ut in continenti fiat: ubi simul ostenditur quod hoc sub distinctione sit accipiendum.*
6. *Retorsio Jure consuetudinario ceu licitum remedium, verbalem vindicandi injuriam, est introductum.*
7. *Modo retorsionis requisita sint observata.*
8. *An per retorsionem injuriarum actio tollatur, quidam pro affirmativa.*
9. *Negativa tamen verior.*
10. & 11. *Regula Legis 58. ff. de judic. & Legis 5. Cod. de offic. Rect. Provinc. hodie in judiciis non amplius locum invenit, ex ratione hic subjuncta.*
12. *Ad observationem Contractus Princeps non minus quam quilibet infimæ conditionis privatus absque ulla plane dispensatione, ex capite tum necessitatis, tum honestatis est obligatus.*
13. *Jurisdictiones neutiquam sunt confundendæ sed judiciorum ordo religiose servandus.*
14. *Cujus unanimis est Ddrum opinio.*
15. *Quando & quibusnam in casibus detur Exceptio?*
16. *Si talis non potest probari firma manet regula.*
17. *Denunciatores an possint in causa denunciata testes esse?*
18. *Testes in substrato adhibiti propriè non fuerunt delatores.*
19. & 20. *Quinam delatores testes esse nequeant, hic explicatur.*
21. *Quod tamen hodiè non amplius sed contrarium tota die observatur.*
22. *Ratio hujus.*
23. *Hinc contra depositionem hujusmodi delatoris qua talis excipi non potest.*
24. *Testes post litis demum Contestationem regulariter sunt examinandi.*
25. *Ex ratione hic subjuncta.*
26. *Quid si utriusque partis consensu ante litis Contestationem testes producti sint?*
27. *Quo in casu Exceptio contra testes ante L. C. examinatos, cesset?*
28. *Ratio hujus.*
29. *Quæ ampliatur.*
30. *Et iterum tamen limitatur.*
31. *Bona fide celebrata irrevocabiliter servanda sunt.*
32. *Amicabilis compositio omnibus numeris absoluta vim rei judicatæ & jurisjurandi habet.*
33. *In specie quænam hic ostenditur.*
34. *Ratio hujus.*
35. *Minor an contra hujusmodi transactionem restituatur & quando?*
36. *Etiam ob erroneam causam validè transigitur.*
37. *Ratio.*
38. *Subditi in causis Superiorum omni exceptione majores testes de Jure Civili plane non sunt.*
39. *Quod tamen hodie secus & quando?*
40. *Multi Ddrum hanc juramenti relaxationem pro supervacanea plane habent.*
41. *De qua tamen in substrato quæstio non est.*
42. *Testibus singularibus an credendum?*

43. *Singularitas testium quotuplex sit, hic ostenditur.*
44. *Quinam testes singulares nullam, quinam semiplenam fidem faciant?*
45. & 46. *In arbitrio Judicis non est, quantam fidem adhibere testibus singularibus velit.*
47. *Testes singulares quinam plenam fidem faciant?*
48. *Ratio cur etiam in substrato.*

1 DEmnach wir Decanus und andere Doctores der Juristen-Facultæt bey gemeiner Hochfürstl. Würtembergischen Universitæt freundlich ersuchet worden, über wieder mitkommende Facti speciem und deren angehängte Fragen unser rechtliches Sentiment zu eröffnen; So haben wir solche zu dienstlicher Willfahr in versammletem Collegio mit Fleiß verlesen, reifflich erwogen und einmüthig befunden auf die uns vorgelegte Fragen den Rechten gemäß zu seyn, wie bey einer jeden absonderlich folget.

Und zwar betreffend

Die erste Frage:

Ob der Sempronius gnugsame Ursach gehabt eine Retorsion gleich also positive zu ergreiffen?

2 So können wir allerdings nicht anders antworten, als daß Sempronius auf ihme von Bartolo beschehene Notification, daß Titius von ihm und Sejo seinem Mitbeamten in Gegenwart Mevii und Caji gemeldet, daß sie viel Unruhe und ihren Amts-Angehörigen grossen Schaden und Nachtheil verursachten, er Titius sey auch selbst hin und wieder fälschlich verkleinert und traducirt worden, so ihme nicht nur ein tausend Gulden schädlich, halte dergleichen Leute für leichtfertige Schelmen, Ehren-Diebe und Calumnianten, die nicht werth seyen, daß sie ihres Herrn Brod niessen, hoffe aber es werde nicht mehr lang währen, sondern sie einsten ihren verdienten Lohn bekommen ꝛc. gnugsame Ursach gehabt Titio darauf eine Re-
3 torsion insinuiren zu lassen, gesetzet daß Mevius und Cajus zwey ehrbare Männer, von denen er die Muthmassung schöpffen können, daß sie mit keinen Lügen umgehen, sondern die Wahrheit unverfälscht anzeigen würden. Denn er durch solche Nachrede nicht wenig an seinen Ehren angegriffen, dahero, weil er sich zu Rettung deren des Mittels der Retorsion bedienen wollen, er selbige thun müssen, so bald er
4 die wider ihn abwesend geredte und ausgegossene injurias erfahren, angesehen de necessitate & formali ratione legitimæ retorsionis ist, daß sie in continenti geschehe, also, daß, wann einer selbst gegenwärtig die wider ihn ausgestossene injurias höret, er gleich retorquiren soll, wann aber einer abwesend injuriret wird, und sich solchen erlaubten Mittels zu bedienen willens ist, seine Ehr dadurch zu retten, er dasselbe schrifftlich oder mündlich thun, und die ihm nachgeredte Schmach in convitiatorem ore vel scripto retorquiren müsse, so bald er in Erfahrung gebracht, daß er injuriret worden.

Quemadmodum enim vis armis illata, armata vi in continenti repellenda, sic & verbalis injuria contrariis verbis in continenti seu confestim propulsanda & retorquenda, si pro legitime facta haberi debet, & proinde necesse erit ei, quem quis absens injuria affecit, quamprimum id certo resciverit, impositam injuriam, legitime ore vel scripto retorquere ac regerere. 5

arg. l. 3. §. 9. ibi: *sed hoc confestim, non ex intervallo. l. 17. ff. de vi & vi arm. l. 12. §. 1. ff. quod met. caus.* Gail. *2. O. 101. n. 5.* Wurmser. *tit. 47. Obs. 15. num. ult.* Menoch. *Cons. 107. n. 42.* Bocer. *cl. 4. D. 4. th. 46. & cl. 5. D. 1. th. 55.* Struv. *de vind. privat. cap. 10. aph. 9.* ibique alleg. Fibigius & Carpz. *add. aph. 11. ubi in fin. subjicit, licere & utile esse, retorsionem conditione adjecta formare h. m. Wofern du mich solches bezüchtiget, hast du es erdichtet, als ein verlogener Mann, dafür ich dich halte, biß du solches bewveisest: Hast du es aber nicht geredt, so soll auch diese retorsio dir nicht gelten; tum enim nullam ei censeri illatam injuriam in quem retorsio facta, quando non protulit istam injuriam.*

Demenach wir auch auf

Die andere Frage:

Ob solche Retorsion nicht ein lautere Nullitæt oder besser zu sagen ein Iniquitæt gewesen?

anders nicht denn negative respondiren kön- 6
nen, nachdem die retorsion für ein Jure consuetudinario erlaubtes Mittel seine Ehr contra verbalem injuriam zu schützen, gehalten, und täglich gebrauchet wird, wie solches weitläuffig deducirt und vindicirt

Struv. *cit. tr. de vindicta privata cap. 19. aph. 6.* Franzk. *Ex. 12. q. 7.* Harpprecht. *ad §. 12. Inst. de injur. num. 78.* add. Mynsi. *5. O. 17.* D. Maurit. *1. Cons. 17. num. 3.* Mev. *ad Jus Lub. lib. 4. tit. 4. art. 10.* Carpzov. *p. 4. c. 46. d. 10. seqq. Pr. Crim. p. 2. q. 97. num. 22. seqq. & l. 2. Resp. 68.* Berlich. *p. 5. concl. 64. num. 1. seqq.*

Wofern die retorsion nur illatæ injuriæ re- 7
spondirt und selbige nicht excedirt, wie ad formalem rationem retorsionis insgemein erfordert wird, wann sie pro legitima soll gehalten werden,

vid. Struv. *d. c. 10. aph. 10.* Mynsing. *d. O. 17. n. 3.* Berlich. *d. concl. 64. n. 23.* Carpzov. *d. q. 97. num. 26.* Maurit. *d. Cons. 17. num. 9. seqq.* Mev. *d. art. 10. num. 4.*

num. 4. qui omnes in quo moderamen retorsionis consistat, pluribus explicant.

davon wir nichts judiciren können, weil in facti specie dessen nicht gedacht, noch die Retorsion-Schrifft beygeleget worden.

Die dritte Frage:

Ob nach eingewendter Retorsion er Sempronius noch weiters actionem injuriarum wider den Titium anzustellen befugt gewesen?

8 betreffend, so sind zwar einige, die da wollen, daß durch die gebrauchte retorsion die actio injuriarum nicht aufgehoben, sondern noch einen als andern Weg instituiret werden möge, deren Meynung nach Sempronius Titium injuriarum zu conveniren in allwege auch nach insinuirter retorsion noch befugt gewesen wäre.

Ita sentit
Henr. Nebelkræ *dec. 18. cui assentiri videtur* Cothman. *vol. 2. Resp. 59. n. 204. seq.* Renneman *de Jure retorsion. p. 3. th. 47.*

9 allein ist die widrige opinion, daß durch die ergriffene und rechtmäßig beschehene retorsion die zugefügte verbal-injurien abgewendet, die Ehre gerettet und beschützet, des injurianten Bosheit und Petulantz coercirt werde, wohlfolglich demjenigen, der retorquiret, keine actio injuriarum weiter competire, sondern selbige durch die retorsion gäntzlich aufgehoben werde, nicht nur in Rechten besser gegründet, und communiori Dd. calculo approbirt, sondern auch in Praxi recipirt,
teste Bocer. *cl. 3. Disp. 4. th. 78.* Ant. Faber *in Cod. Sabaud. lib. 9. tit. 2. d. 8.* Hahn *ad* Wesenbec. *tit. de injur. n. 13.* Brunneman. *ad l. 25. de Procur. n. 6.* Perez *ad C. tit. de injur. n. 10.* Carpz. *p. 4. c. 46. d. 10. n. 5. & Pr. Cr. q. 97. n. 31. seq.* Mev. *p. 5. dec. 337. n. 1. & ad Jus Lub. l. 4. t. 4. art. 10. n. 7.* Richter. *p. 2. dec. 92. n. 15.* Struv. *d. c. 10. aph. 12.*

Woraus dann von selbst fließt, daß diese dritte Frage mit Nein zu beantworten. Mit dergleichen Antwort auch

Die vierte Frage:

Ob Sempronius rechtmäßig die erstere competirliche Instantz præteriren, und gleich supremum Judicium implo-riren können?

abgefertiget wird. Denn ob es
in l. 58. ff. de judic.
10 wohl heisset, Judicium solvi vetante eo, qui majus in eadem jurisdictione habet imperium, & in
l. 5. C. de offic. Rect. Provinc.
per supervenientiam majoris Magistratus cessare jurisdictionem minoris. So hat es 11
doch heutiges Tages eine andere Bewandtniß mit der Jurisdiction der Obrigkeiten in Städten, Flecken und Dörffern, welche sie gemeiniglich jure feudi & investituræ, vel titulo locationis, emptionis, aliusve contractus von ihrem Landes-Fürsten und Herrn erlanget und erworben, dahero sie in dem exercitio und Ausübung ihrer also oneroso titulo erworbenen jurisdiction in erster instantz von dem Landes-Fürsten und Herrn ohnperturbirt zu lassen, und ihnen kein Eingriff darin zu thun;
vix enim hoc fieret absque violatione & re- 12
tractatione contractus, ad cujus tamen observationem non minus Princeps ac privatus obligatus est, ita ut nec ex plenitudine potestatis contractum perfectum infringere aut revocare, nec quicquam eidem etiam vel addere vel detrahere possit.
l. de contractu. C. de rescind. vendit. c. 1. de probat. Borcholt. *lib. 1. Cons. 7.* Vultej. *vol. 2. Cons. Marp. 24. n. 42. Cons. 25. n. 88.* Peregrin. *de Jur. fisc. lib. 6. tit. 1. n. 10. 12. add.* Carpzov. *Proc. tit. 2. art. 2. n. 35. seqq. ibique alleg.*
noch zu gestatten, daß mit Vorbeygehung der 13
erstern Instantz vor dem ordentlichen Untern Richter die Sachen gleich zum Obern Gericht gezogen, also die Jurisdictiones confundiret werden, contra sacras constitutiones & judiciorum ordinem religiosè servandum
vid. l. 4. C. de jdict. omn. Jud. l. 1. §. 3. l. 21. pr. & §. 1. de appell. Nov. 17. c. 3. in fin. Ord. Cam. p. 2. tit. 29. pr. Besold. *de appellat. cap. 4. n. 12. 13.* Coll. Jur. Arg. *tit. de jud. th. 283.* Gail. *l. O. 3. n. 6. O. 12. n. 1.*
wie dann, daß solches (daß nehmlich mit 14
Ubergehung des Untern Richters gleich der Oberste angeruffen und adirt werde) nicht zugelassen sey, die Rechts-Gelehrte einmüthig erkennen;
Vultej. *de judic. lib. 1. cap. 4. n. 62. 64. 230.*
Es wäre dann, daß der Untere Richter die Ju- 15
stitz offenbarlich denegirte, oder excommunicationis, hereseos, aut alterius cujusdam suspicionis, conjunctionis & affectionis causa inhabilis wäre, oder freywillig die Sach für den Obern Richter wiese, weil er der Sachen Entscheidung aus gewissen Ursachen nicht auf sich nehmen könnte oder wollte, wie solche casus ausnehmen und erzehlen
Gail. *l. O. 119. n. 2.* Mynsi. *l. O. 67.* Speckhan. *cent. 2. & 4. q. 37.* Berlich. *p. 1. concl. 50. n. 91. seqq.* Gilhausen *arb. Jud. Civ. cap. 8. p. 3. n. 58.* Mod. Pistor. *v. 2. Cons. 10. n. 18.* Klock. *v. 1. Cons. 14. n. 16.*

Derowegen, wann nicht dieser causarum ei- 16
ne oder mehr vorhanden gewesen, hätte Sempronius von Rechts wegen die erste Instantz nicht sollen oder können præteriren, und das Su-

premum Judicium gleich imploriren. Folget

Die fünffte Frage:

Ob der Mevius und Cajus in diesen von ihnen aus- und aufgebrachten Injurien testificiren, und in solch ihren Aussagen Zeugen seyn können?

17 welche wir wieder anderst nicht denn affirmative decidiren können, denn ob wohl die Doctores insgemein sagen:
quod denunciatores non possint esse testes in causa, in qua denunciarunt,
Lanfranc. *de testib. n. 89.* Joh. Campeg. *de testib. reg. 103.* Farinac. *de testib. qu. 60. n. 64. seq.* Joh. Crot. *sim. tr. part. 4. n. 200.*
daher es das Ansehen haben möchte, ob wären Mevius und Cajus hier ratione injuriarum a Titio contra Sempronium effusarum a se delatarum keine tüchtige Zeugen; So ist doch
18 zu considériren 1. daß Mevius und Cajus in gegenwärtigem Fall eigentlich nicht die denunciatores oder delatores seyn, sondern Bartolus ist der wahrhaffte delator oder denunciator, denn der hat es Sempronio berichtet, daß
19 er dergestalt von Titio injuriiret und schmählich angegriffen. 2. Verstehen die Doctores solches von dergleichen delatoribus und denunciatoribus, die gleichsam accusatores seyn und deren Stelle vertreten, wie bey oballegirten Authoribus zu sehen, insonderheit bey dem
Farinacio *d. l. qui eos expressè accusatores appellat.*
20 dergleichen Mevius und Cajus unzweiffelich nicht seyn, deswegen auch bey ihnen obiges assertum Ddrum nicht anschlägt, welches ohne dem in viel Wege limitiret wird, ut videre est
apud Joh. Campegium *d. reg. 103.* Farinacium. *d. l.*
21 und heutiges Tages allerdings gar nicht mehr angehet, und observiret wird, bey denen, die der Obrigkeit eine Missethat von diesem oder jenem begangen zu seyn, hinterbringen, sondern grad das Widerspiel tota die practiciret, daß sie nemlich hernach in Processu, accusatorio præsertim, zu Zeugen wider die Angebrachte aufgeführet und produciret werden, so die tägliche Experientz in diesem Hertzogthum bezeuget, da ein jeder Unterthan bey seinen Pflichten und Eyden, damit er gnädigster Herrschafft zugethan und verwandt ist, die namhaffte Verwirckungen und Mißhandlungen, desgleichen die geringen Ubertrettungen und Unthaten als ein guthertziger Unterthan seinem Amtmann von Stund an fürzubringen und anzuzeigen, auch niemands zu verschonen schuldig und verbunden
22 ist, demnach auf solche Weis bey Bestande obiger Regul kein Unterthan ein tüchtiger Zeuge in causis criminalibus seyn könnte, welches aber contraria Praxis quotidiana gnugsam widerleget, indem die denunciantes täglich in Processu accusatorio hernach zu Zeugen contra reos denunciatos aufgestellet und examiniret werden. Woraus sich denn nun auch

Die sechste Frag:

Ob ihre Aussage in Rechten für eine gnugsame Beweisunge zu halten?

affirmativè, hergegen

Die siebende Frage:

Ob nicht alles, was in Ansehung dieser ihrer Kundschafft von dem Richter decernirt oder sonsten gehandelt und tractirt worden, nichtig, null und unverbindlich sey?

negativè von selbst resolvirt, wo nicht etwa 23
ex alio capite, quam illo, contra personas vel dicta eorum können excipiret werden, wie, wann die Sach per sententiam definitivam wäre ausgemacht worden, hätte mögen contra ipsum examen illorum excipiret werden,
der Ursach, daß sie vor der Kriegs-Befestigung 24
verhöret worden, da doch den Rechten nach die Gezeugen regulariter nach der Kriegs-Befestigung erst sollen examiniret werden, und zwar communicatis parti adversæ ad interrogandum articulis, super quibus examinari debent.
c. 1. & 2. it. 5. X. ut lite non contest. non proced. ad test. recept. Dd. *in c. veritatis. X. de dol. & contum.*
quia testes producuntur, ut fidem faciant 25
eorum, quæ in judicium deducta fuerunt, in judicium verò non referuntur ea, quæ ante L. C. fiunt. Quod in tantum obti- 26
net, ut testes ante L. C. producti nec indicium quidem faciant, licet etiam utriusque partis consensu recepti fuerint vel depositiones eorum postea approbatæ sint.
Dornsperger *Syntagm. Jur. de Probationib. exception. sent. & execut. l. 1. c. 11. n. 1.*

Da aber die Sach utriusque partis con- 27
sensu in Güte beygelegt auf Zusprechen des Judicii, findet sothane exceptio nicht statt,
quia valida est transactio & subsistit, etsi lis nondum mota sit, sed subsit modo me- 28
tus litis inferendæ & movendæ
l. 2. l. f. C. de transact. ibi Brunnem. Sichard. *n. 2. seqq.* Gilken. *n. 4. seqq.*
Quod ampliant 29
Card. Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 26. tit. 8. n. 8.* Gilken. *ad d. l. 2. n. ult.*
licet litem minitans haberet animum calumniandi, temperantes tamen ita, nisi evidens esset calumnia.

Woraus wiederum von selbst fließt die De- 30
cision der

achten

achten und neunten Frag:

Ob der Titius nicht von Rechtswegen zu restituiren und zu indemnisiren sey?

und

Ob nicht eben wohlgedachtes Supremum Judicium ihme Titio auf sein gebührendes Imploriren zu völliger Restitution zu verhelffen, ex officio und de justitia verbunden?

31 in negativam. Denn es ist bekannt, daß die Rechte wollen, daß was in dergleichen tractatu bona fide gehandelt worden, stet, vöst, unverbrüchlich und unwiederrufflich solle gehalten werden.

Quo spectat clausula, quæ in Edicto, (quod Hadrianus Imp. & post eum plenius Trajanus de tacitis fideicommissis evulgarunt, cujusque apud Paulum tractatio est, ut ostendit inscriptio ex libro singulari de tacitis fideicommissis,) apposita est: Transacta finita re rata maneant, & in Tertulliano SCto

l. 1. §. fin. ff. ad SCt. Tertull.

& in Constitutione, de qua in

l. 15. C. de legit. hered. ibi: Si qui autem casus jam evenerunt, & per judicialem sententiam vel amicabilem transactionem sopiti sunt, nullam sentiant ex hac lege retractationem.

Et in Novella 116. in fin. verbis: Hæc autem obtinere sancimus in causis omnibus, quæ nondum judiciali sententia vel amicabili conventione sopitæ sunt.

32 Nec minorem authoritatem amicabilis compositio omnibus numeris perfecta & consummata obtinet quam res judicata

l. 20. C. de transact.

& jusjurandum

l. 2. l. 31. ff. de jurejur.

33 Præsertim si in præsentia Magistratus, Judicis vel Commissariorum inita est.

Menoch. *Cons. 412. n. 1. & Cons. 508. n. 26.* Mev. *ad Jus Lubec. lib. 1. art. 3. tit. 1. n. 48.*

34 ratio est, quia utilitas publica in sopiendis litibus & controversiis versatur.

l. 10. C. de transact. l. 4. C. de pact.

35 Idcirco pro ea conservanda multa permittuntur alias non licita, & minor, nedum major, contra factam pacem nunquam restituitur, nisi enormis subsit læsio,

Bart. *ad l. 11. C. de transact.* Urceol. *de transact. quæst. 95. per tot.*

36 Und ob wohl eingewendet werden möchte, daß hier keine causa vorhanden gewesen, indem die actio injuriarum durch die insinuirte Retorsion aufgehoben gewesen, per dicta ad quæstionem 3. So ist doch zu wissen, daß die gütliche Handlung und getroffene Vergliche de jure kräfftig und verbündlich bleiben, ob gleich die causa erronea gewesen, so darzu Ursach gegeben.

Dec. *Cons. 630. num. 3.*

quia ad validitatem amicabilis compositio- 37
nis non consideratur rei veritas, super qua lis est, sed dubius litis eventus.

Bart. Salicet. *in l. un. C. de error. calc.*

dessen nicht zu gedencken, daß einige vornehme JCti statuiren, daß die actio injuriarum durch die Retorsion nicht extinguirt und aufgehoben werde, sondern annoch cum effectu intentirt werden könne.

Was die

Zehende Frage:

Ob die Aussage der Unterthanen vor ihren Leib- und Hals-Herren, welcher gegen demjenigen, wider welchen sie Kundschafft sagen sollen, höchlich passionirt, herentgegen demjenigen für welchen sie testiren sollen, affectionirt, in Rechten für eine vollkommene Prob zu halten, insonderheit wann der Beschuldigte niemahlen angehört, noch zu einiger Defension gelangen mögen?

anlangt, so ist in thesi Rechtens, daß die Un- 38
terthanen in Sachen ihrer Ober-Herren, denen sie mit Pflichten und Eyden beygethan und verwandt seyn, keine Zeugen omni exceptione majores seyen de Jure Civ. Justinianeo

per l. 6. ff. de testib. Campeg. *de testib. reg. 18.* Joh. Oldendorp. *de testib. rubr. de person. test.*

Durch die Gewohnheit aber ist nunmehro 39
eingeführt, daß auch die Subditi in causis Dominorum unverwerffliche Zeugen seyn können, wann sie der Pflichten, damit sie den Herren verwandt, erlassen werden, auf daß sie ohne Scheu derselben die Wahrheit bekennen mögen, uti ita servari tradunt

Modest. Pistor. *vol. 1. Cons. 7. num. 25.* Carpzov. *p. 1. c. 16. d. 64.* Mynsing. *Resp. 16. n. 14.*

Quamvis hanc juramenti relaxationem 40
errore magis quam jure inductam esse scribat

Just. Reuber *de testib. p. 2. n. 114. seqq.* eamque de jure non necessariam dicat

Ilico Ummius *Disp. 16. de Proces. n. 12.* & consuetudinariam subtilitatem supervacuam appellet

C. I. A. *lib. 22. tit. 5. th. 10. n. 16.* vid. Ruland. *de Commissar. & Commission. p. 1. lib. 5. c. 11. per tot.*

Wie aber diß ad hypothesin in gegenwärti- 41
gem Fall kan appliciret werden, sehen wir nicht ab, indem facti species besaget, daß Mevius und Cajus, des Bartoli, und nicht des Sempronii, der sie für sich wider Titium zu Zeugen producirt, Amts-Angehörige, weniger aber dieses Leibeigne Unterthanen seyen.

Endlich die

Eilffte Frage:

Ob in Rechten für eine gnugsame Prob

zu halten, wann zwey Zeugen, die dem Handel bey welchem unterschiedliche Personen zugleich injurirt worden seyn sollen gegenwärtig gewesen, der einte Zeug nur daß eine Person, der ander Zeug aber, daß viel injuriret worden, aussaget?

und

Zwölffte Frage:

Ob diß nicht für ein Singular- und Contrar-Aussage also für unerweislich zu halten?

zu conjungiren, so können wir anders nicht erachten, denn daß sothane Aussage deren zweyen Zeugen eine gnugsame Probe der wider Sem-
42 pronium ausgestossenen Injurien sey. Und ob ermeldte Zeugen wohl singulares seyen, und dahero kein fidem zu meritiren scheinen

cum communis Ddrum conclusio existat, Testes singulares fidem non facere, quia ubi singularitas est, ibi est varietas & unitas, quilibet enim est solus, contra jus divinum & humanum autem est, ut dicto unius tantum credatur; imo singularitas testium dividit testimonium & lacerat, unde testes singulares tanquam lacerati & divisi non probant & alter alterius fidem debilitat.

Tabor ad Barbos. *lib. 18. cap. 15. ax. 3.* Carpzov. *p. 1. c. 16. d. 40. & lib. 3. Resp. 66. it. Proc. tit. 13. art. 3. n. 43. seqq.* Hahn ad Wesenbec. *tit. de testib. num. 6.*

43 So ist doch zu mercken, quod singularitas triplex vulgò constituatur: Obstativa, Diversificativa, & Adminiculativa

Farinac. *de testib. q. 64. n. 4. seqq.* Floretz Diaz de Mena *var. quæst. lib. 3. qu. 22. n. 37.* ubi & ipsi singulas species explicant & exemplis declarant.

44 Quod jam dicunt Dd. testes singulares nullam fidem facere, id intelligendum de testibus singularibus singularitate obstativa, iis enim judex nullam fidem adhibere potest, quia plane contrarii sibi invicem sunt. Testes autem singulares singularitate diversificativa faciunt semiplenam probationem, imo & plus quam semiplenam probationem eosdem facere censent

Ddres apud Flor. Diaz de Mena. *d. q. n. 40.* 45
Unde etiam alii voluere posse Judicem, vel ob parvitatem causæ vel ex natura negotii vel aliis ex circumstantiis motum, fidem ejusmodi testibus adhibere, cum alias etiam in arbitrio Judicis sit, quantam fidem testibus singularibus adhibere velit, juxta

Riccium *in decis. Cur. Neapol. 99. & p. 4. Collect. dec. 1084.*

Cujus tamen opinionem rectius non ad- 46
mittere videtur

Gilhausen. *in arb. Jud. Civ. cap. 6. p. 2. art. 1. n. 121. seqq.*

Denique testes singulares singularitate ad- 47
miniculativa plenam faciunt fidem

Floretz Diaz de Mena *d. l.* Gabriel. *tit. de testib. concl. 2.* Gilhausen *d. l.* Farinac. *d. q. 64 num. 78.* Rauchbar. *p. 2. q. 5.* Gail. *2. O. 66. n. 10. seqq.* Berlich. *p. 1. concl. 36. n. 58.*

Weil nun die Zeugen in casu præsenti der 48
letzten Art, und nur singulares singularitate adminiculativa seyn, indem sie darinn übereinkommen, daß Sempronius vor seine Person so und so injuriret sey, und nur darinn differiren, daß der eine sagt, es sey zugleich seine gantze Familie mit angegriffen, der ander aber davon nichts weiß zu bezeugen, kan ihnen ratione injuriarum contra Sempronium effusarum ex eo capite fides nicht denegiret werden, weil sie darinn nicht singular sondern einstimmig seyn.

Die in dem letztern nachgeschickten Schreiben noch angehengte Frage bekommt ihre Decision aus der Resolution dieser also decidirten Fragen, und ist damit schon beantwortet.

Wollten solches ꝛc. Actum in Collegio Nostro den 7. April. st. v. 1688.

CONSILIUM XXIV.

DE

Non facta primo Conductori pensionis ab altero oblatæ denuntiatione, contra expressum tamen pactum contractui in continenti adjectum de ipsum non expellendo, si tantum, quantum novus conductor promissurus sit, obtulerit, sed ipsum in hunc casum huic potius præferendo.

SUMMARIA.

Præmittitur Sententia sub num. 1.
2. & 3. Ratio decidendi prima.
4. Secunda.
5. Pactum in continenti contractui adjectum hujus pars esse censetur.
6. Eandemque actionem, quam contractus ipse, producit.
7. Quod tamen sub certa limitatione est accipiendum.
8. Actio ex pacto contractui in continenti adjecto descendens cum effectu non prius competit, nisi tempore, in quod contractus principalis fuit initus, elapso.
9. Sententia in substrato publicata L. 32. C. de

C. de Loc. Cond. in omnibus est conformis.

10. Locator, conductionis tempore præterlapso, pro arbitrio rem suam iterum locat.

11. Absque ullo onere.

12. usque 16. Dantur tamen Exceptiones.

17. Ex pacto contractui in continenti adjecto jus retractus & Protimiseos valide exercetur.

18. Quilibet per ordinaria juris remedia suum petere debet.

Urthel.

1 IN Sachen Restitutionis in integrum Burgermeister und Raths der Stadt Colberg, Beklagten und Imploranten eines; Entgegen und wider Christoph Hammermeister, Apotheckern daselbst, Klägern und Imploraten andern, so dann Lorentz Tredern gleichfalls Apotheckern allda, Intervenienten dritten Theils; Erkennen und sprechen von GOttes Gnaden wir Fridrich Wilhelm Marggraff zu Brandenburg, des Heil. Röm. Reichs Ertz-Cammerer und Churfürst in Preussen, zu Magdeburg, Gülich, Cleve, Berg, Stetin, Pommern, der Cassuben und Wenden auch in Schlesien zu Crossen und Jägerndorff Hertzog ꝛc. ꝛc. Burggraff zu Nürnberg ꝛc. ꝛc. allein

Fürbringen nach auf eingeholten Rath auswärtiger unpartheyischen Rechtsgelehrten vor Recht, daß die von Imploranten angeführte Gravamina nicht erheblich und es der gesuchten restitution in integrum ungeachtet bey dem am 20 December 1687. publicirten Behörs-Bescheid durchaus zu lassen, und solcher zu confirmiren.

Gestalten wir es durchaus dabey lassen, und hiemit solchen confirmiren.

Daß diese Urthel denen Rechten und Uns zugeschickten Actis gemäß, bekennen wir Decanus und andere Doctores der Juristen-Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Würtembergischen Universität Tübingen, uhrkundlich beygedruckten Unserer Facultät grössern Insiegels.

RATIONES DECIDENDI.

2 DJe Ursachen, so Uns zu Abfassung dieser confirmatori Urtheil des den 20 Decembris abgewichenen 1687sten Jahrs publicirten Behör-Bescheids in Sachen Christoph Hammermeisters als Klägers, und Lorentz Treders, als Intervenienten beeder Apothecker zu Colberg an einem; Entgegen und wider Burgermeister und Rath allda, Beklagte am andern Theil, dahin gehend, daß klagender Christoph Hammermeister gegen Erlegung dessen, wessen sich Burgermeister und Rath zu gedachtem Colberg mit Georg Berndten verglichen, im Bestand und Pension oder vielmehr in Führung des Namens Stadt-Apothecker, præferirt und vorgezogen, demnach es bey denen von Klägern und Intervenienten am 9. Septemb. s. und 10. Octob. 1687. wider Beklagte und ermeldten Georg Berndten erhaltenen Mandatis gelassen werden solle, bewogen haben, bestehen kürtzlich in folgenden.

Erstlich leuchtet die Justiz der ausgesproche-
3 nen Sentenz einem jeden unpaßionirten von selbst gantz hell unter Augen, aus den darinn angeführten Ursachen, welche in der selbst-redenden Billigkeit gegründet seyn. Denn da klagender Hammermeister nicht nur durch Schreiben von beklagtem Burgermeister und Rath zu Aufrichtung einer neuen Raths- und Stadt-Apothecken vocirt, sondern auch einer aus ihrem Mittel an ihn nacher Dantzig geschickt worden, ihn zu persuadiren die Vocation und Condition anzunehmen, als er aber hingekommen und angenommen gewesen, wegen der von Hochlöbl. Regierung dem Rath über die Gerechtigkeit eine Apotheck anzurichten movirter Controvers, in die dritthalb Jahr in seinem Vorhaben aufgehalten worden, und indeß das Seinige aufgesetzt, nachgehends, da Ihre Churfürstl. Durchleucht die Stadt mit dem Privilegio eine Apotheck zu halten mit dem Beding, begnadet, daß Burgermeister und Rath die Apotheck ex ærario publico verlegen, und dieselbe durch einen tüchtigen und Kunst-erfahrnen Provisorem in flore und esse erhalten sollte; Er nichts destoweniger contra tenorem Privilegii auf seinen Kosten und ex propriis die Apotheck aufrichten, doch bey Verlust seiner Wohlfahrt anders nicht aussagen müssen und dürffen, als daß Burgermeister und Rath selbige ex publico verlegte, zu dessen mehrern Bescheinigung man auch an die Apothecken-Fenster-Thüren diese Vers

Hæc sumptu pandit Myrotheca exstructa Senatus

Jurati artificis pharmaca facta manu.

schreiben lassen, deßgleichen über die Haußthür einen blechenen Schild gehenckt mit der Stadt Wappen und dieser Uberschrifft: Die Colbergische Stadt-Apothecke; wäre es die höchste Unbilligkeit von der Welt, wann er von Haltung der ex jussu Senatus propriis sumptibus aufgerichteten Apothecken dergestalten jetzo sollte verstossen, und ein anderer an seine Stelle zum Stadt-Apothecker angenommen werden, weil er nicht gleich so viel Pension geben wollen, als der Rath und Cammerey begehrt, da er doch

den von einem Ehrsamen Rath zur Apotheck ingehabten Ort mit seinem grossen Schaden räumen, und die Apotheck in sein eigens abgelegnes Hauß transferiren müssen, dazu ihm die vorhin genossene Beneficia und Immunitäten, in deren Ansehung er die starcke Pension gegeben, benommen und abgestricket worden.

4 Vors andere sind die von Imploranten dawider eingebrachte Gravamina von keiner Erheblichkeit, denn wann sie 1.) exceptionem non competentis actionis opponiren, sagende, es competire weder dem Hammermeister noch Lorentz Tredern eine action wider sie, und zwar jenem könne keine zukommen, weil er selbst gestanden, 1.) daß ihm nicht eher die Resignation geschehen, als da der anno 1670. auf 12 Jahr eingangene Contract seine Endschafft erreichet gehabt, 2.) daß sie wegen der in seinem Contract enthaltenen Clausul: Daß er nach Verfliessung der 12 Jahr der nächste in Wiederverleyhung seyn solle, mit ihm aufs neue contrahiren wollen, aber wegen der neuen Pension 3.) mit ihm nicht einig werden können. Daher sie auf sein schimpffliches anbieten des Dinten-Pulvers und rothen Sigel-Wachses von ihm gantz ausgesetzt, welches sie so mehr thun können, weil der Vertrag ohne dem ex solo definiti temporis lapsu seine Endschafft erlangt gehabt, und die Resignation nur zum Uberfluß geschehen. Dieser (Lorentz Treder) aber habe gleichfalls keine Action wider sie, weil sie den Hammermeister nicht mehr, sondern nach ihme beschehener Aufkündung den Georg Berndt zum Stadt-Apothecker angenommen, und also nicht zwey, sondern nur einen Apothecker uff ihr erhaltenes Privilegium halten, derenthalben denn Klägern und Intervenienten kein Proceß verstattet werden sollen, weil ihnen dergestalten keine action de jure competirt, und Beklagte und Imploranten ihnen weder ex contractu, noch quasi contractu obligirt seyn.

So stehet ihnen gantz klar entgegen der in anno 1670. mit Hammermeistern geschlossene Contract, deme dieses pactum in continenti angehängt, daß nach Verlauff der 12 Jahr, uff welche sie mit ihm also contrahirt, er in Wiederverleyhung vor andern der nächste seyn solle, welchem Pacto sie damit kein Genügen geleistet, daß sie ihm nach Verfliessung der 12 Jahr angewiesen, sich aufs neu mit ihnen zu vergleichen, da er aber die geforderte hohe Pension nicht geben wollen, alsbald einem andern den Genuß ihres Privilegii verliehen, sondern es wäre ihnen vermög dessen obgelegen gewesen, die von Georg Berndten offerirte Pension dem Hammermeister zu notificiren und zu vernehmen, ob er dieselbe auch geben wolle, und wann er sich dessen gewegert, hätte es ein Schein Rechtens gehabt, ob wären sie befugt gewesen mit Georg Berndten zu contrahiren; Da sie aber solches nicht gethan, sondern ihn Hammermeistern schlechter Dinge, da er die grosse fast unbillige Pension nicht so gleich einwilligen wollen, verstossen, und absque prævia illi facta denunciatione oblatæ à Georgio Berndten pensionis mit diesem den Contract geschlossen, und ihn zum Apothecker angenommen, ist jenem ex pacto illo contractui in continenti adjecto die actio dieses, was er gebeten mit Recht zu suchen, in allwege zugewachsen, und acquirirt.

Est enim juris notissimi ac tralatitii, pacta, 5
quæ contractibus, præsertim bonæ fidei, in continenti accedunt, ex cohærentia contractuum, quorum partes esse censentur, vim & potestatem efficaciter obligandi accipere atque actionem producere

l. 7. §. 5. ff. de pact. l. 13. C. eod. Frantzk. *ad tit. ff. de contrah. empt. vendit. num. 317.* Bachov. *ad τὰ πρῶτα, cap. de pactis adject.*

& quidem illam ipsam, quam contractus qui- 6
bus accesserunt alias pariunt, sed pro ratione contentorum in pacto informatam, aut quandoque præscriptis verbis actionem

l. 4. §. 2. de leg. commiss. l. 16. de addict. in diem l. 75. l. 79. de contrah. empt.

modo pacta adjecta non sint juri contraria, 7
vel etiam contra substantiam atque naturam intrinsecam contractus, cui adjiciuntur

arg. l. 15. de condit. instit. l. 7. §. 7. de pact. & arg. l. 11. §. 1. de reb. credit.

sed talia, quæ ab initio potuerint esse pars contractus.

Frantzk. *alleg. tit. n. 406.*

Non potuit autem in nostro casu actio & 8
ex pacto isto ante cum effectu competere secundum naturam pacti, quam elapsis illis annis 12. in quos contractus principalis initus, factaque relocatione, in qua cum Implorantes non observaverint quæ pacto illo promiserunt, rectè Actor & Imploratus ad promissa implenda agit, nim. ut ipse vi pacti tantum offerens quantum novus conductor promisit, ipsi præferatur.

Deren Action denn gantz gemäß die Urthel 9
also ergangen, wie sie ausgefallen,

juxta textum apertum & clarum *in l. 32. C. de locat. cond.* ibi: *nisi forte pacta per scripturam specialiter inita cum dominis, vel cum his qui postea conduxerint, legibus videlicet cognita agentis intentionibus suffragentur.*

Nam licet regulariter locator præterla- 10
pso tempore conductionis pro arbitrio rem suam iterum locare possit, cui velit, nec ab hoc, qui rem prius conductam habuit, finita conductione, in eo impediri queat vel debeat

d. l. 32.

neque Juri retractus in locatione sit locus, 11
sicut nec Jure Romano fuit in emptione,

l. 14. C. de contrah. empt.

attamen regula hæc officium suum perdit, 12
tribus potissimum in casibus, notatis

ab Ant. Gomezio *lib. 2. var. resol. tit. 3. n. 5.* Mynsing. *4. O. 23.* Sanden. *lib. 3. decis. Frisic. tit. 6. d. 2.* Brunnem. *ad l. 4. C. de locat. prad. civil.*

quorum

13 quorum primus est si Magister s. Scholaris conduxerit domum, ille enim aliis præfertur in reconductione pro eadem pensione
c. 1. x. de locat. & cond. ibi Glos. & Dd.
14 secundus in conductoribus prædiorum publicorum
d. l. 4. C. d. locat. præd. civil.
15 tertius est hic noster, si nempe ita convenerit, ne locatori liceat alteri quam conductori relocare, quamdiu hic rem conductam retinere & tantum dare vult, quantum alius
d. l. 32. C. de locat. cond.
16 vel talis sit loci consuetudo, hæc enim idem operatur quod pactum,
laudati Authores, *cit. loc.* quibus add. Matth. de Afflict. *de Jure Protimis. rubr. de Jure Protim. n. 1. 2. 3.* Jacob. Novell. *sim. tr. §. 4. n. 68.*

müssen raumen, so sind sie doch auch, nachdem er solches thun müssen, dazu er der übrigen vorhin genossenen Beneficien und Immunitäten beraubt, nicht mehr befugt gewesen eine sondere grosse Pension an ihn zu begehren, und ihn, weil er solche nicht geben wollen, gleich gar von der aus seinen eignen Mitteln aufgerichteten Apotheck zu verstossen, seine Nahrung ohn rechtmässige Ursach gantz zu benehmen und einem Fremden zu geben
arg. l. 9. §. 1. l. 15. §. 2. 7. l. 19. §. 6. l. 33. ff. locat. vid. post Bossium *in Pr. Crim. tit. de remiss. merced. n. 104.* B. Lauterb. *ad tit. ff. locat. §. 2. n. 6.*

Woraus ferner 2. zu sehen, daß diese von Beklagten und Imploranten etlicher Massen selbst agnoscirte æquitas, worauf sich der Behörs Bescheid gründet, nicht nur cerebrina, sondern in Legibus optime fundata sey.

3. Hat Kläger und Implorat das ihm, Beklagter und Imploranten eignen Geständniß nach, verschriebene Näher-Recht nicht mißbraucht, sondern Beklagte und Imploranten sind vielmehr mit ihm ungütig umgangen, indem sie vor Nichts eine grosse Pension gefordert.

4. Ist von keiner Erheblichkeit, daß Imploranten sagen, es sey res nicht mehr integra, und der Contract mit Georg Berndten völlig geschlossen, auch dieser fast das Corpus Medicinale
17 aufgericht, denn weil Kläger und Implorat ex pacto contractui in continenti adjecto das Jus Protimiseos & retractus competirt, wird durch dessen Exercitium dieser mit Georg Berndten geschlossene Contract entkräfftet und vernichtet, und mag er ihm selbst imputiren, daß er so præceps gewesen, oder sich seines Schadens bey denen, die Ursächer dessen, erhohlen.

Und obwohl 5. Beklagte und Imploranten nicht können verhindern, daß er das Rathhauß
18 Haben 6. Beklagte und Imploranten an Klägern und Imploraten noch einige Pension mit Recht zu fordern, müssen sie selbige per ordinaria remedia an gehörigen Orte suchen, nach denen den 3ten April und 18ten Julii 1685. ergangenen Urtheilen, deren die Letzte in rem judicatam erwachsen.

Daß Beklagte und Imploranten 7. mit einem andern, der ihnen mehr geboten als Kläger und Implorat, contrahiren können auch non facta Actori & Implorato denunciatione pensionis ab altero oblatæ, und Kläger jetzo ihnen invitis nicht aufgedrungen werden könne, widerlegt sich aus obigem von selbst, und sind Beklagte durch den ergangenen Behörs Bescheid nicht nur zur Transaction angewiesen, sondern es ist dadurch tanquam per definitivam die Sach gäntzlich entschieden, dabey es auch billich ungeacht darwider eingewendeten Gravaminum sein Verbleiben hat, gestalten, weil Klagenden Hammermeisters Action und Intention dergestalt best fundirt und erwiesen, vor sich nothwendig folgt, daß auch des Intervenienten (Treders) Petition und was darauf erkannt, nicht unbillich, sondern ebenmäßig bestens gegründet sey, und dahero sein Verbleiben auch dabey billich habe.

Welches ꝛc. Actum in Collegio nostro den 5ten Maji 1688.

CONSILIUM XXV.

DE

Pacto Dotali, contra formam licet in Jure Statutario Württembergico Parte III. Tit. VIII. §pho. Es sollen ꝛc. præscriptam, dehinc nulliter condito ac celebrato: Ob factam tamen ejus ab alterutro conjugum in ipsius ultima voluntate confirmationem, & superstitis conjugis subsequutam adimpletionem, & realem approbationem nihilominus firmo ac valido.

SUMMARIA.

1. 2. & 3. AD pacta dotalia a duobus conjugibus liberos vel non vel habentibus confecta quid in utroque casu requiratur?
4. Hac Forma neglecta actus est ipso jure nullus.
5. Nec per ratihabitionem confirmatur.

6. *Nec refert quocunque modo nullitas cautata sit.*
7. *Imò ipsa ratificatio est nulla.*
8. *Defectus pactorum dotalium in substrato confectorum, per modum rationis dubitandi hic ostenditur.*
9. *Actus ex defectu solennitatis nullus per expressam ratihabitionem confirmari nequit, hinc multo minus per tacitam.*
10. *Cujus ratio hic subjungitur.*
11. *Secunda dubitandi ratio ex lege 35. §. 1. C. de inoffic. testam. adducitur.*
12. *Tertia dubitandi ratio ex ejusdem legis 35. Cod. de Inoff. Test. §. 2. desumitur.*
13. *Filius si, minus legitima sibi relictum vel donatum, acceperit, an sibi præjudicet & quando?*
14. *Sententia Parisii de hoc adducta.*
15. & 16. *Ex unanimi Ddrum sententia specialis à filio renunciatio exigitur, ut à jure petendi supplementum legitimæ excludatur.*
17. *Quæ thesis à quibusdam Ddribus ampliatur & extenditur.*
18. *Illustratur & explicatur hæc ampliatio.*
19. *Cui tamen multi alii contradicunt, hancque ampliationem rejiciunt.*
20. & 21. *Quartum dubium ex identitatis ratione desumtum.*
22. & 23. *Prima decidendi ratio, pro validitate horum pactorum dotalium licet absque testibus confectorum, ab exclusione & renuntiatione acquæstus conjugalis post mortem alterius conjugis regulariter dividendi depromta.*
24. *Bonorum communioni & societati inter conjuges statuto introductæ contrario pacto & quidem vel tempore matrimonii contrahendi, vel eo jam contracto libere renuntiari potest.*
25. & 26. *Hujusmodi conventionibus omninò standum est, ex rationibus hic subjunctis.*
(*) *An tale pactum bonis moribus non sit contrarium?*
27. & 28. *Pro hujusmodi pactorum valore in dubio semper pronunciandum.*
29. *Hæc pacta cujus sint efficaciæ?*
30. *Societate bonorum conjugali sublata, cessat quoque petitio medietatis lucrorum acquisitorum.*
31. *Maritus in conventione antenuptiali de certa portione in casum præmorientis uxoris sibi prospiciens ulterius petere nil potest.*
32. & 33. *Ratio prima, cur defectus testium hæc pacta dotalia haud annullet, ex confirmatione horum in ultima voluntate conjugis desumta, ubi simul notabilis ratio subjungitur.*
34. *Secunda ratio deducitur ex approbatione actuali & reali ultimæ hujus voluntatis a superstite Conjuge facta.*
35. & 36. *Testamentum in totum vel approbandum vel reprobandum venit.*
37. & 38. *Ratio tertia: qui petit vel retinet aliquid ex testamento illud approbasse censetur.*
39. & 40. *In genere non est audiendus quis contra id quod semel approbavit.*
41. 42. 43. & 44. *Testamentum semel imo plane in uno capitulo approbatum totum, ut & codicillos ipsius approbasse præsumitur.*
45. & 46. *Ratio quarta: instrumentum producens in eo se fundans, ibique ipsi relicta petens, eaque accipiens, illud in totum omnino & plenarie approbasse præsumitur.*
47. 48. & 49. *Ex rationibus hic subjunctis.*
50. *Approbatio actum per se nullum ac vitiosum corroborat.*
51. *Ratio quinta: æquum est, ut eodem jure, quod quis in alium statuerit, utatur.*
52. *Ratio sexta: nulliter quis impugnat id, cujus ipse Autor est.*
53. *Contra Tabb. Bon. Poss. petere nequit, qui sua manu exheredem se scripsit.*
54. & 55. *Regula juris, quod actus ipso jure nullus non possit ratificari, suas notabiles patitur & admittit limitationes, quæ hic recensentur.*
56. *Uxor, quæ, vivente marito, contra legis prohibitionem, absque illo contraxit, eo mortuo contractum ratificare absque dubio potest, quæ subsecuta ratificatio necessitatem ipsi imponit.*
57. *Quod applicatur ad casum propositum.*
58. & 59. *Semel approbatum revocari nequit, illiusque rescissio frustra postulatur.*
60. *Superius in contrarium allegata Lex 35. §. 1. & 2. Cod. de Inoff. testam. male & inepte huc applicatur.*
61. 62. & 63. *Ratio differentiæ hic ostenditur.*
64. *Latissima fit interpretatio cum ad Jus primævum revertimur.*
65. 66. 67. & 68. *Et quidem variis modis.*
69. *Hinc renunciatio alias non valida, tamen valet, si reditus fit ad jus commune.*
70. & 71. *Quod applicatur ad casum præsentem.*

I DEmnach wir zur Juristen Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Wirtemb. Universität Tübingen verordnete Decanus und andere Doctores freundlich ersucht worden unser rechtlich Gutachten und Sentiment über die an uns überschickte Facti Speciem und deroselben angehängte Frage per rationes dubitandi & decidendi schrifftlich zu communiciren; So haben wir dieselbe sammt den Anlagen, in IX. numeris bestehend, sammt und sonders mit gebührendem Fleiß durchlesen, reifflich erwogen, und in versammleten Collegio einmüthig dahin geschlossen, Daß, ob wohl es ein Ansehen haben möchte ersten Anblicks als

wäre

wäre der Viduus Johann Metsch gar wohl befugt, das obgleich bereits adimplirte Heyraths-Pact zu impugniren, und den ihm nach Fürstl. Wirtembergischen Landrecht, neben seinem Zubringen, Voraus, und halber Errungenschafft, von der Defunctæ eigenthumlichen Vermögen gebührenden Pflichttheil zu suchen berechtiget,
2 in Ansehung 1. wann gültige und zu recht beständige Ehepacten zwischen Eheleuten sollen aufgerichtet werden, in Fürstl. Wirtenbergischen Landrechten erfordert wird

Part. 3. tit. 8. §. Es sollen &c. pag. 354.

daß auf jedes Ehegemachts Seiten, da sie keine Kinder aus vorhergehenden Ehen zusammen gebracht, wenigst drey unverwandte Personen, welche den paciscirenden Ehegemächten ab intestato nicht succediren, sondern auf den Fall für unpartheyische oder taugendliche Zeugen gehalten werden mögen, dazu gezogen werden.
3 Da sie aber einer oder beyderseits aus vorhergehender Ehe Kinder hätten, sollen sie neben itzogemeldten Zeugen auch der-Kinder Vormünder und drey ihres verstorbenen Vaters- oder Mutter-halber nächste, der Sachen verständige, Verwandten zu der Heyraths-Beredung ziehen, und mit ihrem Vorwissen und Gutachten handlen. Welches also pro forma pactorum dotalium ad illorum subsistentiam & validitatem erfordert wird.

4 Forma illa proinde non servata, actus est ipso jure nullus

l. 55. l. 44. §. 3. ff. de condit. & demonst. l. 1. 2. C. quand. prov. non est necess.

5 Actus autem ipso jure nullus per ratihabitionem non potest confirmari

l. 4. §. fin: de Offic. Proconf. l. 19. §. idemque est. ff. de novat. l. 3. §. 2. de minor.

6 sive nullitas causata sit ex defectu personæ inhabilis, sive ex defectu rei in dispositione positæ, sive ex defectu juris, sive ex defectu solennitatis omissæ, ut hic, nunquam enim actus convalescit, ut valeat, nam quod non est, nec substantiam suam habet, ratificatione convalidari non potest,

Moller. *lib. 1. Semestr. c. 18. n. 5.*

7 & ratificatio actûs nullius & ipsa nulla est.

Mascard. *de probat. concl. 1255. n. 58.*

8 Es sind aber dißfalls die zwischen Johann Metschen, gewesenen Schultheissen zu Heßigheim, Beßigheimer Amts, und Frau Agnes, weyland Hrn. David Pfleiderers, gewesten Burgermeisters zu Winneden nachgelassener Wittib aufgerichtete Ehe-Pacta in allem nur von vier Personen, und von den Paciscenten selbst gar nicht einmal unterschrieben, da doch er Metsch 6 Kinder aus erster Ehe gehabt, so der Zeit noch nicht alle majorennes gewesen, deßwegen selbige ob non adhibitum legitimum testium numerum für ipso jure null und nichtig zu halten, denen folglich argumento dictorum keine Krafft durch sein Metschen Genehmhaltung dem Ansehen nach zuwachsen können, gestalten, wann der-
9 gleichen actus ex defectu solennitatis omissæ nullus nicht kan per expressam ratihabitionem confirmirt werden, wie viel weniger wird solches die Ratihabitio tacita, die hier aus Annehmung der dem Viduo in solchen Pactis assignirten Summ der 300 Gulden will geschlossen werden, haben, würcken und thun können?

Cum constet non esse majorem taciti 10
quam expressi virtutem, sed etiam multis in casibus ne quidem tantum operari tacitum, quantum operatur expressum.

Barbosa *lib. 18. cap. 2. ax. 2.*

2. Scheinet kein geringes Argument pro 11
hac sententia zu nehmen seyn, ex

l. 35. §. 1. C. de inoffic. testam.

ubi Imp. Justinianus constituit, quod si filius pactus sit, cum patre se acceptis nonnullis rebus nolle testamentum paternum impugnare, pacto tamen illo non obstante post mortem patris querelam contra testamentum ejus intentare, & legitimam seu implementum ejus petere possit, verbis Imperatoris ita sonantibus: *Illud etiam sancimus, ut si quis à patre certas res vel pecunias accepisset, & pactus fuisset, quatenus de inofficioso querela adversus testamentum paternum minime ab eo moveretur, & post obitum patris filius, cognito paterno testamento non agnoverit ejus judicium, sed oppugnandum putaverit: vetere jurgio explosо hujusmodi pacto filium minime gravari secundum Papiniani responsum, in quo definivit, meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstringendos; sed hoc ita admittimus, nisi transactiones ad heredes paternos filius celebraverit, in quibus apertissime judicium patris agnoverit.*

Und 3. scheinet noch ein stärckeres Argument 12
zu geben

d. l. 35. §. 2. ubi Imperator rescribit: Et generaliter definimus, *quando Pater minus legitima portione filio reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis causa donatione, vel inter vivos sub ea conditione, ut hæc inter vivos donatio in quartam ei computetur: Si filius post obitum patris hoc, quod relictum vel donatum est, simpliciter agnoverit, forte & securitatem heredibus fecerit, quod ei relictum vel datum est, accepisse, non adjiciens, nullam sibi superesse de repletione quæstionem: nullum sibi filium facere præjudicium, sed legitimam partem repleri, nisi hoc specialiter sive in apocha sive in transactione scripserit, vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte, de eo, quod deest, nullam habeat quæstionem, tunc enim omni exclusa querela paternum amplecti compelletur judicium.* Ex quibus 13
verbis patet, quod si filius simpliciter acceperit sibi relictum vel donatum minus legitima, non præjudicet sibi, quo minus ad supplementum agere possit, nisi specialiter & nominatim huic renunciaverit, seque quod relicto contentus esse, nec quicquam amplius petere velit, verbis expressis declaraverit. Ratio est secundum Parisium

lib. 3. Cons. 9. n. 3.

14 quod filius simpliciter agnoscendo à Patre sibi relictum se dispositioni Patris confirmet, volentis illud solum imputari in legitimam, & proinde non sufficere, neque per illud minus relictum filium à supplemento excludi, lege præsumente, eam fuisse patris voluntatem, ut supplementum debeatur atque ipsi detur.

l. 30. C. de inoff. testam.

15 quare ut à jure petendi supplementum filius excludatur, specialis exigitur renunciatio

d. l. 35. §. 2.

16 Ex quo §. communiter Dd. fere ad unum omnes concludunt, quod ad hoc, ut legitima filio debita tollatur, s. ut ipse excludatur à jure eam s. supplementum ejus petendi, omnino requiratur expressa & specialis illius renunciatio, nec generalis sufficiat. Utcunque igitur filius generaliter bonis vel hereditati aut successioni patris renunciaverit, non tamen prohibeatur legitimam vel ejus supplementum petere, sicut innumeros in hanc sententiam allegat

Menoch. *lib. 1. Cons. 71. num. 2.* Paul. Galleratus *de renunciat. cent. 1. renunc. 47. n. 6.*

17 Quod plures eo extendunt, ut dicant nec juratam hereditatis & successionis paternæ renunciationem generaliter factam ad legitimam vel ejus supplementum trahi, etiamsi amplis verbis facta fuisset, cum renunciatio specialis circa legitimam pro forma requiratur, ac proinde non sufficiat generalis cum juramento quoque facta. Quamvis enim

18 alias juramentum vim clausulæ specificatæ habere soleat,

l. 77. §. 23. de legat. 2.

illud tamen tum demum procedere, si lex non requirat pro forma actum specificari, tunc enim juramentum formam istam non supplere tradunt, quia itaque tx. d. §. 2. ex mente ipsorum pro forma disponit, quod legitimæ ejusque supplemento specialiter sit renunciandum, juramentum hic vim clausulæ specificatæ haud obtinere posse asserunt allegati

à Paul. Gallerato *d. l. num. 8.*

19 Quibus tamen haud pauci contradicunt, existimantes generalem juratam renunciationem successionis vel hereditatis paternæ omnino etiam legitimam comprehendere, atque adeo si quis cum juramento hæreditati, bonis aut successioni Patris renunciaverit, utique vi juramenti quoque legitimæ renunciasse censeatur, nisi adeo obscura & generalis sit renunciatio, ut minime verisimile sit, de ea à partibus cogitatum fuisse.

vid. Gallerat. *d. l. n. 11. 12.* Seraphin. de Seraphinis *de Privileg. juament. privil. 70. n. 16. 17.*

20 Von dem Sohn nun, de quo d. l. & Dd. loquuntur, 4. auf die Eheleuthe, so Fürstl. Würtemb. Landrecht nach nicht weniger, als die Eltern und Kinder einander von ihrer Verlassenschafft ein Pflicht-Theil zu vermachen schuldig, dergestalt, daß wann ein testirend Ehegemächt sothaner Satzung zuwider dem andern den bestimten schuldigen Pflicht-Theil gar nicht, oder nicht vollkommen verschafft, nichts destoweniger die Erben solchem ausgeschlossenen oder verkürtzten Ehegemächt seinen gantzen Pflicht-Theil auf sein Begehren zuzustellen gehalten

J. P. W. *part. 3. tit. 16. §. 1. 2. p. 388.*

Ex identitatis ratione zu argumentiren, fließt 21
ex dictis daß ungeacht hierfalls der nachgelassene Ehemann Metsch die ihm in den nichtigen Ehe-Pacten assignirte 300. fl. samt dem ihm in der anno 1683. aufgerichteten letzten Willens-Verordnung verschafften Legat simpliciter ohn Weigerung angenommen, er dennoch wohl befugt das Supplementum des ihm gebührenden Pflicht-Theils von der verstorbenen Frauen Verlassenschafft zu erfordern, weil er dessen sich nicht expresse und specialiter begeben, daher ihm das jus petendi & exigendi supplementum legitimæ Jure Provinciali debitæ in allweg bevor zustehen und in salvo zu seyn es ein gewaltiges Ansehen hat.

Jedoch dessen allem ungehindert beständig 22
dafür zu halten, daß er Maritus Johann Metsch keines wegs wider das bereits adimplirte Heyraths-Pact, ob gleich solches ob defectum testium juxta Juris Provincialis Würtembergici dispositionem adhibendorum mangelhafft wäre, (welches zu erkundigen er Metsch auf des Consulentis Verlangen und Begehren schuldig und gehalten das andere ausgefertigte Exemplar zu produciren oder mittelst Eydes zu erhalten, daß er solches nicht bey sich, noch wo dasselbe vorhanden Wissenschafft habe, auch mit Fleiß gefährlicher Weise nicht von Handen kommen lassen,

per l. fin. C. de fide instrum. Carpz. *in Proc. tit. 14. art. 4. n. 65.* Berlich. *part. 1. Concl. 45. n. 84.* Mev. *p. 7. dec. 281.*)

kommen, selbiges umstossen, und neben dem halben Theil der Errungenschafft den dritten Theil der Erbschafft mit Recht suchen könne und möge, sondern sich mit dem empfangenen und willig angenommenen durchaus contentiren müsse, und von der Welt nichts weiters an die verlassene Erbschafft zu prætendiren habe. Und 23
dieses 1. der Ursache, weil expresse in dem Heyraths-Pact versehen, daß, wann GOttes gnädigem Willen nach er Herr Johann Metsch über kurtz oder lang vor ihr Fr. Agnes die Schuld menschlicher Natur bezahlen würde, sie von seinem eigenthümlichen in die Ehe gebrachten Vermögen vor alle ihre von ihm zu gewarten habende Erbschafft funffzig Gulden paar Geld hinweg zu nehmen haben, und von seinen Kindern heraus gegeben, dagegen ermeldten seinen Kindern all dasjenige, so er von Hessigheim herauf bringe, von Stück zu Stück wieder erfolgt werden solle. Hergegen falls sie

Fr.

Fr. Agnes GOtt vor ihme Metschen aus dieser Zeitlichkeit zu seinen Gnaden über kurtz oder lang abfordern sollte, so sollten ebenmäßig von ihrem eigenthümlichen verlassenden Vermögen dreyhundert Gulden paar Geld, oder dessen gleichgültigen Werths, nach seinem Belieben NB. vor all sein von ihro zu hoffen habende Erbs-Gebühr von ihren Erben ihme gegeben werden, dazu auch die Ehe-Bettstatt samt dem angerichten Bett und aller Zugehörd, nicht weniger eine beschlagene Truchen für eigen, und Lebens-würiger Beysitz in dem bereits bewohnenden Hauß verbleiben. Im übrigen weiter NB. keine Errungenschafft noch Einbuß gesucht, noch von ein oder dem andern dieser beeder Ehegemächt oder deren Erben prætendirt, sondern jeder Theil mit obgehört seinem pactirten Erbtheil, und demjenigen seinem zubringenden Vermögen, wie sichs dann zur Zeit der Theilung ergeben werde, contentirt und abgefertigt werden solle ꝛc. Woraus klar erscheinet, daß die beyde Eheleuthe die sonst in diesem Hertzogthum zwischen Eheleuthen obtinirende societatem bonorum, vi cujus, matrimonio soluto, & societate finita, acquæstus inter eos ex æquo dividitur, durch solche Ehe-Pact excludiret haben, wie solches erlaubt und zugelassen.

24 Sic enim illam bonorum communionem & societatem inter conjuges statuto vel consuetudine introductam ipsos contrario pacto, non tantum tempore contrahendi matrimonii, sed etiam matrimonio jam contracto excludere posse post alios docet

B. D. Lauterbach *Diss. de societ. bonor. conjug. cap. 2. §. ult. & c. 6. §. 1.* add. Argentræus *ad consuetud. Britann. art. 418. verb. les Acquets. n. 5.* Christinæus *vol. 3. Dec. Belg. 135. n. 16.* ubi refert ita judicatum in causa Crispini von Brocke contra Ant. de Varennes.

25 Ac talismodi conventioni omnino standum esse, ipsa æquitas postulat, non modò ideò, quod conventiones & pacta juri & æquitati non repugnantia in genere ab omnibus servanda, idque ut fiat & civilis & naturalis ratio suadeat

l. 1. de pact. l. 1. de const. pec. Vultej. *vol. 4. Consil. Marp. 44. n. 33.*

26 sed & propterea, quod imprimis pacta dotalia in specie præ aliis, quatenus bonis moribus non adversantur, (*) (dici autem non potest pactum tale communionem bonorum tollens bonis moribus adversari, cum constet, eam Jure Civili Romano Justinianeo plane non obtinuisse) observanda nec infringenda veniant.

l. 1. C. de pact. convent. Kohl *de pact. dot. part. prior. num. 2.*

Si enim usquam, certè in pactis dotalibus fides præstanda, cum procedatur ad rem inter homines maximam, 27

Christin. *d. l. n. 1.*

& hinc pro ipsorum valore in dubio semper judicandum. 28

l. 1. §. 16. C. de rei ux. act. Fontanell. *de pactis dotal. claus. 5. gl. 8. part. 12. n. 54.* Annæus Robert. *rer. judic. lib. 4. c. 1. in fin.*

Derogantque eadem omni juri, legibus scriptis, statutis, consuetudinibus locorum & his omnibus prædominantur ac præferuntur. 29

Gail. *2. Obs. 8. n. 15.* Carpzov. *dec. 60. n. 12.* Richter *de succes. ab intest. in Proœm. n. 1.*

Ist dann die Societas bonorum conjugalis communionem lucrorum continens durch das abgeredte pactum dotale zwischen beeden Eheleuthen aufgehoben und excludirt, so kan jetzo der Ehemann medietatem lucrorum acquisitorum nicht prætendiren, sondern muß sich mit dem Pactirten vergnügen lassen. 30

Quemadmodum in simili, si maritus in conventione antenuptiali de certa portione in casum præmorientis uxoris sibi prospexerit, eâ illum omnino contentum esse debere, neque ipsi regressum ad mobilium ex statuto ipsi forte debitorum successionem patere, nec aliud quicquam præterea ultra portionem in pactis dotalibus sibi assignatam eundem petere posse tradunt 31

Schurff. *cent. 1. Cons. 42. n. 8. in fin.* Kohl *de pact. dotal. part. 2. n. 82.* Mev. *p. 6. Dec. 31.* Carpzov. *p. 3. c. 23. d. 1.* Pensold ad Coler. *dec. 286. n. 175.* expresse dicens, pacta dotalia imprimis attendenda esse, & juxta illorum tenorem superstiti successionem deferendam, nec curari de dispositione juris communis.

Und obwohl hier bey diesen pactis dotalibus einiger Abgang an den Zeugen und Personen, so dazu in Fürstl. Würtembergischen Landrechten erfordert werden, deßwegen selbige ipso jure null und nichtig, unkräfftig und unbündig zu seyn scheinen, so ist doch zu considériren 1. daß 32 sie die Ehefrau in ihrem den 22. Jan. 1683. aufgerichteten letzten Willen solche Heyraths-Abred in allem confirmirt und bestättiget, ibi: **Demnach zwischen ihnen Eheleuthen ein gewisser Heyraths-Geding den 8. April. 1679. unter dem Inhalt wie es nach eines oder des andern nach GOttes Willen erfolgendem Tod gehalten werden sollte, aufgesetzt, als bleibe solche Handlung forderist in allweg in seinen besten Kräfften, und wolle sie Testirerin das, was darinn versehen, fest gehalten haben, und über das, was in vorerwehntem Heyraths-Geding beschrieben sey, ihrem Ehemann aus freyem unberedtem Willen, von ihrem verlassenden Vermögen noch verschafft und vermacht haben,**

ein Kellerlein unten in der Stadt ꝛc. samt dem darinn liegenden Wein und Fässern ꝛc. einen halben Morgen Weingarts und Egerten im Glöcklein, ingleichen zu der in mehrgemeldter Heyraths-Handlung beschriebenen bereiteten Bettstatt noch zwey Leylachen, zwey Tischtücher und zwey Handzwellen ꝛc. welche Verordnung in ihrer anderweiten den 28. Novemb. 1685. aufgerichteten disposition wieder de novo confir-
33 mirt, demnach solche Heyraths-Abred ein Pars sothaner ihrer letzten Willens-Verordnungen worden ist.

34 Weil nun 2 der Ehemann diese letzte Willens-Verordnungen seiner Frauen in dem approbirt, daß er das ihm in denselben, über die in der Eheberedung für seine Erbs-Portion ihm assignirte 300 fl. und ausgerüste Bettstatt verschaffte Legat des Kellerleins, samt den drinn enthaltenen Fässern und Wein agnoscirt, den Wein noch in Lebzeiten der Testirerin in gutem Werth verkaufft, und das erlößte Geld à etlich 100 fl. ihm selbst appropriirt und zuge-
35 eignet, so muß er selbige auch quoad punctum der darinn confirmirten Ehe-Beredung genehm halten, und kan sich durchaus nicht dawider aufflehnen, oder selbige itzo ex defectu testium vel ullo alio ex capite aut prætextu impugniren, angesehen solches keines weges zuläßt testamenti indivisibilitas, quæ facit ut

36 non possit pro parte agnosci & pro parte reprobari testamentum, sed in totum vel approbandum vel reprobandum sit.

l. 7. ff. de R. J. l. 18. C. de jur. delib. Dauth *de testament. n. 14.* Cæsar de Ursillis *in not. ad* Matth. de Afflictis *dec. 53. n. 4.*

37 Und ob gleich 3. er Viduus itzo wollte zuruckgehen, und das Legat samt dem Testament auch zugleich repudiiren und oppugniren, so stehet ihm doch solches, nach einmahl beschehener approbation, zu thun nicht mehr frey.

38 Certum enim & indubitatum est, approbare illum testamentum, qui petit vel retinet sibi in eo relicta.

Cravetta *Cons. 237. n. 3.* Mascard. *de probat. concl. 1255. n. 4.*

39 Uti enim alias in genere non est audiendus quisquam contra id, quod semel approbavit

l. 13: C. de non num. pec. l. 12. §. 1. C. de reb. cred.

40 neque consensum, quem quis semel accommodavit, revocare potest,

l. 11. de servit. præd. rust. l. 9. §. 1. de aq. pluv. arcend.

41 ita & in specie testamentum semel approbatum non potest deinde amplius impugnari, sed ex semel facta approbatione valet & executioni mandandum est, etsi alias invalidum sit.

l. 4. C. de repud. hered. l. 75. de reg. jur. l. 16. §. 1. C. de testam. Mev. *part. 7. dec. 9.* Marta Neapol. *Digest. novis. Tom. V. voc. Testamentum. cap. 134. ex dec. Rot. Rom. 637. p. 1. in novissimis* Blanchetti.

Et unius capituli testamenti approbatio 42
totius approbationem infert, ita, ut qui illud respectu legati vel fideicommissi, sibi relicti aut institutionis heredis approbavit, in omnibus approbasse censeatur, nec in alio contravenire volens audiendus sit.

Moller. *lib. 1. semestr. c. 20. n. 2.* Gœdd. *vol. 4. Cons. Marp. 17. n. 44.* Tib. Decian. *vol. 2. Resp. 2. n. 80.* Vinc. Honded. *v. 1. Cons. 69. n. 35. seqq.*

Prout etiam testamentum approbans codi- 43
cillos approbasse judicatur

Gœdd. *d. l.* Decian. *vol. 3. Resp. 70. n. 17.* Marta Neapol. *d. l. cap. 135.*

atque ita in terminis, ut ajunt, terminantibus 44
conjugem testamentum, in quo portio statutaria deminuta est, semel approbatum deinceps validè amplius oppugnare non posse, tradunt

Petr. Peck *de testament. Conjug. lib. 3. cap. 21. num. 1. seqq.* Berlich. *part. 3. concl. 9. n. 38.* Mev. *ad Jus Lub. lib. 2. tit. 1. art. 8. n. 58.*

4. Ist er Viduus auch so weniger post fa- 45
ctam semel approbationem ultimæ voluntatis, cujus virtute nunc ceu pars ejus pactum dotale quæstionis valet, wider dieses mit seiner impugnation zu hören, wann er wie in Facti Specie enthalten, sich nach seiner Frauen seel. Todt selbst angemeldt, und mit Vorweisung des sub Lit. C. copeylich beyliegenden Exemplars von getroffenem Heyraths-Pact seine Satisfaction darauf begehrt, selbige ihm an gutem Gelde zu geben gebeten, und da er sie empfangen, sich deßwegen mit dargereichter Hand gegen die instituirte Erbin freundlich bedanckt, mit Vermelden, daß wann er gewollt, ihme die Defuncta noch ein mehrers vermacht, er habe es aber nicht verlangt, sondern habe GOTT Lob genug ꝛc. auch ihro der Testaments-Erbin von selbst die Schlüssel zun Küsten und Kästen, ausser die Güld- und Schuld-Brieff, welche, als auf viel tausend sich belauffend, er jedoch gleichfalls unerfordert und unermahnet zu extradiren, und ihr bey ihrer Wiederkunfft mit Vorforderung der Schuldner in die Hand zu stellen, und mit ihnen richtige Abrechnung zu pflegen, sich gantz freywillig anerbotten, übergeben, die erhobene Zinß ihro geliefert, und sie also vor die einige Universal-Erbin erkannt, ja, als nach der Begräbniß der seel. Frauen, Herr Vogt und das sämmtlich Waysen-Gericht wegen der Obsignation Anfrag gethan, er im Namen der Testaments-Erbin ihnen zur Antwort hinterbracht, weil die Defuncta mehrmahls befohlen, die Inventur als unnöthig zu unterlassen, indem ein jedes wisse, was

er

er Krafft der Testamenten und Heyraths-Abred zu fordern, und auſſer Streit zu empfangen habe, als begehre man die Obſignation nicht, ſolle aber nichts deſto weniger die allenthal-
46 bige Gebühr danckbarlich beobachtet werden. Dann dadurch hat er das pactum dotale in ſpecie ſamt dem letzten Willen approbirt und genehm gehalten, deswegen er wieder ſolches durchaus nimmer zu hören.

47 Nam ut quis conſenſum, quem ſemel accommodavit, revocare prohibetur
l. 11. de ſervit. præd. ruſt. l. 1. §. 7. ff. quod legat.

48 ita nec audiendus, ſi contra id, quod ſemel approbavit, venire cupit.
l. 25. de adopt. l. 5. C. de oblig. & act. l. 4. C. de revoc. donat.

49 Et quemadmodum nemo admittitur ad allegandam propriam turpitudinem, ita perinde nemo admittendus eſt ad contravenindum proprio facto, illudve revocandum.
l. 30. C. de transact.

50 cum approbatio etiam actum per ſe nullum & vitioſum corroboret
c. 1. ibi Canoniſtæ. *c. veniens. de transact.* Mev. *Conſ. 3. n. 18.*

51 Es hat 5. der hinterbliebene Viduus Metſch auch ſo weniger Urſach, ſich ob der geringen Abfindung mit den 300 fl. und dazu verſchafften Legato, bey ſo groſſem angebenden Vermögen zu beſchwehren, in Betrachtung, daß er ſie die Frau Seel. im Fall er vor ihro mit Todt abgehen würde, bloß mit 50 fl. abfinden wollen, dazu das Seinige meiſtens alles an Gold, Silber und Gelds-Werthe, liegenden und fahrenden, ſeinen Kindern erſter Ehe zurück gelaſſen, bey der Verheyrathung mit der defuncta, und allerdings nichts mit in die Ehe gebracht, auſſer ohngefähr ein Eimer drey alten Weins zur Hochzeit, deſſen Reſtitution er auch bereits wieder erhalten, daher die Kinder erſter Ehe faſt kein Intereſſe bey der Heyraths-Abred gehabt, noch de ulla læſione klagen können.

52 Und wann endlich 6. durch ſein Metſchen ſelbſtiges Veranſtalten der in anno 1683 von ſeiner Seel. Frauen aufgerichtete letzte Will, dem Bericht nach verfaßt worden, wäre er noch ſo weniger zu hören, da er itzo das darin confirmirte Ehe-Pact umzuſtoſſen begehrt, argumento ejus, quod dicitur in
l. 8. §. 6. ff. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.

53 Si quis ſua manu ſe exheredem ſcripſit (vel ſuo juſſu ac voluntate propria exheres ſcriptus ſit) an contra tabulas bonorum poſſeſſionem (portionem ſtatutariam) poſſit accipere videamus. Et Marcellus *lib. 9. Digeſtorum* nocere ei hanc exheredationem ait, quia Senatus hoc pro non ſcripto non facit, quod contra eum eſt.

Deme nach wir nochmahls nicht anders ſchlieſſen und erachten können, als daß Johannes Metſch hinterlaſſener Viduus durchaus nicht befugt, das bereits nach ſeinem Willen und mit ſeinem guten Belieben adimplirte pactum dotale in ultima voluntate expreſſe confirmatum mehr umzuſtoſſen, oder ichtwas weiters von der defunctæ Verlaſſenſchafft zu ſuchen berechtiget.

Und mag wider dieſe in Rechten beſtens 54
gegründte Meynung nicht verfangen, was darwider ſcheinbarlich in contraium angeführet worden. Denn das erſte belangend, ſo hat die Rechts-Regul: Actus ipſo jure nullus non poteſt ratificari, ihre vielfältige limitationes und Abfälle, unter denen inſonderheit dieſe notabel, quod procedat 1. niſi ratificans, nullitatem actus non ignorans, nihilominus ſe eundem obſervaturum verbis vel facto declaraverit, ſic licet contractus bonæ fidei dolo adverſarii initus ipſo jure nullus ſit, eſt tamen in arbitrio dolo ad contrahendum inducti an approbare & ratificare contractum velit, & poteſt ipſe omnino adverſarium cogere, ut eum obſervet,
l. 7. pr. de dol. mal. ibi Gloſſa, Bartol. & Bald. Paul. de Caſtro *lib. 2. Conſ. 295.*

2. niſi nova cauſa jus per ſe parere idonea 55
acceſſerit.
vid. Grot. *de J. B. & P. lib. 2. c. 4. n. 11.*

Sic e. g. ſi forte ſtatutum adſit, ut uxor 56
vivente marito non niſi cum conſenſu ejus contrahere poſſit, & uxor ſine conſenſu & authoritate mariti contrahat, mortuo marito ipſa ſui juris effecta & propterea non ligata amplius ſtatuto vult illum contractum omnino ſervare, at is, qui cum ea contraxit, non vult ſervare, dicitque nullum fuiſſe ex defectu conſenſus mariti, qui in eo adhiberi debuit, certe dubitandum non eſt, quin uxor in ſuum præjudicium ratificare poſſit contractum, ad hoc, ut qui cum ea contraxit, cogere eam poſſit obſervare contractum.

Joh. Chriſtoph. Herold *tract. de jure ratificat. & ratihabit. part. poſter. ſect. 3. rubr. de ratificat. actus null. pag. 481.*

Nun iſt hier diß pactum dotale in ſich ex 57
defectu omiſſorum teſtium de Jure Provinciali Wirtembergico adhibendorum ab initio nullum, ſo Viduus in Handen gehabt, von der Ehefrauen in ihrem letzten Willen quoad contenta omnia confirmirt, welchen letzten Willen ſammt dem drinn confirmirten Ehe-Pact der Ehemann auch einmal agnoſcirt und approbirt, ſeine Satisfaction darauf begehrt, erlangt und angenommen, ſich deßwegen bedanckt und wohl content geweſen, deßwegen er dawider jetzo weiter nicht zu hören.

Semel enim approbatum & ſuſceptum nul- 58
la juris ſpecie deinde improbari aut revocari poteſt

l. 9. de negot. gest. l. 44. ff. solut. matrim.
excluditurque adversus id, quod quis semel agnovit omnis querela
l. 23. de inoff. testam.
accusatio & impugnatio
l. 8. §. 1. C. eod.
59 ac frustra eorum, quæ quis semel recepit & approbavit, rescissio postulatur.
l. 2. C. si maj. fact. rat. habuer.
60 Was das andere und dritte argument concernirt, so redet allegata
L. 35. §. 1. & 2. C. de inoff. testam.
61 de filio ejus legitima, unde argumentari non licet ad maritum, eique ab uxore relinquendam legitimam; Liberis enim, quos recte Scaliger
Lib. 1. de Legibus
Parentum delicias vocat, legitima debetur omni Jure Divino, prout colligitur ex dicto Apostoli
2 Corinth. 12. v. 14. Galat. 4. 7. Rom. 8. v. 17. Luc. 15. v. 11. 12. & c. 20. v. 14. Genes. 13. & 15. v. 4. Levit. 25. Num. 27. v. 3. seqq.
naturæ
l. fin. C. quor. bon. l. 7. pr. de bon. damn. l. 7. unde liber. Gail. 2. O. 122. n. 3.
Canonico
c. 3. dist. 1. c. Rainutius 16. de testament. c. 1. de testam. in 6.
Civili
l. 7. ff. de bon. damnat. l. un. C. de impon. lucrat. descript. l. 7. C. unde lib. l. 8. §. 8. ff. l. 21. C. de inoff. test. §. fin. Inst. eod. Nov. 18. c. 1.

62 & tandem ex ipsa æquitate naturali, nihil enim tam æquum est & rationi consonum, quam proprium filium ad successionem præ aliis admittere, neque ulla gens tam barbara præsumitur, quæ liberis suis nolit acquiri & relinqui facultates, nisi omnino degeneret ab hominis natura.
Grot. *2. de J. B. & P. c. 4. seqq.* Puffendorff *de J. N. & G. lib. 4. c. 11. n. 3.*

63 Conjugibus autem non nisi Jure nostro Provinciali Wirtembergico debetur, & quidem contra aut certe præter Juris communis dispositionem, quippe quod legitimam Conjugibus relinquendam ignorat. Unde multo favorabilior est liberorum legitima quam Conjugibus Jure Statutario relinquenda, & consentiunt Ddres ad unum omnes in eo, quod facilius huic, quàm illi renunciari possit, quoniam per renunciationem legitimæ Jure Statutario Conjugibus debitæ factam reditus fit ad Jus commune, regressus autem ad Jus commune admodum est favorabilis
c. ab exordio. 2. dist. 35. Cravetta *Cons. 135. num. 38.* Covarruv. *3. var. resol. cap. 6. num. 4.*

Unde latissima fit interpretatio cum ad 64
jus primævum revertimur
Dec. in c. causam num. 5. de rescript.
& in correctoriis quoque locum invenit ex- 65
tensio quoties reditus fit ad Jus commune
Covarruv. *3. var. resol. cap. 4. in fin.*
Octav. Cacheranus Otaschus *dec. 147. num. 20.*
imo etiam in tertii præjudicium, juxta do- 66
ctrinam
Grammatici *dec. 105. num. 3.*
ac generaliter, quæ alioquin fieri non per- 67
mittitur, id ita permittitur, si ad jus commune redimus.
Covarruv. *d. cap. 6. num. 4.*
namque facile eo res redit unde primum venerat
arg. l. 27. §. 2. de pact.
Quo spectat illud Boetii: Repetunt pro- 68
prios quæque recursus, redituque suo singula gaudent. Atque inde fit, quod renunciatio per quam reditus fit ad jus commune, tanquam favorabilis facile admittatur, & licet generalis sit, ad omnia tamen referatur.
Tiraquell. *de jure primogen. q. 24. n. 5.*
Ruin. *lib. 3. Cons. 59. num. 13.*
Quin renunciatio, quæ alias non valet, 69
certe valeat si per illam reditus fiat ad Jus commune.
Curt. jun. *lib. 3. Cons. 273.* Paul. Gallerat. *de renunciat. cent. 1. renunc. 15.*
Non poterunt proinde, quæ de filio *in d. l.* 70
35. §. 1. & 2. C. de inoff. testam. disposita sunt, (pro quorum intellectu, ut quatenus ea obtineant & procedant, pateat, omnino videri merentur, quæ latissime pariter ac doctissime deduxit
laudatus Galleratus *Cent. 1. renunc. 47. n. 15. seqq.* Peregrin. *de fideicommiss. art. 36. num. 86. seqq.*)
hic in casu nostro ad maritum applicari, sed 71
omnino firmiter tenendum est, quod si in pactis dotalibus de portione minori quam statuto alias debetur, inter Conjuges conventum sit, aut conjux superstes consensu suo testamentum, in quo ipsi portio statutaria imminuta fuerit, expresse vel tacitè approbaverit, simpliciter saltem petendo sibi in eo relicta, pactis vel testamento minime contravenire possit, sed consensum semel præstitum in posterum omnino servare teneatur, cui portio sua sic vel per conventionem vel per testamentum approbatum diminuta, per superius deducta.

Deme allem nach auch hier Johannes Metsch weiter nichts, als was er bereits empfangen, mit Recht zu suchen.
Wollten solches ꝛc.

Actum in Collegio nostro d. 14. Junii 1688.

CON-

CONSILIUM XXVI.

Latè & ex fundamento tractatur hæc quæstio: Præteritio parentum à liberis facta an testamentum reddat ipso Jure nullum, an verò eo casu sit validum, sed querela inoff. rescindendum? Item de statutorum validitate in materia testamentaria, & extra ditionem statuentis; in specie de statutis personalibus, realibus & mixtis. Querela inoff. testam. an per modum exceptionis perpetuo proponi possit? An Quinquennium hujus querelæ filiæ renunciatrici ante existentiam conditionis pacti hered. reservativi currere incipiat?

SUMMARIA.

1-10. *Facti Species cum recensione Quæstionum propositarum.*

11. Prima Quæstio: *Annon testamentum filiæ improlis, in quo pater vivus præteritus, de Jure Communi sit ipso jure nullum, & inde heredi in eo instituto nulla plane competat actio?*

12. *Communis Dd. sententia refertur, tale testamentum quoad heredis institutionem omnino esse nullum, quamvis & fideicommissa in eo relicta recte peti possint, asserentium.*

13. *seqq. Dd. istorum prima ratio: quia hodie absque discrimine liberorum præteritio testamenta parentum nulla reddat, ideoque pariter talia liberorum parentes prætereuntium testamenta nulla esse debeant ex natura Correlatorum.*

18. *Legem etiam correctoriam & pœnalem, in uno correlatorum positam, non minus & in altero positam intelligi, si modo in utroque eadem militet ratio.*

19. 20. 22. 23. *Ratio Dd. secunda: quia non minus Legitima parentibus à liberis honorabili institutionis titulo, ac his ab illis, relinquenda, & inde hoc non observato liberorum testamenta similiter nulla sint.*

21. *Ad ascendentium testamenta conservanda plus valet institutio in uno thalero facta, quam fideicommissum vel legatum mille thalerorum.*

24. *De antiqua Romanorum & liberrima testandi facultate.*

25. 26. 27. *Cur postea hæc facultas tam in liberis quam parentibus per querelam inofficiosi testamenti & B. P. contra Tabulas sit aliquo modo in ordinem & ad æquitatis observationem meliorem redacta?*

28. *Dd. ratio tertia, à speciali & certa forma, in liberorum & parentum testamentis observanda, in Nov. 115. præscripta, qua non observata actus omnino sit nullus.*

29. *Ratio quarta Dd. ex Nov. 115. cap. 3. & 4. verbis.*

30. *Ratio quinta Dd. ex l. 5. C. de LL. quod, quicquid contra LL. fit, ipso jure nullum sit, ita ut nec exceptione, nec rescissione vel restitutione opus sit.*

31. *Refutatur hæc Dd. sententia, tale testamentum, de quo quæstio, ipso jure nullum esse, asserens, & ad 2. in num. 11. relatam negative respondetur.*

32. *Ratio decid. prima, quia Jure ff. & Cod. præteritio parentum à liberis facta testamentum non reddiderit nullum, sed hoc per querelam inoff. tantum fuerit rescindendum.*

33. *Ratio decid. secunda, quia Jure Novell. hoc Jus ff. & Codicis nullibi fuerit mutatum; cum in Nov. 115. nihil plane de solennitate testamentum interna, & exheredationis ritu ac forma dispositum, aut hac in parte aliquid innovatum sit. Conf. n. 44. seqq.*

34. *Cur pater filium f. olim exheredare debuerit, & facta sola ejus præteritione testamentum nullum fuerit?*

35. *De extensione hujus Juris postea facta.*

36. *Cur mater aut parentes materni præterire liberos sine nullitate possint?*

37. *In d. Nov. 115. de causis solummodo justis vel injustis exheredationis, ad concedendam vel denegandam querelam inofficiosi, esse dispositum, & cur? ac quid Imperator ibi novi constituerit?*

38. *Injustitiam exheredationis, aut defectum requisiti alicujus in d. Nov. 115. non vitiare testamentum ipso Jure, probatur.*

39. *Verbo evacuare & rescindere supponi actum vel negotium ipso jure validum.*

40. 41. 42. *Pluribus specialibus argumentis probatur in d. Nov. agi de Testamento ipso jure valido.*

43. *Cur præteritio liberorum à matre & parentibus maternis, ut & ascendentium à liberis facta, pro exheredatione habeatur?*

44. *seqq. Pluribus adhuc probatum datur, in sæpe dicta Novella Imperatorem ibi, ubi præteritio Jure antiquo in vim exhere-*

heredationis valuit, exheredandi neces-siattem inducere noluisse.

49. *Respondetur ad objectionem ex d. Nov. c. 3. de causa exheredationis vel præteritionis testamento inserenda.*

50. *Concluditur: jus igitur antiquum, utpote non abrogatum, stare debere.*

51. *Respondetur ad rationes Dd. in contrarium adductas, & quidem hoc num. ad primam.*

52. *Ad secundam.*

53. *Ad tertiam. conf. n. 33. & n. 44. seqq.*

54. *Ad quartam.*

55. *Ad quintam, limitando illud commune dicterium.*

56. *Communiorem tamen, licet in veritate Theorica non satis fundatam, esse prius adductam Ddrum sententiam, in Würtemb. & Saxon. Statutis confirmatam, & in Praxi ubique fere receptam.*

57. Quæstio *proposita* secunda: *de Statutorum validitate in materia successionum, & causis Nobilium Imperii Immediatorum.*

59. *An Legitima parentibus debita Statuto tolli possit? Conf. num. 61. 62.*

60. *Legitimam parentibus ipso Jure Naturæ deberi.*

61. 62. 63. *Legitimam parentum Statuto posse minui, sed non tolli.*

64. *seq. Nobiles Imp. immediatos jurisdictioni Magistratuum in territoriis Statuum, ubi degunt, non esse subjectos.*

66. *Statutum reg. vim ac vigorem suum ultra fines jurisdictionis statuentis non extendere.*

67. *Ad validitatem testamenti ratione solennitatum sufficit adhibere solennitates à statuto vel more loci, ubi fit testamentum.*

68. *seqq. Sententia eorum, qui distinguunt quoad res mobiles vel immobiles, refutatur.*

72. *Statutum alicujus loci in testamento in alio plane loco facto contra Juris Civilis dispositionem vires suas exserere non posse.*

73. *seqq. Quid sit Statutum reale, personale & mixtum, & quidem tam quoad objectum, quam quoad effectum, explicatur.*

77. *Statutum de solennitatibus testamentorum esse mixtum.*

78. *Statutum personale, personas ad actus Jure communi prohibitos habilitans, requirere in personis illis subjectionem, nec extra statuentis territorium quoad bona alibi sita suum producere effectum.*

79. *Regulæ generales de Statuto personali.*

80. *Etiamsi extraneus sponte velit uti Statuto alterius Civitatis, judicem tamen, ut ei gratificetur, non teneri.*

81. Quæstio tertia: *An ille, cui competiit querela inofficiosi testamenti, eandem per modum exceptionis perpetuò opponere possit?*

82. *& seqq. Rationes Dub. pro Affirm. 1. regula: Quæcunque ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua.*

83. *seqq. & n. 94. 2. Rat. Dub. Limitationem hujus regulæ: nisi quis jus suum etiam agendo in judicio proponere possit, non satis aptè ad querelam hanc inofficiosi applicandam videri.*

88. *seqq. 3. Rat. Dub. Querelam hanc esse revera speciem hereditatis petitionis, neque remedium rescindens tantùm.*

91. *4. Rat. Dub. Per consequens videri, eam non potuisse ab eo, qui ipse possedit res hereditarias, institui, cum hæc requirat in reo possessionem vel detentionem.*

92. *Quæstio tertia, num. 81. relata, negative deciditur, ex rationibus in numm. seqq.*

93. *Quinquennium querelæ inoff. sive per modum actionis, sive per modum exceptionis proponatur, præscriptum esse.*

95. *seqq. Eum etiam hered. pet. conveniri posse, qui non possidet res hereditarias, modo possideat ipsum jus hereditatis, pro herede vel pro possessore, & sic qui contra hunc querelam intra quinquennium instituere neglexerit, eam postea nec per modum exceptionis proponere cum effecta posse.*

99. *Querelam inofficiosi testam. non transmitti in hæredes, nisi præparata.*

Quid sit, esse præparatam? ibid.

100. *Transmittitur tamen, etiam non præparata, ad liberos & nepotes excluſi, si hic ante aditam à scripto herede hereditatem mortuus fuerit.*

101. *Sed hoc ultimum tantum de eo casu, secundum communem opinionem Dd. intelligendum, quo agitur de testamento ascendentium, non descendentium.*

102. *sqq. Respondetur breviter ad Ratt. Dub.*

106. Quæstio quarta: *An illud quinquennium querelæ etiam filiæ renunciatrici,* einer Verzüchts-Tochter, *ante existentiam conditionis pacti renunciatæ hereditatis reservativi,* vor der ledigen Anfalls Begebung *currere incipiat?*

107. *Deciditur negativè.*

108. *seqq. Renunciatio non tollit in totum jus hereditarium, sed suspendit tantum* biß auf den ledigen Anfall; *sed tamen interea renunciatricem ab omni actione hereditaria excludit.*

110. *Regula: Agere non valenti non currit præscriptio.*

111 - 115. *Illustratur hæc Regula, quoad impedimentum Juris intrinsecum, exemplis filiif. ratione peculii adventitii ordinarii, uxoris ratione bonorum dotalium, agnatorum, ratione revocationis feudi à vasallo alienati.*

116. *Applicatur ad filiam renunciatricem.*

Aus

1 AUs dem an uns sub dato den 6. Junii anni currentis abgelassenen Requisitions-Schreiben, und beygelegten in Augustissimo Judicio Cæsareo-Aulico in Sachen Hrn. Arseni Frantzen von Wellenstein N. O. Regiments-Rahts und dero Löbl. Landständen wohlverordneten Einnehmers, contra Hrn. Johann Melchior Köchler von Schwandorff, nunc dessen hinterlassene Erben, oder dero Hrn. Vormundere ꝛc. ausgeübten und bereits auf der Submission beruhenden Actis, haben wir mit mehrerm ersehen, welcher gestalten weyl. Fr. Maria Magdalena Schmiedin von Wellenstein, geb. Köchlerin von Schwandorff, im Jahr 1634. den 11. Sept. zu Ingolstadt ein Testamentum apud Acta Universitatis aufgerichtet, und darinnen weyl. Hrn. Johann Valentin Schmieden von Wellenstein, Ihro Chur-Fürstl. Durchl. in Bayern damaligen Rath und Professorem zu Ingolstadt, als ihren gewesten Ehe-Herrn zu dero Universal-Erben eingesetzt, derselbe auch auf erfolgten tödtlichen Hintritt seiner Fr. Ehe-Liebstin dero Hereditæt würcklich anzutretten sich den 19. Martii 1635. coram Rectore Magnifico & ejus Assessoribus erklärt, und drauff
2 einige Mobilia und Sachen, so sie bey ihrer Abreiß von Lindau ihrer Baasen, Jungfer Ursula von Frauenberg, einer Chor- und Capitels-Jungfrauen des Fürstlich-Frey-Adelich-Weltlichen unser Lieben Frauen Stiffts zu Lindau in Verwahrung hinterlassen, und dieser Aussag nach bestanden in drey Reiß-Truchen und ein Stippich mit Leinwandt, Zingeschier, Bettgewandt, Schreibtisch und mehr andern Sachen, wie auch ein Göllerlin Tröglein, darinn in einem Lädlein ein offen gantz unversehrt und mit sieben Pittschafften verwahrtes Testament, so erwehnte Maria Magdalena Köchlerin im ledigen Stand gemacht, samt einem rothen Umhang gelegen, allda bey ihren abge-
3 fordert, auch in Anno 1654. ein Capital bey Fürstl. Wirtemberg. Landschafft à 1500. fl. so er seiner Erblasserin zuständig zu seyn vermeynet, auf seinen Namen einschreiben lassen, so aber Fr. Mariä Magdalenä Schmiedin, gebohrner Köchlerin, Leiblicher Bruder, weyland Hans Melchior Köchler von Schwandorff redressirt, und so viel zu wege gebracht, daß 1000. fl. wiederum ab- und auf ihne um und eingeschrieben worden, dawider ermeldter Johann Valentin Schmied von Wellenstein schrifftlich protestirt, und hernach bey weyl. Ertz-Hertzog Ferdinand Carls, Höch-Fürstl. Durchl. zu Oesterreich ꝛc. einen Arrest auf die fallende fructus und Benutzung von seinen Hannß Melchior Köchlers von Schwandorff innhabenden Oesterreichischen Lehnen zu Obern- und Niederthal, unterthänigst ausgebeten und erlangt, biß er Hannß Melchior Köchler sich mit ihme Schmieden um seine Erbs-Forderungen nach billichen Dingen verglichen haben würde, oder die Sach durchs Recht ausfündig gemacht worden seyn. Nach erstgedachten
4 Hannß Melchior Köchlers, und dessen hinterlassenen Sohns, Johann Frantz Köchlers von Schwandorff auf Dürrenhardt, tödtlichem Ableiben, hat Johann Valentin Schmieden von Wellenstein einiger Sohn und Erbe, Herr Arsenius Frantz Schmidt von Wellenstein, bey Röm. Kayserlich Majest. Hochpreißlichem Reichs-Hof-Rath, dieses Hrn. Johann Frantz Köchlers von Schwandorff beede hinterlassene Fräulein Töchtere, oder deren verordnete Herren Vormundere, in Rechtlichen Anspruch wegen der von Fr. Maria Magdalena Schmiedin von Wellenstein, gebohrnen Köchlerin von Schwandorff, seinem Hrn. Vatter per Testamentum verlassenen und würcklich angetrettenen Heredität, als deren, meistens in dem ihro Testatrici noch ausständigen Heurathgut bestehend, er von den Köchlerischen Erben niemalen habhafft werden können, gezogen; welche aber neben andern zerschiedenen Einreden
5 hauptsächlich dieses excipiendo urgirt, daß besagtes Testamentum, um willen die Testatrix ihren damals noch im Leben gewesten und in Anno 1635. erst gestorbenen Leiblichen Vatter Hannß Caspar Köchlern von Schwandorff, præterirt, ipso jure null und nichtig sey, und einfolglich anmassendem Kläger ex tali testamento einige Action nicht competiren möge,
6 oder Falls auch selbiges wider Verhoffen allein inofficiosum, consequenter per Querelam inofficiosi rescindirt und aufgehoben werden müste, sothanes Remedium jedoch, non obstante lapsu quinquennii, beklagten Köchlerischen Erben, so in possessione des noch ausständigen Heyrathguts gewesen, und noch seynd, per modum exceptionis um so mehr zu statten kommen könne, weilen Querela inofficiosi, juxta saniorem Dd. opinionem, kein Implo-ratio officii Judicis oder judicium rescindens, sondern ipsa hereditatis petitio sey, welchen Falls den Beklagten und in possessione des ausständigen Heyrathguts gestandenen Köchlerischen Erben ohnmüglich gewesen wäre, ihre exception per modum actionis seu petitionis hereditatis, utpote quæ ex parte rei possessionem desiderat, rechtlicher Gebühr zu incaminiren, quo casu omnes Juris Interpretes statuant, quod ea, quæ ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sint perpetua.

Demnach unser Rechtliches Sentiment mit 7
ausführlicher Deduction hochgeneigt verlanget worden über nachstehende Rechts-Fragen,

1. Ob nicht de Jure Communi testamentum, in quo filia improlis parentem suum adhuc in vivis existentem præteriit, ipso jure null und nichtig, ita, ut ex eo quantum ad institutionem heredis nulla competere possit actio?

2. Weilen der præterirte Vatter ein 8
kundbahrer Reichs von Adel, ob nicht

dieser Casus non obstante Statuto Bregantino, de quo in Duplicis adjunct. N. 4. fol. 6. Forte in contrarium existente, juxta principia Juris communis als dessen sich die Reichs-Ritterschafft bedient, resolvirt und decidirt werden müsse?

9 3. Posito tale testamentum esse solummodo inofficiosum, ob nicht die Querela inofficiosi von den Beklagten, so in possessione des ausständigen Heyrathguts gewesen, per modum exceptionis perpetuo opponirt werden könne, quandoquidem ei, qui possidet hereditatem, impossibile sit petitionem hereditatis, utpote ex parte rei possessionem vel detentionem requirentem intentare?

10 4. Posito etiam Querelam inofficiosi per modum exceptionis quoque intra quinquennium opponi debere, ob dieses quinquennium Tit. Hrn. Johann Adam Ernst von Purck, Röm. Kayserl. Majestät Rahts und deroselben und des Reichs Hochpreißl. Cammer-Gerichts zu Speyr Hochangesehenen Assessoris Fr. Mutter seelig, so eine Verzichts-Tochter und ultra dotem acceptam nichts zu prætendiren befugt gewesen, oder auch ihme vor geschlichter ledigen Anfalls Prætension anlauffen können?

11 Wann wir uns nun Amts und Pflichten halber hierzu in viel Weiß und Weg verbunden gehalten; So haben wir, nach von einem jeden absonderlich beschehener Verlesung der Actorum, in darüb reifflich gepflogener Collegialischen Deliberation einander unsere rechtliche Gedancken dahin eröffnet, wie bey einer jeden Quæstion insonderheit folget, und zwar so viel die

Erste Frage:

Ob nicht de Jure Comm. testamentum, in quo filia improlis Parentem suum adhuc in vivis existentem præteriit, ipso jure null und nichtig sey, ita ut ex eo, quantum ad institutionem heredis nulla competere possit actio?

12 betrifft, so ist zwar allerdings communis Doctorum opinio, daß dergleichen Testamentum, in quo filius vel filia improlis parentem suum adhuc in vivis existentem nec heredem instituit, nec justa ex causa in testamento expressâ exheredavit, sed silentio præteriit, alio herede scripto, quoad heredis institutionem ipso jure null und nichtig ac pro infecto plane zu halten sey, nochdem darinn ernannten heredi qua tali einig action daraus competiren könne, ob gleich die Legata, Fideicommissa und andere darin verordnete Stücke gültig und als zu recht beständig mit allem Fug und Recht gesucht, und daraus gefordert werden mögen, docentibus ac tradentibus ita

Wesenbec. *ad ff. tit. de inoff. testam. n. 6.* ibique Hahn. *& tit. de injusto, rupt. irr. Testam. n. 6.* ibi Hahn & Ludwell. *in addit.* Struv. *Ex. 32. th. 32.* Ludwell. *de ultim. volunt. pag. 236.* Joh. Dilect. Durant. *de art. testand. tit. 3. caut. 1. n. 8.* Jul. Clar. *§. testamentum. q. 48. n. 1.* Grass. *§. testament. q. 45.* Vivius *comm. opin. lit. F. voc. filius. §. institutio. & lit. S. voc. Statutum excludens. n. 26.* Joh. Bapt. Villalobos *comm. opin. lit. T. n. 37.* Card. Tusch. *lit. P. concl. 641. n. 52.* Boer. *dec. 96.* Guilhelm. de Perusio ap. Zilett. *Cons. ult. volunt. 31. n. 13.* Gomez. *var. resol. lib. 1. c. 11. n. 36.* Rojas *de succession. cap. 31. n. 2. 3.* Gutierez *in repet. l. paterfilium 14. ff. de inoff. testam. & lib. 2. pr. qu. 96.* Manz *de testam. val. & inval. tit. 9. qu. 1. n. 4. seqq.*

13 die Argumenta und Gründe, dadurch sie zu dieser Meynung bewogen worden, sind folgende. Erstlich ziehen sie an

quod testamentum, quo liberi nec heredes instituti sunt, nec cum elogio h. e. expressione causa ingratitudinis, exheredati, sed nudo silentio præteriti, ipso jure nullum sit & pro infecto habeatur

§. 5. Inst. de exhered. liber. l. 4. C. eod. Nov. 115. c. 3. Wilh. Ludwell. *de ultim. volunt. p. 234.* Wesenbec. *de lib. & posthum. n. 3.* Gomez. *d. c. 11. n. 1.* Clarus *q. 42.* Struv. *d. l.* Harprecht *ad §. 1. Inst. de exhered. liber.* Manz. *de testam. valid. & inval. tit. 7. q. 2.*

14 Ac quamvis olim in hoc juris puncto fuerit differentia 1. inter patrem & matrem, 2. inter ipsos quoque liberos ratione sexus, gradus, nativitatis; filiique in potestate constituti præteritio saltem testamentum paternum statim ab initio ipso jure nullum reddiderit, filiabus autem, nepotibus, vel neptibus, cæterisque liberis præteritis testamentum subftiterit & ipsis jus accrescendi ad certam portionem concessum fuerit, ut perinde, quasi & ipsi scripti, scriptæve fuissent, numerum heredum auxerint, & in dividenda hereditate cum institutis heredibus concurrerint, cum suis quidem in partem virilem, cum extraneis in semissem s. partem dimidiam, quam heredibus scriptis æque ac si in ea instituti vel institutæ fuissent, abstulerint,

l. 30. de lib. & posthum. pr. & §. 1. seq. Inst. de exhered. liber. ibi Dd.

Matris

15 Matris verò & aſcendentium maternorum præteritio ſemper pro exheredatione habita, nec ergo teſtamentum illorum quo liberi præteriti, nullitati unquam ſubjectum fuerit, ſed aliud ipſis adminiculum ad illud impugnandum competierit

§. ult. Inſt. d. t. j. arg. l. 4. §. 2. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tab. l. 13. de ſuis & legit. hered.

16 Attamen hodie Jure novell. a Juſtiniano ſublatam dicunt omnem iſtam differentiam tum inter parentes tum inter liberos, nec minus matris quam patris præteritionem, & quidem quorumvis liberorum, tam fœminini quam maſculini ſexus, tam ſecundi & ulterioris, quam primi gradus, teſtamentum parentum annullare.

per. d. Nov. 115. c. 3. Ludwell *d. l.* Manz. *cit. loc. cum alleg.*

17 Cum ergo novo jure liberis quibusvis præteritis teſtamentum parentum ipſo jure nullum ſit, idem omnino dicendum exiſtimant de teſtamento liberorum, quo ipſi parentes ſuos præterierunt, aliis heredibus ſcriptis ex natura correlativorum. Conſtat enim Parentes & Liberos correlata eſſe, quorum ea eſt natura, ut poſito uno ponatur & alterum, ac diſpoſitum in uno ex iis cenſeatur quoque diſpoſitum in altero

tx. notab. in l. fin. C. de indict. viduit. l. fin. de acceptil. l. 1. C. de expreſs. Everhard. *Loc. de Correlat. 20. n. 2.* Barboſ. locupl. *lib. 3. c. 70. ax. 1.*

18 quod in tantum procedere ajunt, ut & Lex correctoria ac pœnalis in uno correlativorum poſita non minus & in altero poſita intelligatur, ſi modò in utroque eadem militet ratio.

Everhard. *d. l. n. 7. 9.*

quæ hic utique adeſſe videtur;

19 Cum 2. non minus Parentibus a liberis, quam his ab illis legitima titulo inſtitutionis relinquenda. Sicut enim de hoc, quod eadem liberis a Parentibus non alio quam honorabili titulo inſtitutionis relinquenda, ſatis clarus & rotundus eſt textus

in Nov. 115. c. 3.

dum dicitur, quod ſi parentes ſecure teſtari velint, liberos ſuos vel heredes inſtituere, vel, prout oportet, exheredare debeant, nec ſufficiat, ſi per donationem, legatum, fideicommiſſum vel alium quemlibet titulum eis debitam legibus portionem dederint. Nam inde ſatis firmiter colligitur voluiſſe Imperatorem, parentes liberis legitimam non niſi inſtitutionis titulo relinquere poſſe,

20 (quamquam non requiratur, ut iis tota legitima titulo inſtitutionis ſit relicta, ſed ſufficiat, ſi in uno minimo ipſi heredes inſtituti fuerint

d. Nov. cap. 5. pr.

puta ut vel reſiduum ſuppleatur, vel quæ alias acceperunt eidem imputent.

l. 30. C. de inoff. teſtam. l. 36. Cod. ibi Brunnem. Manz. *d. tr. tit. 12. q. 59. ſeqq.*

veluti hoc nobiscum exinde deducunt ac inferunt

Rittershuſ. *ad Nov. part. 6. c. 3. n. 36.* Frantzk. *Ex. 6. q. 5.* Schurff. *cent. 3. Conſ. 60. n. 4.* ubi dicit ab hac communi ſententia utriusque Scholæ Dd. i. e. Legiſtarum ac Canoniſtarum non eſſe recedendum in judicando. Card. Tuſch. *lit. P. concl. 637. & lit. L. concl. 198.* Fuſar. *de ſubſtit. q. 660. n. 8.* Cævallos *ſpec. comm. opin. contra comm. q. 23.* Mantic. *de conject. ult. vol. lib. 6. tit. 2. n. 12.* Barry *de ſucceſſ. lib. 1. tit. 3. n. 4. 5.* Hahn ad Weſenb. *de inoff. teſt. n. 6.* Brunnem. *ad Auth. noviſſima. C. de inoff. teſtam. & ad Auth. Quod ſine. C. de teſtam.* Mantz *tit. 12. q. 13.* Merlin. *de legit. lib. 5. tit. 2. q. 1. 2.* B. D. Lauterbach. *Concluſ. forenſ. Ex. 15. th. 9.*

21 hinc concludentes plus ad conſervanda aſcendentium teſtamenta valere inſtitutionem heredis in uno thalero quam fideicommiſſum & legatum mille thalerorum, ob multa commoda titulum inſtitutionis concomitantia.

v. B. Lauterbach. *c. l.* Sutholt. *Diſp. ad Inſt. 9. th. 71.* Merlin. *d. l. qu. 1. ſub fin.*

Ita non minus recte idem etiam de liberis ex

d. Nov. 115. cap. 4.

22 colligitur, nempe quod nec ipſi ſecure teſtaturi alio quam honorabili inſtitutionis titulo parentibus legitimam relinquere debeant, niſi juſtas forte habeant cauſas eos quoque omnino excludendi, dum dicit Imperator, quod juſtum perſpexerit & è contrario de liberorum teſtamentis hæc eadem diſponere. Et quamvis addat: *cum aliqua diſtinctione:* attamen his verbis ſaltem reſpicit ad conſtitutam in ſequentibus diſparitatem in numero juſtarum cauſarum, ex quibus parentes à liberis omnino excludi à legitima quoque poſſint, ſignificans has ſe quoad parentes coarctaſſe & ad dimidium ſaltem præcedenti capite definiti numeri cauſarum, ex quibus liberi à parentibus juſte excludantur, reſtrinxiſſe.

23 Quemadmodum ergo non relicta liberis à parentibus legitima titulo inſtitutionis teſtamentum parentum ipſo jure nullum eſt, ita & contra teſtamentum liberorum non relicta ab ipſis parentibus legitima inſtitutionis titulo ipſo jure nullum erit.

Bachov. *ad §. 1. Inſt. de inoff. teſt. n. 5.*

24 3. Arguunt ita: Quanquam jure veteri ex liberrima cuivis Patrifamilias LL. XII. Tabb. data poteſtate teſtandi & heredes pro lubitu inſtituendi (quæ magna pars fuit libertatis Quiritum, quam ipſi tanti æſtimarunt, ut omnibus rebus eam protulerint, nemoque civium Romanorum, niſi ipſe author factus, i. e. invitus amittere potuit, vi juris à majoribus comparati, teſte Tullio

pro Domo ſua ad Pontif.)

teſtamenta etiam iniqua, quibus liberi vel

parentes quoque sine adjecta ratione vel causa excluſi (exceptio filio ſuo herede præterito
l. 30. de lib. & posthum.)
ſubſtiterint, niſi querela inofficioſi, aut bonorum poſſeſſione contra tabulas impetrata reſciſſa fuerint
l. 1. pr. de legat. præstand.
diſſoluta illa teſtandi licentiâ paulatim ac pedetentim legum interpretatione & jura conſtituentium authoritate coanguſtata.
vid. *l. 120. de V. S.*

25 Poſtquam enim Prudentes viderunt, quod patres plerumque novercalibus delinimentis inſtimulati aut alicujus heredipetæ inſtigationibus corrupti maligne circa ſanguinem ſuum inferrent judicium, liberosque præter merita vel culpam hereditate ſua privarent; matres item liberis iratæ, & animi ſui potius inclinatione provectæ, quam ullis eorum injuriis aut officiis commotæ, in contumeliam liberorum, etiam cum jam parere non poſſent, ſenibus admodum nuberent, teſtamento hereditatem his deſtinarent, quos genuerant ſpernerent, teſtamenti ordinem violento animo confunderent, neque erubeſcerent in totum patrimonium addicere, cujus polluto jam corpori marcidam ſenectutem ſuam ſubſtraviſſent
Valer. Max. *VII. 7. 8.*

26 Contra liberi non recogitantes donum vitæ, beneficium educationis cum turbato mortalitatis ordine decederent teſtandi ordine poſthabito parentes impie exheredarent, iniquis, impiis & inofficioſis his hereditatum transmiſſionibus indignati, ductumque æquitatis naturalis ſecuti induxerunt, ut præter ſuum meritum omnino excluſi ſub colore, quaſi teſtator non ſanæ mentis fuiſſet, cum ita teſtatus eſſet, de teſtamento inofficioſo queri & per querelam illam teſtamentum reſcindi facere, hereditatemque tanquam ab inteſtato ipſis delatam evincere poſſent. Querelam remedium iſthoc vocitarunt, conſiderantes jus teſtamenti formam ſuam cœteroquin habentis in dubium vocantes vix audiendos & admittendos, nudumque actionis nomen non eſſe ad infirmandum teſtamentum paternum præprimis ſatis efficax, ideo ita illud temperarunt, ut neque molliorem appellationem quam pro judicii gravitate, neque acerbiorem quam parentum pietas poſtulat accommodarent.
Conan. *9. Comment. 8. n. 2.*

27 Quo jure & remedio recepto Prætor etiam emancipatis præteritis jus contratabulandi indulſit, vel bonorum poſſeſſionem contra tabulas promiſit ac conceſſit.
t. t. ff. de bon. poſſ. contra tab.

28 Quantumvis autem ſic jure veteri teſtamenta, quibus liberi vel parentes etiam non adducta cauſa excluſi regulariter ſubſtiterint, firmaque manſerint, niſi per remedia iſta reſciſſa fuerint, ut dictum; Attamen poſtquam à Juſtiniano
Nov. 115.
nova inſtitutioni & exheredationi forma fuit præſcripta, hæc nimirum, quod Parentes liberos ac liberi Parentes rurſus in aliquo vel minimo heredes inſtituere, aut ſi eos in totum & à legitima excludere velint, juſtam aliquam ex definitis vel ſimilem exheredationis cauſam habere & in teſtamento adducere ſeu exprimere debeant, illamque deinde etiam heres probare, non poteſt non teſtamentum ea non obſervatâ & uno illorum trium requiſitorum deficiente ipſo jure nullum eſſe, ſic ut nulla reſciſſione egeat, juxta communem juris regulam, quæ vult, quod ſi forma in actu aliquo ſervanda deficiat vel omiſſa ſit actus ipſo jure nullus eſſe & cenſeri debeat.
l. 44. §. 3. l. 55. de condit. & demonstr. l. 1. 2. C. quand. provoc. non est necess. Alderan. Maſcard. *de general. statut. interpret. concl. 9. num. 8. 55.* Cardin. Tuſch. *lit. F. concl. 414.*
etiam in favorabilibus ac piis cauſis.
Maſcard. *d. l. num. 64.* Barboſ. locuplet. *lib. 6. c. 20. ax. 9.*
ſed ſaltem quoad heredis inſtitutionem, quia deficit formalis ratio inſtitutionis juſtæ ſive forma juris circa eam noviſſime à Legislatore præſcripta & tam in filio ſuo herede quam in cæteris liberis, ut & parentibus adæquata
Quod 4.) ſatis clare in 29
d. Nov. 115.
tum quoad teſtamentum parentum, quo ipſi non obſervata dicta forma liberos excluſe„runt, in cap. 3. verſ. *Si autem hæc obſer-„vata non fuerint, nullum exheredatis* (vel „præteritis) *præjudicium generari* (adeoque teſtamentum nullius eſſe momenti ſive „nullam vim obtinere, ut habet *cap. 4.*)*vo-„lumus;* tum quoad liberorum teſtamen-„tum, quo ipſi parentes ſuos ſine obſervatio-„ne d. conſtitutionis excluſerunt *in cap. 4.* „definitum eſſe ajunt, verbis prioribus haud „abſimilibus: *Si autem hæc omnia non fue-„rint obſervata, nullam vim hujusmodi te-„ſtamentum, quantum ad inſtitutionem he-„redum habere ſancimus, ſed reſciſſo te-„ſtamento eis, qui ab inteſtato ad heredi-„tatem defuncti vocantur, res ejus dari „diſponimus, legatis videlicet vel fideicom-„miſſis & libertatibus & tutorum dationi-„bus ſive aliis capitulis ſuam obtinentibus „firmitatem &c.*
Quo & tandem 5.) facere videtur com- 30
mune illud juris principium: Quicquid fit contra leges eſſe ipſo jure nullum, fundatum
in l. 5. C. de legib.
Quod hanc habet rationem, quod ſi Lex quid fieri prohibeat, efficiat, ut fruſtra & inutiliter fiat, quod prohibitum eſt, adeò, ut nec exceptione, vel reſciſſione aut reſtitutione opus ſit; & in tantum procedit, ut non

non ſolum actus ipſe legi contrarius ipſo jure nullus ſit, ſed etiam quicquid tali actui acceſſerit, ſive pignus, ſive ſtipulatio ſive jusjurandum ſit.

d. l. 5.

31 **Wir können aber** unſers Orts dieſer **Meynung**, deſſen allen und was noch weiter ſcheinbarlich pro eadem ſtabilienda **angeführet werden möchte ohngeachtet**, veritate Theorica inſpectâ, **nicht beypflichten, ſondern halten die** contrariam ſententiam, **daß nemlich dergleichen Teſtament**, in quo filius vel filia improlis parentem ſuum inter vivos agentem ſilentio præteriit, ipſo jure **beſtehe, und** per querelam inofficioſi teſtamenti zu reſcindiren ſey, **in Rechten beſſer** fundirt **und gegründet zu ſeyn**

cum Wiſſenbachio *ad Inſt. Diſp. 24. th. 11.* Sutholt. *ad Inſt. Diſp. 9. th. 68.* Vinn. *ad pr. Inſt. de inoff. teſtam. n. 3. 4. & lib. 2. qu. ſelect. cap. 21.* B. D. Lauterbach *Concl. for. Ex. 15. th. 1.*

32 **Denn 1.) iſt ſolches unwiderſprechlich alſo** de Jure Pandectarum & Codicis **geweſen**,

quod præteritio parentum a liberis facta teſtamentum haud reddiderit ipſo jure nullum, ſed querelæ inofficioſi teſtamenti locum fecerit, æque ac exheredatio eorum, nam in caſu non factæ inſtitutionis exheredatio nominatim facta ad ſubſiſtentiam teſtamenti tantum in paterna linea requiſita fuit, quoad reliquos vero teſtatores nihil interfuit, quocunque modo exheredatione vel præteritione ab iis deſcendentes vel aſcendentes aut collaterales excluſi fuerint, indubieque aſcendentium lineæ maternæ itemque deſcendentium, nec non collateralium præteritio vim ac virtutem exheredationis habuit, nec ulla ratione effectus inter horum præteritionem & exheredationem fuit differentia, ſed ſi inique ab iis facta exheredatio vel præteritio haud aliud ad teſtamentum evertendum competiit remedium quam querela inofficioſi, quæ una inique ab iis exheredatis vel præteritis conceſſa.

§. ult. Inſt. de exhered. liber. l. 14. ff. de inoff. teſtam.

33 **Diß Jus aber iſt 2.)** Jure Novellarum **nirgends** mutirt **und ein anders eingeführt, geſtalten** in Nov. 115. **gantz nichts** de iis, quæ ad internam teſtamenti ſolennitatem, ritumque exheredationis pertinent, diſponirt, **noch darinn das geringſte** innovirt, **ſondern es durchaus bey den vorhin** in eo puncto conſtituirten **Rechten verblieben, denen nach der** ritus exheredationis **darinn beſtanden**, quod exheredatio fieri debuerit 1.) nominatim

l. 8. §. 2. de bon. poſſ. contr. tab. pr. & §. 5. Inſt. de exhered. l. 4. C. de lib. præt.

2.) pure non ſub conditione, certo enim judicio liberi à ſucceſſione removendi

l. 3. §. 1. de lib. & poſth. l. 18. pr. de bon. poſſ. contr. tab.

3.) ab ipſa hereditate non ex re certa *l. 19. de lib. & poſthum.*

4.) tandem ab omnibus gradibus *l. 3. §. 2. ſeq. l. 14. §. 1. de lib. & poſthum.* Gerhard. *de Jur. teſtam. Rom. Diſp. 5. th. 5. ſeq.* Vinn. *ad princ. num. 1. Inſtit. de inoffic. teſtam.*

quo modo olim ſaltem pater filium in poteſtate ſua conſtitutum, ſi eum inſtituere noluit, omnino exheredare debuit

pr. Inſt. de exhered. lib. l. 30. 31. 32. ff. de lib. & poſth.

quia jus inſtitutionis ex lege filio attribu- 34
tum, ut voluerit noluerit, ipſo jure heres extiterit, non potuit in alterum transferri, niſi illi prius legitimo modo ademptum eſſet, ſcil. exheredatione

arg. l. 11. l. 27. de R. I. §. ult. Inſt. de legit. agn. tut.

Exheredatione dominii continuationem, quæ in filiofam. facta,

l. 11. de lib. & poſthum.

Pater interrumpere, ipſique dominium ante auferre debuit, quam alteri tribuit.

Præteritio non fuit modus tollendi Juris Civilis, nec quicquam diſpoſuit, proinde ea in filio teſtamentum ipſo jure nullum reddidit. *dd. ll.*

Poſtmodum hoc ad filias, nepotes & poſt- 35
humos extenſum eſt à Juſtiniano

in l. ult. C. de lib. præter. §. 5. Inſt. de exhered. liber.

ubi conſtituit, quod hi pariter, adeoque liberi omnes ſive mares ſint, ſive fœminæ, ſive filii, ſive nepotes, ſive jam nati ſive adhuc naſcituri vel adnaſcituri, ritè exheredari debeant, ſi eos inſtituere nolit Pater vel avus paternus. Liberos emancipatos non fuit neceſſe Patri nominatim exheredare vel inſtituere, quia eos Jus Civile pro extraneis habuit, Prætor tamen liberos eſſe peræque natura, utut emancipatos cogitans, ſi non inſtituantur exheredari juſſit Prætorisque æquitatem Juſtinianus ſecutus eſt.

§. 5. Inſt. de exher. liber.

Haud inſtituti nec rite ita exheredati à Patre vel avo paterno liberi, ſi ſui jam nati ſint, totum teſtamentum ipſo jure nullum eſt, ſi naſcituri, nativitate ſua poſtmodum teſtamentum rumpunt, emancipati bonorum poſſeſſionem contra tabulas petunt

pr. §. 1. 3. Inſt. de exhered. liber. l. 17. de inj. rupt. teſt. l. 30. de lib. & poſthum. Vinn. *ad pr. J. de inoff. teſt. n. 1. 2.*

Mater autem Parentesve materni uti ne- 36
que neceſſe habuerunt liberos vel inſtituere vel rite exheredare, ſed potuerunt eos præterire, & eorum præteritio pro exheredatione habita fuit

l. 11. pr. de bon. lib. §. 7. Inſt. de exhered. lib. l. 27. §. fin. l. 28. de inoff. teſtam.

quia ſuos heredes non habent, ut hac ratione utitur Imp.

in §. 3. Inſt. d. t.

& probat

l. 4. §. 2. de bon. poss. contr. tab. §. 10. Inst. de adopt.
eademque ratio, quare Prætor his non subvenerit, sicut emancipatis
d. l. 4. §. 2.
Ita nec liberis unquam injunctum fuit parentes vel instituere vel rite exheredare, sed pariter illorum silentium effectum rite factæ exheredationis habuit
§. 1. Inst. de inoff. testam. ibique Vinn. *num. 2.*

37 Von welchen ritum, modum ac formam exheredationis definientibus Juribus, wie gedacht, *in d. Nov. 115.* kein Jota geändert, sondern allein de causis, ob quas facta exheredatio juste vel injuste facta, ad denegandam vel concedendam querelam inofficiosi, intelligatur, disponirt, und dabey einige Neuerungen eingeführt.

Nam cum certa lege ac definitione non esset comprehensum, quænam sufficientes atque idoneæ causæ exheredationum essent, quæ non, sed totum hoc negotium ab arbitrio Centumvirorum, coram quibus hasta posita in foro judicantibus ut aliæ graves causæ sic etiam testamentariæ & hereditariæ disceptari solebant, dependeret, nec causas exheredationis in testamento adscribi necesse esset, sed simpliciter exheredatio absque ulla causæ expressione fieri posset, & allegata à testatore vel herede scripto ingratitudine exheredati merita sua probare tenerentur, hinc verò eveniret, ut filii sæpè falsis accusationibus damnarentur & circumscriptionem aliquam in parentum substantiis paterentur, similemque parentes sentirent injuriam, quia causæ in arbitrio judicum erant positæ, qui interdum non satis dignas admittebant, Imperator d. Nov. talem exheredationis injuriam à liberis & parentibus auferre volens, causas exheredationum ex arbitrariis certas fecit & lege definivit, constituitque ut non liceat liberos vel parentes exheredare, nisi 1.) ex causa legitima & certa, eaque 2.) testamento nominatim insertâ quod est facere exheredationem cum elogio, & 3.) ab herede probatâ, non tamen, quod aliâs testamentum nullum sit sed
38 ne rescindatur per querelam inofficiosi, injustitia enim exheredationis non vitiat testamentum ipso jure, id quod apparet 1.) ex scopo & fine Imperatoris, qui fuit, non tollere querelam inofficiosi, sed proniorem atque expeditiorem ei viam facere. Nam cum olim exheredati necesse haberent probare se semper officiosos fuisse, eaque probatio non semper in proclivi esset, plerumque causa simul & hereditate exciderunt, illi igitur rei Justinianus afferre voluit remedium. 2.) ex collatione juris veteris in quo emendando occupatus Imperator, causas exheredationis vagas determinando, certoque numero eas definiendo, earum expressionem testatori, & probationem heredi injungendo. 3.) ex verbis, quibus utitur *in cap. 3. §. 12.* ibi: *evacuata institutione*, & *§. fin. testamento evacuato*, & paulo post: *tanquam in hoc non rescissum &c.* ac *cap. 4. §. 9. rescisso testamento j. §. 4. 5. Inst. quib. mod. test. infirm.* quæ 39
satis probant Imperatorem non voluisse ac constituisse, quod, si exheredationis rite alioquin factæ, aut nulla causa à testatore expressa, aut expressa quidem, sed non ex illis, quas ipse definivit, vel his æquivalens, aut si sit quidem ex illis vel æqualis, sed heres deficiat in probando, testamentum ipso jure nullum esse debeat; Verum hoc saltem ipsum ordinasse, quod tum exheredatio, licet rite facta, tamen inefficax esse debeat, adeoque exheredatus utiliter & cum effectu intentare posse querelam, ac testamento evacuato sive infirmato rem ad intestati causam redigere. Nam adducta & memorata verba satis clare innuunt, testamentum, de quo Imper. loquitur, & disponit, ipso jure omnino validum esse & consistere, nequaquam vero ab initio statim nullum esse, sed ex postfacto demum per querelam infirmari. Evacuari enim idem est ac infirmari, tolli
arg. l. 4. C. de solut. ubi evacuata obligatio pro obligatione per solutionem sublata ponitur.
& rescindi dicitur, quod initio validum fuit, atque substitit,
ut probat *t. t. ff. & C. de rescind. vend.*
ac in specie testamentum per querelam inofficiosi rescindi dicitur
in l. 8. §. 16. de inoff. testam.
Cur vero hîc a propria & nativa vocabulorum significatione recedere deberemus?

Clarius adhuc id ipsum evincunt verba 40
Imp. in
c. 3. §. 12. ac cap. 4. §. 9. testamentum in sua firmitate MANERE præcipimus.

Proponit ac opponit ibi Imperator effectum novi à se constituti juris observati & non observati: in illo respicit querelam inofficiosi excludendam scil. & testamentum in sua firmitate manere præcipit, in hoc ergo respicit querelam inofficiosi concedendam, ut testamentum non maneat in sua firmitate, quia contrariorum contraria sunt consequentia, contraria est dispositio.

Nihil in sua firmitate manere vel non manere recte dicitur, nisi quod eam ante habuit, privatio enim præsupponit habitum. De- 41
inde ab Imperatore conjunguntur & ad eundem effectum requiruntur, tum ut causa adsit legitima, tum ut nominatim testamento inserta sit, tum ut ab herede probetur, eaque si observata non fuerint uno eodemque modo rescindi jubetur testamentum. Atqui posterius pertinet ad querelam testamenti inofficiosi, quia probatio fit instituta querela, quæ instituitur adita ab herede hereditate
l. 8. §. 10. de inoff. testam.

& sic

& ſic teſtamento firmitatem ab initio habente

l. 32. l. 34. de acq. hered.

E. & priora ad eandem querelam pertinere neceſſe eſt. Unde & Imperator in pr. cap. 3. dicit: *cauſas, ex quibus liberi ingrati debeant judicari.*

42 Plura alia argumenta ex ipſis verbis d. Nov. menteque Imperatoris pro hac ſententia, quod, quæ ibi conſtituit Imp. circa exheredationem obſervanda ſint, non ut teſtamentum rite conſtituatur, ſed ut conſtitutum in ſua firmitate manere poſſit, & per querelam inofficioſi reſcindi nequeat, adéoque non obſervata non faciant ut teſtamentum ipſo jure nullum reddatur, ſed ut querelæ inofficioſi locus ſit, peti poſſunt, de quibus videatur

Vinn. *in qu. ſelect. l. 2. q. 21.* Fibig. *in Vindic.* Franzk. *Ex. 6. q. 4.* qui contraria Bachovii argumenta docte ac ſolide diluit.

43 Et idem eſt, ſi liberi a matre ac parentibus maternis nec non ſi parentes a liberis ſint præteriti, cum enim horum præteritio & ſilentium ſit pro rite facta exheredatione, tantumque faciat, quantum exheredatio in paterna linea facta, ſicut & ſilentium militis ſcientis ſe habere liberos & tamen eos prætereuntis, i.e. neque inſtituentis neque exheredantis, valet pro exheredatione nominatim facta

§. pen. & ult. Inſt. de exhered. liber.

(ex ratione, quod lex civilis, quæ magis familiarum conſervationem ſpectavit, quam naturam, non eod. modo materna bona liberis addixerit, ut paterna, nec fecerit, ut ſic liberi *maternæ quoque* dotis, vivâ adhuc *matre domini quodammodo* exiſtant, uti *bonorum patris ſunt*; Eapropter, ſi illa *alium heredem*, liberis præteritis, inſtituat, nullam, quod ad eam legem attinet, injuriam ipſis faciat, cum ſuum iis non adimat, fruſtra adeoque etiam requiratur exheredatio, ſed quia ſic matri, ut & avo, quem per eandem habent, ſui heredes non exiſtunt, ſilentium & præteritio eorum pro exheredatione merito reputetur & cedat;

Vinnius *ad §. ult. Inſt. de exhered. lib.*

quæ ratio & in parentibus evidens eſt in reſpectu ad liberos,) non poteſt cenſeri teſtamentum ipſo jure nullum eſſe ob præteritionem illorum, ſed præteritis liberis ac parentibus ſaltem datur querela inofficioſi ad reſcindendum teſtamentum, quo ita contra pietatis officium inique excluſi, quoad heredis inſtitutionem, cæteris capitulis ſalvis manentibus.

44 So mag auch keines weges geſagt werden, daß dieſe jura per d. Nov. 115. c. 3. & 4. abrogirt und conſtituirt worden ſeyn, quod præteritio matris & per matrem aſcendentium, item liberorum non amplius pro exheredatione haberi debeat ſed ex hac cauſa æque nullum eſſe teſtamentum ac ſi præteritio in paterna linea facta eſſet. Denn von ſolcher immutation nec vola nec veſtigium in dicta Nov. zu finden, iſt auch nicht zu præſumiren, daß der Imperator Juſtinianus contra juris rationem exheredandi neceſſitatem habe wollen introduciren und injungiren denen, die ſuos heredes nicht haben, da doch die exheredandi neceſſitas eigendlich a jure ſuitatis dependirt.

Exheredatio ſiquidem in propria ſignificatione jus & dominium non aliquod vivo teſtatore jam quæſitum, quod poſt mortem illius continuetur, niſi expreſſe exheredatio fiat, præſupponit.

l. 11. de lib. & poſthum.

Weil nun dergleichen weder die liberi in 45
bonis matris & maternorum Parentum, noch die parentes in bonis liberorum contra juris veteris rationem jure illius Novellæ erlangt, ſo kan auch nicht vermuhtet werden daß vel maternis parentibus liberos vel liberis parentes exheredandi neceſſitas pro ſubſiſtentia teſtamenti contra juris veteris diſpoſitionem auferlegt und præteritioni illorum der vorige Effect benommen, hergegen aber dieſer, daß ſie eben ſo wie die præteritio paterna das Teſtament annulliren ſollte, gegeben worden ſey.

Si enim Juſtinianus vetus diſcrimen præ- 46
teritionis paternæ & maternæ lineæ tollere, hancque illi exæquare voluiſſet, id procul dubio expreſſiſſet, uti id fecit in cauſarum ingratitudinis determinatione, & alias ubique in juris veteris abrogatione facere ſolet, nihil enim quicquam ullibi ex veteri jure mutat, niſi cum ſollicita & expreſſa mentione ejus juris, quod abrogare conſtituit & inſigni commendatione novi quod ſubrogat in illius locum, interdum etiam cauſæ qua impulſus id facit, commemoratione. Cum ergo hic nihil tale fecerit, nec mens 47
ejus eo tendens aliunde colligi poſſit, nequaquam hoc ipſi propoſitum fuiſſe credendum eſt, maxime cum haud aliter in d. Novella loquatur, quam in

pr. Inſt. de inoff. teſtam.

aut quam Marcellus loquitur

in l. 3. ff. eod.

Conſtituit enim non licere patri vel matri liberos ſuos exheredare aut præterire, niſi fortean probabuntur ingrati, quæ prædicata propriis ſuis attribuenda ſunt ſubjectis, ut exheredes facere non liceat patri, matri non liceat præterire, quemadmodum *in d. pr. & d. l. 3.* alterum ad patrem alterum ad matrem referri conſtat. Patet id ex eo quod Imperator *in d. Nov. cap. 5.* aperte fatetur intentionem novæ ſuæ legislationis eſſe, ut injuriam exheredationis & præteritionis à liberis & parentibus auferat. Uti 48
ergo de rite quidem, ſed ſine juſta cauſa, adeoque inique, facta exheredatione loquitur (ceu quæ injuriam tantum continuit, haud rite facta quippe nullam inferre potuit inju-

injuriam, quia ob eam testamentum aut ipso jure nullum, aut posthumi nativitate ruptum, aut denique petita bonorum possessione infirmatum fuit) ita & de ea tantum præteritione, quæ vim exheredationis habet, materna nimirum & liberorum eum loqui necesse est, præteritio enim paterna, quæ testamentum ipso jure nullum reddit, in effectu pariter nullam infert injuriam, aut non talem, quæ cum effectu iniquæ condemnationis & exclusionis liberorum à substantiis parentum conjuncta fuerit. Consistit enim in omittendo & habuerunt filii jus dicendi testamentum nullum

pr. Inst. de exher. lib.

Quid ergo opus, ut Justinianus liberos ab ejus præteritionis injuria liberaret, quæ nulla fuit? privatio præsupponit habitum.

l. 5. de injust. rupt. testam. l. 208. de R. I.

49 Ac quamvis dicatur *in d. Nov. cap. 3.* nullam exheredationem & præteritionem fieri debere, nisi inserta ingratitudinis causa, indeque sequi videatur, sublatam sic esse præteritionem parentum maternorum & liberorum, quia præteritio cum causæ expressione facta, nihil aliud quam ipsa exheredatio esse videtur; Attamen sciendum est, posse etiam aliquem inserta ingratitudinis causa silentio præteriri. Sunt enim exheredationis, præteritionisque nomina relata ad hereditatem & titulum institutionis, atque exheredari & præteriri dicitur, qui ab hereditate excluditur, quantumvis ipsi legati vel fideicommissi, aliove singulari titulo aliquid relinquatur. Cui consequenter alicui potest inserta ingratitudinis causa aliquid titulo singulari relinqui in testamento, qui tamen respectu institutionis & tituli universalis prætereatur, v. g. si mater in testamento ita disponat: Titium (qui extraneus) heredem instituo, Filio vero meo Cajo, quia insidias vitæ meæ struxit, tantum legatum 100. thalerorum relinquo. Hic Cajus silentio præteritus inserta ingratitudinis causa recte dicitur, quia nihil ipsi titulo heredis relictum, causa tamen ingratitudinis occasione relicti legati expressa est.

Frid. Schrag. *in Introd. ad Pand. tit. de lib. & posthum. §. ult.*

50 Ist nun, bisher gethaner Deduction nach, Jure Pandectarum & Codicis ac Institutionum es also unwidersprechlich gewesen, daß ein à liberis aufgerichtetes Testament deswegen, daß sie ihre noch lebende Eltern silentio præterirt, nicht ipso jure null und nichtig, sondern per querelam inofficiosi zu rescindiren gewesen, und solch Recht per Novellas weiter nicht corrigirt, als daß die rescissio instituta querela per judicis sententiam allein quoad heredis institutionem geschehen solle, so folgt nothwendig, daß selbiges demnach annoch in pristino suo vigore bestehe.

Quod enim jus abrogatum non apparet cur stare prohibeatur?

l. 27. C. de testam. l. 32. C. de appellat.

Und mag dawider nichts verfangen, 51
was in contrarium speciose angeführt, denn belangend das erste, so fundirt sich selbiges auf dem falso præsuppositio, quasi per Nov. 115. constitutum esset, quod testamentum ob præteritionem quamvis, tam matris nimirum & avi materni, quam patris & avi paterni ipso jure nullum, dessen contrarium aber dargethan und remonstrirt.

2. Folget aus dem, quod æque parentibus 52
à liberis, quam liberis a parentibus legitima titulo institutionis sit relinquenda, durchaus nicht, daß deswegen, wann selbiges nicht geschehen, das Testament null und nichtig sey, sondern daß solches alsdann seine Kräffte und Bestand nicht behalte, sondern die querela inofficiosi cum effectu dawider intentirt und es also rescindirt werden könne.

Vinn. *lib. 2. qu. sel. cap. 21.*

Belangend das dritte, so ist ebenfalls in ra- 53
tionibus decidendi bereits remonstrirt, daß, was in offtbesagter Novella constituirt, nicht ad formam, ritum & modum exheredationis gehöre, und legitimæ causæ adscriptio nicht pro forma exheredationis, ac eum in finem ut testamentum ipso jure subsistat, sondern blos deswegen erfordert werde, ut illa æque facta dicatur, & testamentum conservetur, nec querela inofficiosi rescindi possit.

vid. Vinn. *d. lib. 2. sel. quæst. 21. vers. Non obstat. &c. pag. 397.*

Die 4. allegirte verba ex Nov. 115. c. 3. 54
& 4. probiren vielmehr hanc nostram als die widrige communem sententiam, und läßt sich nicht schliessen: Si nullum præjudicium liberis generari debet, nec ullam vim habere hujusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum, ubi ac in quo non observata, quæ Imperator

in d. Nov. cap. 3. & 4.

cavit & constituit, facta nim. exheredatio ex justa causa, testamento inserta, & ab herede dein probata, sequitur illud ipso jure nullum, nec querela opus esse; Nam collectio hujusmodi plane invalida est & ipso textu refellitur, unde apparet eo ipso præteritis & exheredatis nullum generari præjudicium, quando illi testamento quoad institutionem evacuato ad parentum hereditatem eamque ab intestato ex æqua parte admittuntur. Et si hæc argumentatio procederet, vel illud testamentum, in quo quidem certæ causæ exheredationis fuerunt expressæ, sed non probatæ, ipso jure efficeretur nullum, quod absurdum: ratio consequentiæ est, quod versiculus ille: *Si a. hæc observata &c.* indubie de eo casu etiam, ubi heres in probatione defecit, intelligendus veniat, nec hoc facile quisquam in dubium vocabit.

Das 5 angeführte commune dicterium: 55
Quod contra legem fit ipso jure nullum est, hat diese notable Limitation, nisi Lex id, quod fieri vetat, valere aliquo modo & subsistere patitur, suppeditato remedio, quo quod factum est rescindatur aut vis ejus infringa-

fringatur, quod hic fecit Juſtinianus concedendo querelam inofficioſi
vid. omnino Vinn. *qu. ſelect. lib. 1. cap. 1. per tot.*

56 Ob wohl aber dieſe Meynung unſers Erachtens inſpecta veritate Theorica, wie gemeldt beſſer gegründet, ſo iſt doch nichts deſto weniger die contraria communior, in vielen Orten peculiaribus Statutis & Conſtitutionibus confirmirt, als in hoc noſtro Ducatu
J.P.W. *p. 3. tit. 17. §. Wann ein Vater & tit. 20. §. Item wann der Teſtirer.* B. D. Lauterb. *in Differ. Jur. comm. & Würt. Diſp. 3. th. 34.*
Item in Saxonia teſte
Carpzov. *p. 3. c. 9. d. 3.*
auch ſonſt faſt überall in Praxi recipirt und wird darnach in hohen und niedern Gerichten geſprochen, ut videre eſt apud
Sanden. *lib. 4. Deciſ. Friſ. tit. 2. d. 2.*
Gail. *2. Obſ. 113.* ibique Græveum, & Ddr. pro hac ſent. ſupra laud.
daß alſo dahin ſtehe, ob nicht Auguſtiſſimum Judicium Imperatoris Aulicum dieſe cautiorem ſententiam amplectiren und foviren werde.

Die andere Frage iſt:

57 Weilen der præterirte Vater ein kundbarer Reichs von Adel, ob nicht dieſer Caſus, non obſtante Statuto Bregantino, de quo in duplicis adj. N. 4. fol. 6. forte in contrarium exiſtente, juxta Principia Juris communis, als deſſen ſich die Reichs Ritterſchafft bedient, reſolvirt und decidirt werden müſſe?

58 Da wir forderiſt hätten wünſchen mögen, einen Extract des Statuti Bregantini zugehaben, um zu ſehen, wie der Tenor deſſen eigentlich lautet, wir nehmen zwar aus Fr. Mariâ Magdalenâ Schmiedin von Wellenſtein, geborner Kechlerin von Schwandorff, Teſtament, verbis: Alſo will ich meinen geliebten Eheherrn gleicher Geſtalt aller meiner itzo habender und inskünfftig bekommender Güter für meinen Univerſal-Erben hiemit benennet und eingeſetzet haben nach Bregnitzer Stadt Gebrauch; und dem was in Actis davon angeführet worden, ſo viel ab, daß darinn ſolle cavirt und verſehen ſeyn, daß ein Ehegemächt dem andern ſein gantz Vermögen mit Ausſchlieſſung deſſelben Bluts-Freunde verlaſſen und verſchaffen möge, wann ſie keine Kinder miteinander erzeuget und nach ſich laſſen;
59 Ob ſelbiges aber auch ſeinem wörtlichen Innhalt oder Mente nach, denen, ſo noch ihre Eltern im Leben haben, dieſelbe ohn einige rechtmäßige Urſach ſchlechter Dinge von dem ihnen den gemeinen Rechten nach verlaſſenden Pflicht-Theil zu excludiren erlauben, und alſo legitimam parentibus debitam gäntzlich aufheben ſollte, daran zweifflen wir nicht unbillich, in Erwegung quod, licet non ſic Parentibus liberorum, ut liberis Parentum debeatur hereditas
l. 7. §. 1. ff. unde liber.
quia ordo naturæ præmori parentes liberis expoſcit
l. 9. §. 1. ff. de reb. dub.
parentumque potius proprium & ingenitum officium eſt liberos alere, quam contra
arg. l. 19. de rit. nupt. 2 Cor. 12. v. 14.
ac parentes theſaurizant liberis, non autem liberi parentibus.
arg. d. l. 7. l. 7. de bon. damnat. c. 6. §. prohibemus. de cenſib. c. prædicator. 16. q. 1.
hinc ſi parentes ſuccedant liberis, dicantur venire ad triſte lucrum
l. fin. C. commun. de ſucceſſ.
luctuoſam ſucceſſionem
l. 28. C. de inoff. teſtam.
duræ fortunæ ſolatium
l. 4. C. ad SCt. Tertull.
attamen, ſi caſu contingat parentes ſupervivere liberis, ex pietate, in jure naturæ fundata, 60
l. 2. ff. de juſt. & jur. l. 4. C. ad SCt. Tertull.
& ex miſerationis ratione, quæ etiam inſtinctus naturalis eſt,
l. 7. §. 1. ff. und. lib. l. fin. C. de cuſtod. reor.
in liberorum ſucceſſionibus ipſis Parentibus non minus quam liberis in caſu converſo ſecundum ordinem naturæ contingente, legitima debeatur
l. 15. ff. de inoff. teſt. Nov. 1. in præf. §. 2.
Et quidem non ſolum Jure Civili & poſitivo ut volunt Marc. Ant. Peregrin. *de fideicommiſſ. art. 49. n. 44.* Joh. Petr. Surdus *de aliment. l. 1. q. 19. num. 8.* Matth. Coler. *ſim. tr. l. 2. c. 9. n. 4.* Joh. de Rojas *in Epit. ſucceſſ. cap. 31. n. 7.* Joh. Cephal. *Conſ. 178. n. 45. & 52.* aliique allegati à Merlin. *de legit. l. 5. t. 1. q. 6. n. 8.*
ſed ſecundum naturam ipſam, vel ipſo jure naturæ, quibuscunque enim hereditas vel pars hereditatis pie eſt relinquenda, illis ea utique debetur jure naturæ, quia pietas tum erga DEUM tum erga parentes, in jure naturæ fundata eſt
l. 2. de juſt. & jur.
At turbato mortalitatis ordine à liberis parentibus ſuperſtitibus hereditatem, (vel ad minimum partem ejus,) PIE relinquendam eſſe, expreſſe ait JCtus Papinianus in
d. l. 15. de inoff. teſtam. add. Nov. 1. in præf. §. 2. ibi: *aliis teſtantibus neceſſitatem imponit lex diſtribuere quandam partem perſonis quibusdam tanquàm hoc* ſecundum ipſam naturam eis debeatur, quale eſt filiis ac nepotibus, & patribus atque matribus.
Facit huc imprimis textus clarus & rotundus *in c. 1. de teſtam. in* .

ubi Pontifex hanc parentum legitimam diserte vocat portionem jure naturæ debitam; Quibus txx. moti in hanc sententiam nobiscum transeunt

Tabor. *in Barbosa locupl. l. 10. c. 8. ax. 6.* Struv. *Ex. 10. th. 10.* Schilter. *Ex. 38. th. 9.* Hartm. Hartm. *l. 2. tit. 43. Obs. 6. n. 1.* Mynsl. *6. O. 44.* Besold. *p. 5. Cons. 197. num. 1.* Berlich. *p. 3. concl. 18. n. 26.* Carpzov. *p. 3. c. 12. d. 1. n. 6. & lib. 6. Resp. 3. n. 4.* Richter *dec. 142. n. 5. 9.* Tib. Decian. *v. 2. Resp. 19. n. 6.* Ant. Faber. *l. 5. t. 19. d. 16. n. 6.* Tob. Non. *Cons. 13. n. 7. 8.*

61 inde inferentes, quod hæc parentibus debita legitima proinde quidem statuto minui h. e. quantitas ejus Jure Civili determinata pro certa rerum circumstantia immutari ac minui possit, in totum autem tolli, nequaquam queat, quia materialiter considerata in ipso jure naturæ radicatur, ratio vero civilis civilia quidem, sed non æque naturalia Jura corrumpere potest

§. ult. inst. de leg. agnat. tut. j. l. 8. ff. de cap. dim.

Quam sententiam ut communem & æquiorem Augustissimam Cameram Imperialem quoque non semel, sed multoties secutam esse in judicando, testatur

Andr. Gail. *2. O. 122. n. 11. & 13.* add. Mynsl. *5. O. 43.*

ubi idem testatur de legitima liberorum, cum qua pari passu ambulat legitima parentum, ceu æque favorabilis ac illa

Ant. Faber *l. 3. tit. 19. d. 16. n. 6.*

ita ut iisdem regulis, quibus legitima liberorum, & Parentum legitima gubernetur

Hartm. Hartm. *l. 2. t. 43. O. 6. n. 1.*

imo & argumentum à legitima liberorum ad legitimam parentum recte affirmative ducatur

Claud. de Battander *de legitima art. 14. n. 23. & 16. 17.*

quamvis in aliquibus differentia inter eas intercedere videatur, de quibus

Claud. Chifletius *de port. legit. c. 10. sub fin.* Claud. de Battand. *d. l.* Mercur. Merlin. *de legitim. lib. 1. tit. 2. qu. 12. n. 13.*

62 Si itaque Statutum hoc Bregantinum tantam liberis conjugatis indulgeret licentiam, ut sine omni etiam causa Parentes suos à successione in totum per testamentum excludere possent, atque legitimam ex civilis ac naturalis juris ratione Parentibus debitam sic in totum tolleret, Prudentiæ Legislatoriæ rationem haud sequeretur, vimque pietatis & conscientiæ laxaret, & hinc vix iniquitatis notam effugere posset, proinde hoc eodem cautum esse præsumere haud valemus.

63 Wir lassen aber, weil uns der eigentliche Tenor nicht bekannt, solches jetzo dahin gestellt seyn, und setzen, daß selbiges in sothanem Statuto versehen, daß ein Ehegemächt, demselben nach, validè soll testiren können, wann es, præteritis ac exclusis Parentibus, seinen Ehegatten zum universal-Erben in seinem gantzen Vermögen einsetzet, so, daß den præterirt- oder excludirten Eltern auch kein Remedium zukommen solle, das Testament zu rescindiren oder impugniren; So erachten wir jedoch, daß solch Statutum, oder Gebrauch und Gewohnheit, was es irgends sey, dißfalls Fr. Mariâ Magdalenâ Schmiedin von Wellenstein, gebohrner Köchlerin von Schwandorff, zu Ingolstadt aufgerichtetes Testament, darinn sie ihren Eheherrn, weyland Hrn. Johann Valentin Schmidt von Wellenstein, J. U. D. Churfürstl. Durchleucht in Bayern, Rath und Professoren bey Löbl. Universität zu Ingolstadt zum universal-Erben ernennet und eingesetzt, ihren damals noch im Leben gewesten Hrn. Vattern, weyland Hrn. Hannß Caspar Köchlern von Schwandorff aber præterirt, durchaus nicht salviren, und ihrem præterirten Vattern auf einige Weise præjudiciren können, daß er nicht wegen seiner ohn einige rechtmäßige Ursach beschehenen exclusion à jure communi ipsi debitâ legitimâ per præteritionem das Testament hätte anfechten und impugniren mögen, in reiffer Betrachtung, sie Fr. Testirerin eine 64
Freye Reichs-Adeliche Dame von Frey Reichs-Adelichen Eltern gebohren, welche ihre Eltern unzweifflich der Freyen unmittelbaren Reichs-Ritterschafft in Schwaben incorporirt, und keine Unterthanen oder eingesessene Bürger der Stadt Bregentz, wohlfolglich auch sie Testirerin, ihrer Herkunfft und angebohrnem Adel nach, dictæ Civitatis Bregantinæ subjecta nicht gewesen, ob sie gleich etwa da wäre gebohren worden, zur Zeit da sich ihre Adeliche Eltern gewisser Ursachen halber daselbst aufgehalten.

Constat enim nativitatem non subjicere aliquem illius loci Magistratui: ubi quis nascitur, nisi patris origo vel domicilium sit.

l. 3. C. de munic. & origin. l. 6. §. 3. ff. ad municip. Carpzov. *p. 1. dec. 1. n. 18. seqq.* Vinc. Honded. *vol. 1. Cons. 7. n. 5.*

So ist sie auch hernach durch die mit obge- 65
dachtem Hrn. Johann Valentin Schmidt von Wellenstein ꝛc. getroffene Heyrath der Stadt Bregentz Obrigkeit Jurisdiction nicht unterworffen worden, gestalten er ja sein Domicilium nicht zu Bregentz gehabt, sondern zu Ingolstadt damals gewohnt, und bey der Universität daselbst Professor, anbey Chur-Bayerischer Rath gewesen; Wir können ferner auch nicht absehen, wie sie sonst jemals ulla alia ratione dictæ civitatis Magistratus jurisdictioni subject könnte gewesen seyn, und wäre es je gleich gewesen, so wäre sie jedoch tempore conditi testamenti nicht mehr in eo statu gewesen, deswegen solch anomalum Statutum Civitatis Bregantinæ denn ihro zu Salvirung und Conservation ihres contra jura communia conditi testamenti nimmermehr zu statten kommen, und ihren Hrn. Vatter von den sich dawider zu bedienen selbiges zu impugniren in gemeinen Rechten erlaubten Rechts-Mitteln ausschliessen können, zumalen

len da ſie das Teſtament nicht einmahl in loco Statuti illius aufgerichtet.

66 Eſt enim communis Dd. concluſio ſtatutum ſeſe intra ſtatuentis territorium regulariter continere, nec vim ac vigorem ſuum ultra fines jurisdictionis ejus extendere.

c. 2. de conſtit. in 6. c. 21. de ſent. excommun. n. 12. §. 1. de reb. auth. jud. poſſid. l. fin. ff. de jurisdict.

Nam cum localia ſint ſtatuta, neceſſe eſt, ubi ceſſat jurisdictio ſtatuentium, ibi & ceſſare ſtatuti diſpoſitionem, juxta vulgatum, extra territorium jus dicendi impune non paretur.

d. l. fin. ff. de jurisdict.

67 Et quamvis communiter receptum ſit, teſtamentum juxta ſtatuta aut mores alicujus loci, ubi ſolennitates Juris Civilis coarctatæ & e. g. permiſſum eſt coram 4 vel 5. teſtibus teſtari, factum, etiam vim habere extra illum locum, ubi major requiritur ordinationis ſolennitas & Jus Civile Roman. adhucdum obſervatur, repudiatâ

Nicolai Burgundi *ad conſuet. Flandr. tract. 6.* Chriſtinæi *vol. 2. dec. 3. ſeqq. & ad Leges Mechlin. tit. 17. n. 10.* aliorumque

68 ſententiâ, communem illam opinionem quidem circa res mobiles & nomina admittentium, at circa res ſoli, & bona immobilia jus ejus loci, ubi ſita ſunt, ſpectandum eſſe, adeoque ſi teſtamentum non ſit conditum adhibitis ſolennitatibus, quas hujus loci conſuetudo requirit, illud quoad hæc bona immobilia nullam mereri executionem, contendentium; quia ſtatuta, quibus cavetur,

69 quod ad actus ſolennitatem duntaxat pertineat, proprie neque rem afficiunt, neque perſonam actum celebrantem, ſed formam ſolummodo actus, qui fit in loco ſtatuti aut conſuetudinis, rationi & juri proinde magis conſentaneum eſt, ut ea vim ſuam exerant etiam ad bona alibi ſita, quoniam cum actuum ſolennia ad eorum ſpectent jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur,

l. 6. ff. de evict. l. 3. inf. ff. de teſtib. l. 2. C. quemadm. teſtam. aper. l. 9. l. ult. C. de teſtam.

conſequens eſt, ut actus ſecundum jus & conſuetudinem loci recte & legitime perfectus, ubique vigorem ſuum obtineat, & ejus juris, cui perſona teſtatoris ſubjecta eſt, po-

70 tius ratio habeatur, quam loci bonorum, quæ illius ſunt acceſſio. Et alioquin poſitâ illa inter res mobiles & ſoli diſtinguentium ſententiâ, bona in diverſis regionibus ſita habentes non poſſent uno teſtamento defun[illegible], ſed ſi nollent pro parte inteſtati decedere, cogerentur contra juris rationem plura condere teſtamenta, ſingula ſcil. juxta conſuetudinem cujusque regionis, vel in uno teſtamento ſequi conſuetudines plurium locorum & actum per ſe individuum huic & illi loco diverſimodè impartiri, ut ait

Petr. Peck. *lib. 4. de teſtam. conjug. cap. 28. in fin.*

Indeque communis illa ſententia paſſim con- 71
ſulendo & decidendo in ſummis pariter ac infimis judiciis approbata ac confirmata eſt, teſtibus

Gailio *2. O. 123.* Mynſing. *5. O. 19. 20.* Joh. à Sanden *lib. 4. tit. 1. def. 14.* Teſſaur. *lib. 2. qu. for. 8.* Gerhard. Maynard. *l. 5. dec. Tholoſ. 92.* Guid. Pap. *dec. 262.* Köppen *dec. 31. n. 25.* add. Mantica *de conject. ult. vol. l. 6. tit. 8. n. 14.* Vinn. *l. 2. qu. ſel. 19.* Alexand. *l. 1. Conſ. 28. n. 2.*

Attamen hæc nullo colore ad caſum præ- 72
ſentem applicari poſſunt. 1.) quia hic Teſtatrix nec civis, nec incola, nec ulla etiam alia ratione ſubjecta Magiſtratui Civitatis Bregantinæ fuit. 2.) nec teſtamentum in loco Statuti condidit, ut ibi à Dd. factum ſupponitur, ſed Ingolſtadii, quæ civitas in alio plane Imperii circulo ſita, alium territorii Dominum recognoſcit, quam Bregantia, hæc quippe Circulo Auſtriaco, Ingolſtadium verò Circulo Bavarico annumeratur, quî ergò Statutum Bregantinum vires ſuas exſerere poſſet in teſtamento perſonæ plane extraneæ in alio longe diſſito alium territorii Dominum agnoſcente loco condito, ejusque conſervationem contra Juris Civilis in loco conditi teſtamenti vigentis diſpoſitionem operari? 3.) Aliud plane Statutorum 73
genus eſt Bregantinum, quam hoc, de quo Dd. laudati loquuntur. Conſtituunt vulgò Juris noſtri Interpretes tria Statutorum genera realia, perſonalia & mixta, quæ diverſimode pro ratione objecti ac effectus definiunt. Ratione objecti conſiderata Statuta realia ſunt, quæ rem afficiunt & circa eam potiſſimumque in ordine ad rem aliquid ſtatuunt; Perſonalia, quæ afficiunt perſonam & circa eandem potiſſimum in ordine ad perſonam quid diſponunt, id quod variis contingit modis, vel enim perſonæ aliquid permittitur, ut filiofam. teſtari, qui de JCivili id non poterat, vel tollit aliquod obſtaculum, ut infamem dignitati reſtituit &c. vel habilitatem addit, ut Notario quo publicum faciat inſtrumentum, vel inhabilitat aliquem ad actus varios, eundem prodigum declarando, eidem interdicendo arte, advocatia, negotiatione &c. vel habilitat ſervata forma, & inhabilitat ea ceſſante, ut ſi minor aut mulier nequeat contrahere ſine conſenſu propinquorum; vel qualitatem aliquam imprimit, puta minori, ut habeatur pro majore &c.

Mixta vero hac ratione ſunt, quæ de ſo- 74
lennibus his aut illis adhibendis diſponunt, & ita dicuntur, quia ſuo modo afficiunt omnes perſonas in loco ſtatuentis aliquid agentes, & ſuo modo res ubicunque locorum ſitas. Ratione effectus conſiderata 75
realia ſunt, quæ non extra territorium ſtatuentium vires ſuas exſerunt, ſed tamen non ſubditos ligant ratione bonorum immobilium ibi ſitorum

arg. l. 3. C. de ædif. priv. l. 27. ff. de tut. & curat. dat. l. 4. C. de jur. fisc. l. 6. ff. de muner.

Personalia, quæ se etiam extendunt extra territorium adeoque secundum Dd. comitari dicuntur personam ubique locorum, ut tamen respiciant subditos, non exteros aut
76 peregrinos, qui ab alieno territorio nullam qualitatem accipiunt. Sicque mixta dicuntur, quæ effectu inspecto partim intra partim extra territorium vires exserunt. Intra, in quantum obstringunt omnes sive incolas sive forenses, ibi contendentes vel aliquid agentes, extra, in quantum sese extendunt ad omnia bona ubicunque locorum jacentia illud participando de statutis realibus, hoc de personalibus, taliaque sunt quæ de modo vel solennitate in negotiis & causis sive judicialibus sive extrajudicialibus adhibenda vel observanda disponunt,

ceu hæc accuratius quam vugò definit & explicat Paul. Voët. *sing. tr. de Statutis sect. 4. cap. 2.*

77 Ex quibus patet Doctores, qui dicunt testamentum juxta statutum aut mores alicujus loci, ubi duo, tres, quatuor vel quinque testes sufficiunt, valere etiam in alio territorio, ubi plures requiruntur, loqui de statuto mixto, quod principaliter in definiendo solennitates actus testamentarii occupatur, indeque non tam rem, ac personam, quam dispositionem ipsam afficit, vires suas etiam ad bona extra territorium sita extendens.

per txx. supra citatos.

78 Statutum verò Bregantinum est personale permittens conjugi conjugem heredem ex asse instituere exclusis quoque parentibus a legitima Jure communi ipsis debita, posito, hoc eod. cautum esse, & habilitat adeoque conjuges ad testandum ita contra juris communis dispositionem. Tale autem statutum personale, quod non circa solennium ordinationem occupatum est, sed personas ad actus de Jure communi prohibitos legitimat habilitatque, in personis subjectionem requirit, personæ enim non subjectæ qualitas talis, qua ad hoc vel illud faciendum aut agendum apta redditur, quod jure communi minime facere poterat, addi nequit,

Zas. *ad ff. tit. qui testam. fac. poss. n. 51.* Gail. *2. O. 124. n. 12.*

quia vero subjectio territorii limitibus includitur, non potest extra statuentis territorium qualitas illa concessa effectum producere, consequenter nec statutum tale ad bona alibi sita trahitur

arg. l. 27. de tutor. Alexand. *lib. 1. Cons. 128. n. 2.* Gail. *d. O. 124. n. 13.*

Sicut hæc omnia eleganter confirmat Laudatus Voet. *de statut. sect. 4. cap. 2. n. 6.* has generales de Statuto ejusm. personali ponens regulas, quas txx. & authoritatibus firmat.

I. Statutum personale tantum afficit subditos territorii, ubi statutum conditum est, 79
non autem forenses, licet ibidem aliquid agentes. II. Personalis qualitas non potest extra territorium addi personæ non subjectæ. III. Statutum personale ubique locorum personam comitatur in ordine ad bona intra territorium statuentis sita ubi persona affecta domicilium habet, non tamen sese regulariter extendit ab bona immobilia alibi sita.

vid. ipse Voet. *d. l.*

Non poterunt ergo ulla ratione ea, quæ Dd. dicunt de testamento secundum loci alicujus statuta condito valere & porrigi illud rectè ad bona ubicunque etiam extra territorium sita, hic applicari, nec ullo modo vi Statuti Bregantini Testamentum Dn. Mariæ Magdalenæ Schmidin à Wellenstein, ceu personæ extraneæ, in alio loco, Ingolstadii nempe, confectum in Patris præteriti præjudicium in sua firmitate consistere ac conservari potuisset. Nec est, quod 80
dicas, licet extraneus vel forensis invitus non ligetur Statuto civitatis alterius, poterit tamen, si velit, ei se submittere, illoque uti sponte, ita, ut judex ei merito tum gratificari debeat; Hoc enim omnino pernegamus, quod extraneus possit alterius loci statuto uti, si velit, sic ut ei judex gratificari debeat. Neque enim ibi quicquam introductum in gratiam forensis aut extranei, quemadmodum ergo invitus non sentit incommodum ex statuto loci alterius, ita nec volens sentire poterit talis statuti commodum

Post. Rolandum a Valle, Tiraquellum, Marsilium, Alexandrum, Paul. Voet. *de statut. sect. 4. cap. 3. n. 14.*

Folget

Die dritte Frage:

Ob nicht, posito, testamentum tale 81
esse solummodo inofficiosum, **die Querela inofficiosi von den Beklagten, so in possession des ausständigen Heyrath-Guts gewesen**, per modum exceptionis perpetuo opponirt **werden könne**, quandoquidem ei, qui possidet hereditatem, impossibile sit Petitionem hereditatis, utpote ex parte rei possessionem vel detentionem requirentem intentare?

Welche, daß sie mit Ja zu beantwor- 82
ten, es primo intuitu **kein geringes Ansehen hat**, gestalten 1. solches in **allweg zu erheischen scheinet** notissima illa Juris communis regula: Quæcunque ad agendum temporalia sunt, ad excipiendum sunt perpetua, fundata

in l. 5. §. fin. ff. de dol. mal. & met. except.

Sic

Sic licet interdictum unde vi tantum annale ſit, exceptio tamen violentiæ perpetua eſt, & peremptoria, actionem perimens quandocunque oppoſita, quia in poteſtate dejecti eſt, quando agere velit, non pariter autem eſt in poteſtate rei, quando conveniatur, proinde non eſt in ejus poteſtate, quando excipiat.

l. 5. C. de except.

Simili modo actio de dolo biennio quidem finitur

l. fin. C. de dol.

exceptio tamen doli perpetua eſt

d. l. 5. §. fin. l. 3. l. 6. C. de except.

Quibus ſane conveniens omnino eſſe videtur ut licet actio inofficioſi, quia quodammodo odioſa, cum ultimam teſtatoris voluntatem, quam exitum habere Reip. intereſt,

l. 5. C. de SS. Eccleſ. l. 5. ff. quemadm. teſtam. ap. l. 1. pr. ſi quis omiſſ. cauſa teſt.

impugnet, a die aditæ hereditatis quinquennio ſit circumſcripta

l. 8. §. 10. §. ult. ff. de inoff. teſtam. l. 34. in fin. l. 36. §. 2. C. eod.

nec igitur poſt quinque annos eandem moturus, niſi ex magna cauſa, ut ſi per moram alicui judicii fuerit impeditus, audiendus

d. l. 8. §. ult. l. 16. C. eod.

Attamen de teſtamento inofficioſo excipiens vel replicans, nunquam repellendus, ſed hæc illius exceptio vel replicatio omnino absque ullo elapſi temporis reſpectu perpetua admittenda ſit, uti quoque docet

Wiſſenbach *diſp. 24. ad Inſtit. th. 23.*
Bachov. *ad §. 7. Inſt. de except.*

83 Und ob wohl 2. dieſelbe juris regula: Quæ ad agendum ſunt temporalia, ad excipiendum ſunt perpetua, ins gemein von den Dd. limitirt wird,

ut locum non habeat, quando quis jus ſuum in judicio agendo proponere poteſt, cum ex communi Dd. ſententia ejusmodi exceptiones, quæ per modum agendi, & per imploratione officii Judicis, proponi in judicio etiam queunt, perinde ac ipſæ actiones, his a lege definito temporis intervallo, præſcribantur

per l. 9. §. ff. de jurejur. l. 8. §. 13. ff. de inoff. teſtam. Bald. & communiter Dd. *in l. ſi ex cautione. C. de non num. pec.* Brunn. *ad l. 5. C. de except. n. 5. & ad l. fin. C. de temp. in integr.* Felin. *in c. ſi autem. 9. de Reſcript. §. & temporalia. verſ. limita ſexto &c.* Weſenbec. *Conſ. 42. n. 33. ſeq.* Covarruv. *Pract. qq. cap. 25. n. 4. per l. 30. §. pen. ff. de pecul.* Mev. *p. 3. dec. 333.*

84 Juxta quam doctrinam idem de querela inofficioſi, quæ pariter tam agendo, quàm excipiendo proponi poteſt,

l. 8. §. 13. de inoff. teſtam. Gomez. *var. reſ. tom. 1. c. 11. n. 20.* Petr. Gregor. *Synt. Jur. univ. l. 44. c. 4. n. 13.* Hillig. *in Don. Enucl. l. 19. c. 6. lit. E.* tradunt, illam nimirum ea ex cauſa quoque quinquennio concluſam eſſe, & quatenus per modum exceptionis in judicio proponi poteſt, quia non tantum hoc, ſed & altero modo, per viam nempe actionis aut implorationis officii judicis, deduci in judicium poteſt:

Gomez *d. l.* Guttierez *lib. 1. qu. 96. n. 4.* Hilliger *cit. loc. & l. 22. c. 2. lit. O.* Barboſ. *ad l. 34. C. de teſt. inoff.* Brunnem. *ad d. l. 5. n. 6.* Carleval. *de judic. t. 2. Diſp. 16. n. 9. & 17.* Weſenbec. *v. 1. Conſ. 29. n. 65.* Gerhard. *de Jur. teſt. Rom. d. 9. th. 50.*

So ſcheinet doch, daß ſothane limitation 85
ad querelam nicht wohl applicirt werde, in Betrachtung, daß die ſolches ſtatuirende Dd. ſupponiren, querelam inofficioſi eſſe meram teſtamenti expugnationem, qua petitoni hereditatis tamen via aperiatur, ſ. eſſe implorationem officii Judicis nobilis, qua petatur ſaltem, ut teſtamentum reſcindatur, quo ſic eodem reſciſſo agi, & hereditas vindicari queat, minime vero eandem eſſe ſpecialis hereditatis petitionem, quia petitio hereditatis datur heredi.

l. 2. l. ſeq. l. 10. ff. de petit. hered.

contra non heredem, neutiquam verò contra poſſidentem titulo

d. l. 10. l. pen. C. in quibus cauſ. long. temp.

ſed querela datur non heredi

l. 3. ſeq. ff. de inoff. teſtam.

contra heredem

arg. l. 8. §. pen. ff. de inoff. teſtam.

2. petitur hereditas vel ex teſtamento vel 86
ab inſtituto

l. 1. l. 3. ff. de petit. hered.

per querelam inofficioſi neutro modo, neque ex teſtamento, neque ab inteſtato peti poteſt

arg. l. 39. de acq. vel omitt. hered.

expectandum igitur eſſe videtur, donec expugnatum ſit teſtamentum

3. eò inducunt 87

l. 28. C. de inoff. teſtam. ibi: *reſciſſo teſtamento, matri ſucceſſio deferatur.*

dicentes duos illos ablativos conditionem importare, atque innuere, quod, ſi reſciſſum prius fuerit per querelam teſtamentum, deinde ſucceſſio & hereditas deferatur matri, quæ mota querela reſciſſionem teſtamenti obtinuit.

4. non natam eſſe petitionem hereditatis dicunt, niſi prius teſtamentum impugnatum, haud obſcure patere ex

l. 22. C. de inoff. teſtam. ibi: *obtinuit, vel poſtea vindicat.*

Weil aber 3. dieſe opinion multis juris 88
textibus zuwider, und deren Meynung, die da ſagen, quod querela ſit ſpecies petitionis hereditatis, qua & teſtamentum reſcindi poſtuletur & ſimul hereditas tanquam ab inteſtato

testato debita vindicatur, in Rechten besser gegründet.

Cum Papinianus expresse inquiat
in l. 8. §. 8. ff. de inoff. testam.
eum, qui testamentum dicit inofficiosum h. e. movet querelam testam. inofficiosi, hereditatem petere, & Scævola
in l. 20. ff. eod.
petitionem hereditatis exercere;

Paulus vero disertim dicat
in l. 21. §. 2. eod.
per querelam inofficiosi evinci hereditatem; & Ulpianus vindicari facultates per eandem
in l. 27. §. 3. eod.

89 Triphonius ait filium exheredatum ex causa querelæ inofficiosi movendæ admitti ad petitionem hereditatis
l. pen. pr. in f. ff. de bon. poss. contra tab.
Impp. Severus & Antoninus rescribunt ex causa inofficiosi testam. hereditatem peti.
l. 3. C. de petit. hered.
Justinianus hereditatis petitionem ex nomine de inofficioso constitui
l. 34. C. de inoff. testam.
Quæ locutiones satis evidentur probant, querelam inofficiosi non esse tantum judicium præparatorium, quo aditus patefiat ad judicium universale s. hereditatis petitionem, sed per eandem una testamentum rescindi & hereditatem vindicari, adeoque esse petitionem hereditatis ex causa inofficiosi, & rescindere testamentum, ac rescisso testamento hereditatem petere, esse duos effectus unius & ejusdem judicii,
dd. ll.
minimeque hic duo diversa esse judicia, quæ
90 vel se invicem sequantur, vel cumulentur, sed unum, quo & testamentum impugnatur, & simul hereditas evincitur; quemadmodum bonorum possessione contra tabulas & testamentum rescinditur, & bonorum possessio obtinetur.
l. 10. §. 2. de bon. poss. contr. tabul.
Nec contrarium supra adductæ rationes stabiliunt, uti solidè non minus, quam doctè ostenderunt jam tum
Vinn. *lib. 1. qu. select. cap. 19.* Bachov. ad Tr. *vol. 1. Disp. 13. th. 1. lit. E.* Donell. *lib. 19. cap. 3.*

91 So scheinet 4. daß hoc posito nicht könne oder möge gesagt werden, daß Beklagte ihr jus agendo in judicio proponiren können, in Erwegung sie das jetzo von Hrn. Klägern, vi dicti Testamenti inofficiosi à Maria Magdalena Schmidin conditi, als heredis in eo instituti herede, gesuchte Heyrathgut bis auf den heutigen Tag possediret, also von ihnen ja querela inofficiosi, quatenus est petitio hereditatis, nicht können intentirt werden,

quia in rebus corporalibus non est prodita actio ei qui possidet, per quam negat, rem, quam ipse possidet, esse alterius, præterquam uno in casu, ut ait
Imperator Justin. *in §. 2. Inst. de action.*
& in specie hereditatis petitio præsupponit & requirit omnino à parte rei possessionem vel detentionem, cum detur unice contra eum, qui pro herede vel pro possessore possidet *l. 10. seq. ff. de hered. petit.*

Aber alles dessen und was weiter noch 92
könnte zum Schein angeführet werden, ungeachtet können wir nicht glauben, daß, wann Augustissimum Sacræ Cæsareæ Majestatis Judicium Aulicum dafür halten sollte, daß das Testamentum quæstionis ob præteritionem parentis nicht ipso jure null und nichtig quoad heredis institutionem, sondern querela inofficiosi zu rescindiren, beklagte mit dieser Exception post elapsum quinquennium querelæ inofficiosi jure præfinitum, unter dem Schein, daß die Exceptio testamenti inofficiosi perpetua, würden hinauslangen. Dann 93
wir unsers Orts der beständigen Rechtlichen Meynung seyn, daß so wohl die Exceptio als actio inofficiosi testamenti quinquennio præscribirt werde.

Nam quinquennium illud in genere querelæ inofficiosi, quatenus & per modum actionis & per modum exceptionis in judicium deduci potest, præfinitum est
txx. supra citatis.
Si quis ergò non quiritarit intra dictum tempus, præsumitur præsumptione juris & de jure defuncti voluntatem agnovisse & præteritionem vel exheredationem ratificasse, ac proinde non amplius audiendus est cum actione vel exceptione præscripta
arg. c. 1. de lit. contest. in 6. l. 112. de R. I.

Et quamvis alias exceptionibus simplici- 94
bus, nunquam præscribatur, quia nulla negligentia ei imputari potest, qui non usus est exceptione, quam opponere non potuit, antequam actum, cum exceptio sit actionis exclusio
l. 2. de except. l. 6. C. de except. l. 5. §. fin. de dol. mal. & met. except. Panormitan. & Felin. *in c. 9. de rescript.* Fr. Balbus *de præscript. 4. part. 4. part. princ. qu. 37.*
attamen quando exceptiones ita comparatæ sunt, ut etiam per modum agendi proponi possint, tunc uti naturam actionum induunt, ita eodem tempore cum iisdem finiuntur, & postquam per modum agendi amplius non admittuntur, nec per modum excipiendi ulterius proponi possunt
Cyn. Bald. Salicet. *in l. 5. C. de except. & l. 14. C. de non num. pec.* Bus. *lib. 1. subtilit. jur. c. 1. n. 15.* Mev. *p. 3. dec. 333.* Covarruvias *Pract. qu. cap. 25. n. 4.* Klock *vol. 1. Cons. 11. n. 337. & Cons. 15. n. 154.*
Cui conveniens est, ut quemadmodum querela inofficiosi post quinquennium ab hereditate adita non potest per modum agendi proponi, ita nec per modum exceptionis.

Und ob man gleich 2. supponirt, quod que- 95
rela inofficiosi ex veriori sententia non tantum sit judicium aliquod præparatorium hereditatis

reditatis petitionis, ſed ipſius hereditatis petitionis vera & genuina ſpecies à ſimplici tamen hered. petitione diſtincta, qua non tantum teſtamenti reſciſſio, ſed & hereditas ſimul petatur, **ſo mag doch hierfalls daraus nicht inferiret werden, daß ſie von Beklagter Vorfahren nicht können** agendo **intentiret werden, weil ſie das itzo von Klägern geſuchte Heyrath-Gut beſeſſen, denn** 3. **hauptſachlich zu conſideriren, daß Klägers Herr Vatter den** 19ten Martii 1635. **die ihm** teſtamento quæſtionis **deferirte Erbſchafft angetreten, ſich** coram Rectore Magnifico & Deputatis Univerſitatis Ingolſtadienſis **erklährt, darauf die Mobilien, ſo die Erblaſſerin bey ihrer Baaſen, Jungfer Urſula von Frauenberg, einer Chor- und Capitels-Jungfrauen des Fürſtl. Frey-Adelichen weltlichen Stiffts zu Lindau verwahrlich hinterlaſſen, abgefordert und zu ſich genommen, alſo** eo ipſo non obſtante, **daß das Heyrath-Gut biß anhero in Beklagten Gewalt und Beſitz geblieben,** hereditatis petitio **wider Klägers Vattern wohl können** intentiret **werden, wann ſonſt nichts im Weg geſtanden.**

96 Nam ad hoc, ut quis hereditatis petitione conveniatur, non præciſe requiritur, ut totam hereditatem poſſideat, ſed vel rem minimam ex ea, aut jus, ipſum poſſidere ſufficit. JCtus Ulpianus enim de his, adverſus quos hereditatis petitio competat, hanc ſuggerit regulam

in l. 9. ſeq. ff. de hered. pet.

Quicunque poſſidet hereditatem (ſive jus hereditatis tantum per aditionem nudam ſine apprehenſione corporali, ſive etiam res hereditarias ipſas) pro herede vel pro poſſeſſore, is tenetur hac actione ad reſtitutionem ejus, quantum poſſidet. Ratio regulæ eſt, qui ſic poſſidet, is titulum univerſalem prætexit, ſive bona fide, ſive per mendacium, eoque facit controverſiam non de dominio rerum ſingularum, ſed de hereditate & jure ſuccedendi. Atque cum idipſum agat, etiamſi rem minimam ſic poſſideat, igitur & hic tenetur, eaque omnino recte convenitur.

l. 10. ſeq. d. t.

97 Ex quo patet, ne quidem neceſſarium eſſe conveniendum hereditatis petitione poſſidere res hereditarias, ſed ſatis eſſe, ſi ipſum jus hereditatis quaſi poſſideat pro herede vel pro poſſeſſore. Aſt & cum ſcripto in teſtamento inofficioſo herede quoque poſt aditionem non tanquam cum herede, ſed tanquam tali, qui pro herede aut pro poſſeſſore quaſi poſſidet jus hereditatis, vel res hereditarias, utpote ſcripto ab eo, qui demens quaſi fuit eoque teſtamenti factionem non habuiſſe judicatur,

l. 17. de inoff. teſtam. l. 1. C. de inoff. teſt.

agi conſtat; Ne dicamus querelam inofficioſi, utut ſit petitio hereditatis, qualificata ſcil. ut vocari ſolet à Dd., tamen in multis à petitione hereditatis ſimplici differre, ex quo tamen haud ſequitur, eam non eſſe veram ſpeciem petitionis hereditatis.

Weil denn, dem deducirten **nach,** ratione 98
ſubjecti paſſivi **nichts gehindert, daß die** querela inofficioſi agendo **wäre** in judicium deducirt, **und** contra Actoris patrem ſe pro herede uxoris ſuæ teſtamentario gerente, adeoque jus hereditarium quaſi poſſidente pro herede, **intentirt worden, ſolches aber** intra legale tempus ipſi præfinitum **unterlaſſen und nicht geſchehen, kan ſelbige auch** poſt illud **nicht mehr** per modum exceptionis, **obiger gemeiner Rechts-Lehr nach,** proponirt **werden.**

So weniger 4.) **von jetzigen Beklagten, als** 99
præteriti Patris ſecundis vel tertiis heredibus, cum conſtet, querelam inofficioſi non dari perſonarum inique à legitima ipſis debitâ, & pro teſtamenti conſervatione neceſſario relinquendâ, excluſarum heredibus regulariter, nec in eos illam transmitti, niſi præparata fuerit, h. e. niſi appareat per factum aliquod externum declaratio voluntatis & deſtinatio animi, propoſuiſſe ſibi præteritum vel exheredatum querelam inſtituere

l. 6. §. 2. ff. l. 5. C. de teſtam. inoff. ibi Brunnem.

Und obwohl es noch möchte das Anſehen 100
haben, daß ihnen doch nichts deſto weniger noch die querela **könnte angedeyhen und zu ſtatten kommen, wann nur etwa der von der Teſtiererin** præterirte **Vatter vor dem** 19. Martii 1635. **da Hrn. Klägers Vatter die Erbſchafft angetreten, geſtorben:**

Quoniam Juſtinianus in

l. 34. C. de inoff. teſtam.

conſtituit transmitti debere querelam inofficioſi etiam non præparatam ad liberos & nepotes excluſi ante aditam ab herede ſcripto hereditatem præmortui, cum omnes & filios & nepotes habendos exiſtimarit paterna affectione & imitatione. Nimirum Imperator agnoſcens quod Paulus JCtus

l. 7. de bon. damnat.

confeſſus, quod ratio naturalis quaſi lex quædam tacita liberis Parentium hereditatem addiceret, velut ad debitam ſucceſſionem vocando, veterem odioſam reſtrictionem ſuſtulit, & actionem hanc reſciſſoriam cœteris actionibus & juribus etiam in transmiſſione ad heredes, exceptis extraneis, adæquavit. Unde ceſſat hactenus vetus axioma: Querelam non prius exiſtere quam poſt aditam hereditatem & excluſi ſecutam declarationem.

So beſorgen wir doch, daß es Beklagten 101
auch ſolchen Falls fehlen, und ſie nicht den Nutzen davon empfinden möchten, weil communior Dd. opinio **iſt,** quod ad hoc, ut quod dictum (querelam nempe etiam non præparatam transmitti ad deſcendentes excluſi, ſi hic, antequam ſcriptus heres hereditatem teſtamento inofficioſo ſibi delatam adierit, deceſſerit,) procedat, requiratur ut agatur

de testamento descendentium, ita, ut si de testamento descendentium agatur, querela non præparata a parente in cœteros liberos non transmittatur, quia hic casus novo jure non sit exceptus. Quemadmodum videre est apud

Nicol. Noal. *de transmiss. cas. 12. n. 10.*
ubi in hanc sententiam allegat Angelum Raphael. Fulgosium, Jasonem, Berengarium, Gozadinum, Guilielmum de Benedictis, quibus add. Mercur. Merlin. *de legitima lib. 1. tit. 2. q. 12. n. 13.* Brunnem. *ad l. 5. C. de inoff. testam.*

qui postremus nec obstare ait, quod eadem sit ratio parentum, quæ liberorum.

Nov. 115. c. 3.

Nam respondet cum

Roderico Suarez *in l. 32. C. de inoff. testam.*

quod eadem sit in potestate testamentum per querelam infirmandi, non in potestate querelam transmittendi.

102 Woraus erscheinet, daß wann der höchstgepriesene Reichs-Hof-Rath nicht sollte die Meynung, quod testamentum liberorum ob præteritionem parentum sit ipso jure nullum, führen, Beklagte auff die vorgeschützte exception testamenti inofficiosi sich nicht sonderlich zu verlassen, und darauf grosse Hoffnung zu setzen hätten, inmassen auch die angeführte rationes dubitandi gar leicht aus bißheriger deduction zu beantworten, denn die erste wird allerdings durch die in der andern enthaltene und in prima decidendi ratione bewehrte Limitation abgeleinet, gestalten daraus erhellet, daß die Regul: Temporalia ad agendum, ad excipiendum sunt perpetua, müsse restringiert werden, und nur angehe, in exceptionibus, quæ non possunt opponi nisi excipiendo, ein anders es aber sey mit den, quæ possunt proponi etiam agendo.

103 Si regeris autem: Deceptus potest de dolo agere & excipere, & tamen elapso tempore agendi de dolo, potest adhuc excipere. Respond. quod exceptio fundetur ibi super alia æquitate quam actio, ideo de una non infertur ad alteram. Exceptio doli non competit ex eo, quo competit actio de dolo, sed ex alia æquitate, unde licet actio sit temporalis, exceptio tamen est perpetua, ratio differentiæ est, quia actio de dolo non modo originem trahit ex æquitate, sed etiam à rigore, ut dolosus puniatur & non consequatur commodum ex dolo suo sed exceptio exsurgit ex æquitate saltem, ut deceptus conservetur indemnis.

Felin. *ad cap. 9. de rescript.*

104 In altero ex *l. 5. C. de except.* adducto exemplo præsupponitur dejectum de possessione ex intervallo & post annum recuperasse possessionem & inde ab eo, qui ipsum prius de possessione dejecit, interdicto uti possidetis conventum esse,, illi igitur recte opponit exceptionem quod vi ab adversario possideat *per l. un. C. ut i possid. §. 4. Inst. de interd.* 105

Daß aber 2.) obgedachte Limitation ad querelam sich wohl dißfalls lasse appliciren, ob gleich præsupponirt werde, daß sie nicht nur mera testamenti expugnatio, sondern zugleich ipsa hereditatis petitio sey, ist in rationibus decidendi klar remonstrirt und supponiren gar nicht alle ob-angezogene Dd. si inspiciantur, quod tantum sit judicium præparatorium, quo rescindatur saltem testamentum & via paretur hereditatis petitioni.

Die vierte Frage:

Ob, posito etiam, Querelam inofficiosi 106
quoque per modum exceptionis intra quinquennium opponi debere, dieses quinquennium Herrn Johann Adam Ernst von Pürck, Röm. Kayserl. Majestät Raths und Deroselben und des Reichs Hochpreißlichen Cammer-Gerichts zu Speyer Hochangesehenen Assessoris Frau Mutter seel. so eine Verzüchts-Tochter und ultra dotem acceptam nichts zu prætendiren befugt gewesen, oder auch Ihme vor geschlichter ledigen Anfalls-Prætension anlauffen können?

hätte, wann nur einige mentis declaratio 107
à patre præterito geschehen de querela instituenda, daß sie dannenhero heredibus ejus könnte competiren, quoad utrumque membrum ihre ungezweiffelte richtige decision in partem negantem, denn weil des Herrn von Pürck Frau Mutter seel. sich aller vätterlicher und Mütterlicher Erbschafft biß auf einen ledigen Anfall verziegen, hat sie einige action oder Forderung, quâ heres patris, so lang noch einige vom Kechlerischen Manns-Stammen vorhanden gewesen, nicht intentiren können, dieweil ihr und ihrer Kinder Jus so lang der Kechlerische Manns-Stamm gewehret, gleichsam geschlaffen und in suspenso gewesen, imo in favorem masculorum his superstitibus ipsa pro extranea habita & æstimata fuit, per ea, quæ habet

Barth. Muscul. *de succes. convent. membr. 2. Class. 1. concl. 7. lit. B. n. 291.*

eo usque nimirum donec masculi defecerint; 108
Nec enim renunciatio jus ipsius hereditarium in totum sustulit, aut renunciantem, ejusque liberos in perpetuum excluſit; sed tantum ad tempus familiæ in masculis extinctæ, & existentiam conditionis pacti renunciatæ hereditatis reservativi, biß auf die Ergebung des ledigen Anfalls, suspendit, quod tempus cum advenerit & conditio extiterit, pristinum jus revixit, perindeque sese res habere cœpit, ac si renunciatio facta non fuisset

l. pecuniam. 36. ff. de reb. cred. l. 8. pr. ff. de peric. & comm. rei vend. l. 1. de regal. Caton. *l. 2. de in diem addict. tot. tit.*

tot. tit. C. de donat. quæ ſub modo. prout in terminis renunciationis reſpondit Zaſius *vol. 2. Reſp. 1. num. 67.* quod ſi quis ſub conditione renunciet & conditio exiſtat, idem ſit ac ſi ab initio pure renunciaſſet.

Thom. Michaelis ap. Klock. *vol. 3. Conſ. 106. num. 19.*

109 Interea vero renunciatum facta ab ipſa renunciatio ab omni actione hereditaria excluſit, ita, ut nulla plane, conditione pendente, ipſi nata fuerit, aut competere potuerit actio ex Patris, cujus hereditati, in favorem fratrum renunciavit, perſonâ.

arg. eorum, quæ Dd. tradunt de conditionali heredis inſtitutione. vid. Gomez. *lib. 1. reſ. cap. 2. num. 12.* Michael. *dict. Conſ. 106. num. 63.*

110 Eſt autem certiſſimum pariter ac decantatiſſimum juris principium, quod nulla ei, qui agere non valet, aut, ſi agere vellet, exceptione repelleretur, currat præſcriptio, ne quidem longiſſimi temporis, imo ſecundum quosdam ne quidem centenaria.

l. 3. ibi: *ex quo jure competere cæperit. &c. C. de præſcript. 30. vel 40. ann. l. 7. §. illud a. C. eod. l. 1. C. de annal. except.*

111 & agere impedito impedimento juris intrinſeco quidem ipſo jure nulla currat præſcriptio, quia cum jus ipſum præſcriptiones introduxerit, rationis eſt, ut ubi ipſum jus vel ſtatutum fecit, ne quis agere poſſit, quoque faciat ne currat præſcriptio

Bartol. *in l. 1. §. ſi quis autem. ff. de itin. act. priv.* quod dictum tenendum cordi dicit Crot. *in l. ſi is qui pro empt. num. 57. ff. de uſucap.* quia in Practica ita ſervatur. Felin. *in c. transmiſſa x. de præſcript.*

112 Sic verbi gratia Filiofamilias in bonis adventitiis regularibus à patre citra neceſſitatem vel utilitatem tempore adminiſtrationis legitimæ ipſi competentis alienatis nulla durante Patris adminiſtratione currit præſcriptio, qua à vindicandis iisdem excludatur, quia quamdiu ſub patris alienantis poteſtate eſt & illius durat adminiſtratio, ſine Patris conſenſu agere, & alienata revocare nequit, à lege præcluſus, unde nulla ipſi culpa vel negligentia imputari poteſt, imò præmio potius dignum cenſetur ejus obſequium, quod revocando patrem offendere noluerit; ſed ex quo ſui juris eſſe cœpit & patris adminiſtratio finita, adeoque jus agendi ipſi competit, adverſus eum currere quoque incipit tricennalis præſcriptio

d. l. 1. §. f. C. de annal. except. l. 1. C. de bon. matern. Auth. niſi tricennale eod.

l. 4. in f. C. de bon. quæ liber. Aſcan. Clementius *de patr. poteſt. c. 17. n. 16.* Georg. Adam Struv. *Ex. 43. th. 19.*

Similiter uxori in bonis dotalibus à mari- 113
to alienatis ex eadem ratione nulla conſtante matrimonio currit præſcriptio, qua à vindicatione eorum excludatur, niſi maritum ad inopiam vergere publice conſtiterit *l. 30. C. de jur. dot.* Carpzov. *l. 1. Reſp. 39.*

Perinde agnatis non ante currit 30 anno- 114
rum præſcriptio, à jure revocandi feudum à Vaſallo alienatum jure ſucceſſionis excludens, quam à morte alienatoris via ſuccedendi ipſis apertâ, quia ante agere nequeunt.

latè Hartm. Piſtor. *lib. 2. q. 8. num. 31.*

Nec contra agnatum proximiorem defun- 115
ctum adimpleta præſcriptio reliquis remotioribus obſtat, quo minus illi poſtea ex proprio illorum jure feudum revocare valeant, quia quamdiu proximior agnatus ſuperſtes fuit, ſequens in gradu jus agendi & revocandi non habuit, viâ ſucceſſionis ipſi adhuc præcluſa.

arg. d. l. 1. C. de ann. except. Carpzov, *p. 2. c. 50. d. 6.* Struv. *cap. 13. Synt. Jur. Feud. aphor. 18. num. 4.*

Horum igitur ad exemplum idem rectè 116
etiam dicitur de Filia, quæ hereditati paternæ renunciavit, quod nimirum & ipſi non ante currat præſcriptio actionis hereditariæ, quam ſcil. tanquam heres patris ex ipſius perſona vult inſtituere, quam aperta eidem via ſucceſſionis, & exiſtente conditione pacti renunciatæ hereditatis reſervativi, quia ante agere ut heres patris nequivit, ubi itaque nulla eſt negligentia, ibi nec pœna obtinere debet, non patitur hoc naturalis æquitas, ut ibi pœna ſit, ubi nulla eſt negligentia, præſcriptionum jura autem tantum in pœnam negligentiæ inventa ſunt.

Bald. *in Auth. niſi tricennale. C. de bon. matern.* Ziegler. *ad Inſtit. Jur. Can.* Lancell. *lib. 1. tit. 27. §. 5. p. 201. & lib. 3. tit. 6. §. 5. p. 741.*

Idemque dicendum de illius liberis & poſteris, quæ ex ejusdem perſona veniunt actionem eandem in ipſos hereditario jure transmiſſam inſtituturi.

Und diß iſt unſer unvorgreiffliches Senti- 117
ment von den vorgelegten vier Fragen, ſo wir dem Großg. Verlangen nach, ohngeacht daß theils ſonſt ſchon hin und her von den Dd. ventiliret worden, mit ſolcher Ausführung gebührend eröffnen ſollen und wollen, daß verſtändiger Meynung durchaus dadurch nichts benommen, uhrkundlich unſrer Facultæt gröſſern Inſiegels. Actum in Collegio d. 20. Julii 1688.

CONSILIUM XXVII.

DE

Dotis Constitutione in prædio, ex tacita Parentis voluntate, ob plures concurrentes conjecturas & præsumtiones, facta.

SUMMARIA.

Præmittitur sententia sub num 1.

2. Ratio decidendi prima consistens in hoc quod Actrix traditionem prædii à patre marito factam probaverit.

3. Ut bona dotalia sint & fiant, ex paciscentium voluntate ac determinatione dependet.

4. Cur matrimonium etiam sine dote subsistere possit?

5. Quid qualitatem dotalem bonis inducat?

6. Hæc qualitas probanda ex ratione hic subjuncta.

7. Bona in dubio semper Paraphernalia æstimantur.

8. Voluntas per quam dos in bonis quibusdam constituitur, non requiritur ut verbis expressis sit declarata sed etiam ex justis præsumtionibus colligitur.

9. Quæ præsumtio primò colligitur ex dominii translatione marito facta.

10. Clausula illa, wie er es bißhero besessen, gebraucht und genossen, *quid importet?*

11. Item Clausula damit seines Gefallens zu schalten und zu walten?

12. Traditio ex titulo dotis facta dominium in accipientem transfert.

13. Paraphernalium bonorum dominium manet penes uxorem.

14. & 15. Quid exinde sequatur & fluat?

16. Cum uxoris voluntate Paraphernalium dominium in maritum transfertur.

17. Ex iis præsumtio, quæ communiter fieri solent, capienda.

18. Bona, quorum dominium in generum transtulit socer, dotalia omninò voluisse præsumitur.

19. Secunda præsumtio colligitur ex hoc si traditio ante vel post nuptias statim facta fuerit.

20. & 21. Tertia præsumtio se fundat in generali loci cujusdam consuetudine.

22. Cur in substrato prædium à socero in dotem datum sit præsumendum?

23. In stricta & naturali significatione bona paraphernalia quænam dicantur?

24. Paraphernalia sine dote non considerantur.

25. Quæ ulterius explicat hic allegatus Schilterus.

26. Quarta præsumtio desumitur ex Colero, quæ tamen rejicitur.

(*) *Dos uti tam immobilibus quam mobilibus constituitur, ita & paraphernalia bona.*

27. & 28. Utilius est uxori, prædium in dotem pro ea datum, quam jure paraphernali traditum præsumi; ex ratione hic subjuncta.

29. Judex Parentis vices in determinanda dotis, mundique muliebris quantitate interdum subire potest.

30. Optimus æstimandi modus ex pretio rei reditus statuto præsumitur.

31. Judex dicta & asserta partium litigantium probe ac sollicite ponderare tenetur.

32. Prædii æstimatio quomodo communiter fieri soleat, hic ostenditur.

33. Secunda decidendi Ratio à notoria in Privilegiis provincialibus confirmata observantia depromta.

34. Tertia decidendi ratio explicat Clausulam sententiæ annexam.

35. Quarta decidendi ratio consistit in injuncta, editæ bonorum specificationis, juratoria confirmatione.

36. Quinta & ultima decidendi ratio consistit in absolutione à Morgengaba ob nullam plane factam illius promissionem.

37. Absque promissione vel generali vel speciali Morgengaba non debetur.

38. Ratio cur expensarum in præmissa sententia nulla mentio sit facta.

Urthel.

1 IN Restitutions-Sachen Landrath Hannß Friedrich von Wobesern, Beklagten und Imploranten Eins; entgegen und wider Annam Elisabetham Borckin, weyl. Hector Wobesers modo Adam Heinrich Gunterbergs Wittib, Klägerin und Imploratin andern Theils, erkennen und sprechen von GOttes Gnaden wir Friedrich der Dritte, Marggraff zu Brandenburg, des Heil. Römischen Reichs Ers-Camnerer und Churfürst, in Preussen, zu Magdeburg, Gülich, Cleve u. Bergen, Stettin, Pommern, der Cassuben und Wenden, auch in Schlesien zu Crossen u. Schwibuß Hertzog, Burggraff zu Nürnberg, Fürst zu

Halber-

Halberſtadt, Minden, Camin und Rügen, Graf zu Hohenzollern, Marck und Ravenſperg, Herr zu Ravenſtein und der Lande Lauenburg und Bütow, ꝛc. allem Fürbringen nach, auf eingeholten Rath auswärtiger unpartheyiſchen Rechts-Gelahrten vor Recht, daß es geſuchter Reſtitution ungehindert bey der den 27. Junii 1687. publicirten Urtheil, ſo viel die der Klägerin und Imploratin zuerkandte Verbeſſerung und ihro vermög der Lands-Conſtitutionen gebührenden Traur-Wagen und Pferde belangt, allerdings ſein Verbleiben haben, jedoch Imploratin die laut ihrer eingegebenen Specification deren bey ihr vorhandenen Sachen ihres ſeel. Manns (ſo ſie anerbottener maſſen mit einem Eyde auf Gegentheils Begehren zu confirmiren,) vorhanden geweſene Pferde, da ſie ſolche behält, an dieſer Prætenſion anzunehmen, und deren rechten Werth ihro an den zuerkandten 100. fl. abzukürtzen zu laſſen ſchuldig; So viel aber die von Imploratin geforderte Mörgen-Gabe betrifft, Implorant davon gäntzlich abſolvirt und entbunden ſeyn ſolle.

Daß dieſe Urtheil denen Rechten und uns zugeſchickten Actis &c. Actum den 3. Auguſti 1688.

DJe Urſachen ſo uns zu Abfaſſung vorſtehender Urthel, und daß wir forderiſt die vorige Sententz in puncto der darinn determinirt- und Imploratin loco augmenti dotis adjudicirten 1000 Gulden confirmirt, bewogen, beſtehen kürtzlich hierinn:

2 Daß 1. Klägerin und Imploratin durch die bey ihrer Klag ſub lit. A. producirte Punctation gleichwohl zu recht erwieſen, daß ihr Vater Heinrich Borck ihrem erſten Mann Hector Wobeſern ſeel. nach mit ihro getroffenen ehelichen Alliance ſein Gut Dubzow mit allen Regalien und Pertinentien, wie ers biß dahin beſeſſen, gebraucht und genoſſen, cum fructibus & oneribus, damit ſeines Gefallens zu ſchalten und zu walten, abgetreten, und zwar daſſelbe mit Winter- und Sommer-Korn beſäet überantwortet, ihm auch dabey das halbe Rind-Vieh, wobey ein gut paar Ochſen, überlaſſen. Dagegen Hector Wobeſer ſeinem Schwieger-Vater Heinrich Borcken verſprochen, daß er ihm 1000 Gulden baar erlegen, oder bey Leuten, da es Heinrich Borcken angenehm ſeyn würde, zu verzinſen annehmen wollte ꝛc. Ob nun wohl Beklagter und Implorant vorgibt, daß in der Punctation mit keinem Jota gemeldet ſey, daß er ihm ſolch Gut loco dotis abtrette, oder ihm dotem pro filia darinn conſtituire, deßwegen nicht geſagt werden möge, daß ſothanes Gut vel in totum vel ſaltem pro parte qualitate dotali afficirt worden, oder Imploratin ſeel. Mann es ſub illa qualitate vel in totum vel in tantum bekommen und beſeſſen,

3 quia, ut bona dotalia ſint, ex uxoris & mariti, ſoceri & generi &c. inter ſe paciſcentium voluntate & determinatione eſt, ubi ergo hæc non adeſt, aut de iſta contrahentium mente, quod hæc vel illa bona qualitate dotali affecta eſſe voluerint, non conſtat, ibi nec bona de quibus inter eos actum dotalia cenſeri poſſunt, ſed potius extra dotem ſeu paraphernalia cenſenda.

l. 9. §. 3. ff. de jur. dot. l. 8. l, ult. C. de pact. convent. tam ſup. dot. l. 29. C. de jur. dot.

Cum enim matrimonium etiam ſine dote conſiſtere poſſit, quia non dotibus ſed affectu matrimonia contrahuntur 4

l. 11. in fin. pr. C. de repud. Nov. 22. c. 21. §. 1.

illud in ſe neceſſario qualitatem dotalem non inducit ac indit bonis, quæ maritus ab uxore vel parentibus ejus accepit, ſed pactis & voluntate partium ad illam inducendam ac infundendam opus eſt 5

d. l. 9. §. 2. ibi: ea quæ in dotem dantur &c. & §. 3. ibi: ſi ſic dentur &c. d. l. 8. C. de pact. convent.

& quia hæc in facto conſiſtunt, probatione indigent. 6

l. 7. §. 3. ibi: *quia ſolutio, venditio, traditio facti magis, quam juris ſunt. ff. de curat. fur. j. l. 1.* ibi: *qui pecuniam ſolutam affirmat, ejus rei probationem præſtare debet. C. de probat.*

Atque hinc fere communis Dd. concluſio eſt: 7
Bona in dubio ſemper Paraphernalia æſtimanda.

arg. Nov. 117. c. 5. l. fin. pr. C. de repud. ibi Brunnem. Idemque *ad l. 23. l. 72. ff. de jur. dot. & cent. 3. dec. 50. n. 3.* Perez. *ad tit. C. de jur. dot. num. 10.* Bocer. *cl. 2. Diſp. 18. th. 33.* Struv. *Ex. 30. th. 6.* Thoming. *dec. 18. & 30.* Carpzov. *p. 1. c. 28. d. 87. & p. 2. c. 16. d. 11.* Gail. *2. Obſ. 82.* ibi Græv. Ant. Faber. *lib. 5. tit. 7. d. 18.* Weſenbec. *Conſ. 25. n. 10. ſeqq.* Menoch. *de præſumpt. lib. 3. præſ. 6.* Bald. Novell. *de dote part. 6. privil. 14. verſ. tertius caſus.* Roland. à Valle *de lucro dot. qu. 74. n. 6.* Phanucc. de Phanuc. *de lucro dot. gl. 10. n. 36.*

So iſt doch dagegen zu erwegen und wohl zu conſideriren, daß, obgleich erfordert werde, ut de mente paciſcentium conſtet, quod nempe his vel illis bonis qualitatem dotalem conferre voluerint, ad hoc ut pro dotalibus haberi, iisque jura & privilegia dotis tribui poſſint, dennoch unſere Jura und Dd. nicht præciſe requiriren, ut voluntas illa à partibus 8

expreſſis verbis ſit declarata, ſondern gnug zu ſeyn erachten, ſi ex juſtis præſumptionibus de tacita hac illorum voluntate, quod bona qualitate dotali affecta eſſe voluerint, conſtet

l. 30. ff. de jur. dot. ibi Gothofred. & alii Dd. Ant. Faber. *d. def. 18.* Carpzov. *p. 1. c. 28. d. 87.* Hartm. Piſtor. *Obſ. 46.* Weſenbec. *d. Conſ. 25.* Menoch. *d. præſ. 6.*

9 Nun ſeynd hier zerſchiedene Conjecturæ & Præſumptiones, daß Klägerin und Imploratin Vater weyland ſeinem Schwieger-Sohn Hector Wobeſern diß Gut Dubzow fürs Heyrathgut und Ausſteuer abgetreten, vorhanden, denn 1. hat ers ihm dergeſtalt abgetreten, daß er deſſen Dominium auf ihn transferirt, wie zu
10 ſchlieſſen ex verbis: **Heinrich Borck tritt ſeinem Schwieger-Sohn Hector Wobeſern alſofort ſein Gut Dubzow mit allen** Regalien **und** Pertinentien, **wie ers bißher beſeſſen, gebraucht und genoſſen,** cum fructibus & oneribus **ab, damit ſeines Gefallens zu ſchalten und zu walten ꝛc.** ubi clauſula: wie er Heinrich Borck es beſeſſen, gebraucht und genoſſen, importat relationem ad jus & poſſeſſionem, quam Socer hactenus habuit, & ſimilitudinem ac identitatem poſſeſſionis & juris in eadem re à genero jam acquiſiti cum illius poſſeſſione & jure, ſicque innuit eodem modo, eodem jure prædium quæſtionis in generum translatum eſſe quo Socer hactenus tenuit, eodemque jure fructus & commoda illum in futurum inde percepturum, quo hactenus Socer ea percepit.

Klock. *vol. 2. Conſ. 26. num. 43.* Boër. *Dec. 16.* Beſold. *Th. Pract. voc. Wie.*

Der Schwäher-Vater Heinrich Borck aber hat biß dahin das Gut jure dominii beſeſſen, genutzt und genoſſen. E. Hat es der Schwieger-Sohn Hector Wobeſer auch jure dominii zu nutzen und zu nieſſen bekommen und erlangt.
11 Deßgleichen auch die Clauſula: damit ſeines Gefallens zu ſchalten und zu walten, anzeigt, quippe quæ ſimiliter translatum dominium denotat.

Klock. *vol. 4. Conſ. 9. n. 4.*

Hat nun der Schwäher-Vater Heinrich Borck das Gut Dubzow dominiotenus auf ſeinen Schwieger-Sohn Hector Wobeſern transferirt, ſo iſt vermuthlich, daß ers ihm nicht als ein Paraphernal-Gut, ſondern vielmehr an ſtatt ſchuldigen Ehe-Gelds, und alſo als ein Heyrathgut übergeben und cedirt.

12 Conſtat enim traditionem ex titulo dotis factam dominium in accipientem transferre, & maritum rerum ſibi in dotem datarum dominum fieri.

l. 1. §. 1. l. 13. §. 2. de fund. dot. l. 7. §. 3. de jur. dot. l. 3. l. 23. C. eod. §. 40. Inſt. de R. D. l. 9. C. de rei vind. Vinn. *ad pr. Inſt. quibus alien. lic. vel non. n. 2.* C. J. A. *ad tit. de jur. dot. n. 12.*

Contra vero paraphernalium bonorum dominium eſt & manet penes uxorem, maritoque tantum jus adminiſtrandi ex tacita vel expreſſa voluntate uxoris competit. 13

arg. l. 9. §. 3. ff. de jur. dot. l. 8. l. 11. C. de pact. convent.

Ex quo jure dominii uxori in paraphernis competente fluit, quod illa de iisdem & ſine mariti conſenſu contrahere, ea vendere, donare, alienare, à tertio vindicare, deque pecunia paraphernali alia bona emere, & in genere de iis pro lubitu diſponere poſſit, 14

arg. pr. & tot. tit. Inſt. quib. alien. lic. vel non. l. 9. §. 3. de jur. dot. l. 3. l. 6. C. de revoc. donat. ibi Dd. Octav. Cacher. Ozaſchus *dec. 62. n. 14.* Henr. Balth. Roth. *de Paraphern. ux. bon. cap. 5. n. 1. ſeqq.*

item quod omnes proventus & fructus ex rebus paraphernalibus ad uxorem pertineant, ipſique vel heredibus ejus reſtituendi veniant à marito, qui adminiſtrationem rerum paraphern. habuit, 15

poſt Menoch. *l. 3. præſ. 9. n. 19.* Teſſaur. *dec. 187. n. 5.* Klock. *vol. 2. Conſ. 35. n. 36.*

Ac quamvis, ſi velit uxor, dominium bonorum paraphernalium etiam in maritum transferre poſſit 16

d. l. 9. §. 3. de jur. dot.

attamen quia id raro contingit, præſumptio autem non ex iis, quæ inſolita ſunt & inconſueta, raroque accidunt, ſed ex iis, quæ communiter fieri ſolent, capienda, 17

Herm. Vultej. *vol. 1. Conſ. Marp. 22. n. 13.* Joh. Vinc. Honded. *v. 1. Conſ. 94. n. 21.* Aim. Cravetta *Conſ. 205. n. 15. Conſ. 379. n. 10.* Tib. Decian. *v. 1. Reſp. 1. n. 256.*

minime præſumi poteſt concedentem Socerum voluiſſe bona, quorum dominium in generum transtulit, paraphernalia eſſe debere, ſed potius præſumendum eſt, ipſum ea jure dotis dediſſe, aut dotalia eſſe debere voluiſſe. 18

Welche Præſumption hierfalls ſo viel ſtärcker ſeyn würde 2. wann dieſe Ubergab bald vor oder nach der Hochzeit geſchehen wäre, welchen Umſtand wir ex Actis nicht haben erkundigen können, weil de tempore contractarum nuptiarum nichts darinn gedacht. 19

Communiter enim Dd. ſtatuunt, quod, ſi tempore contracti matrimonii de certis bonis inita ſit conventio, bona illa ex partium voluntate in dotem data cenſeantur, aut ſi ad minimum tempore contracti matrimonii vera traditio à muliere marito facta ſit, tacitum ſubeſſe pactum cenſeatur, ut dotis nomine habeat bona tradita.

Hartm. Piſtor. *d. Obſ. 46. n. 2.* Carpzov. *d. def. 87.* Faber. *d. def. 18.*

Es gibt aber 3. ferner eine nicht geringe Mutmaſſung pro qualitate dotali tacita contrahentium voluntate prædio huic Dubzow collata 20

collata & indita, daß ex generali Pomeraniæ conſuetudine die Nobiles nicht pflegen matrimonia ſine dote contrahiren, teſte

Georg. Engelbrecht. *in Diſſ. de dotatione Virgin. nobil. in Pomeran. cap. 2.*

Et hinc Virginibus Nobilibus, ut eo commodius & facilius nubere poſſint, per Conſtitutiones Provinciales adeo de congrua dote proſpectum, ut & ex Feudis non tantum avitis & antiquis, ſed & novis nuperque modo emptis, ipſis dos ſolvenda veniat, & illarum dotatio onus feudale factum ſit.

Mev. *Conſ. 44. n. 46.* ubi inquit: *Anfangs haben die Töchter das Recht gehabt, daß wann jemand ohn Leibs-Lehens-Erben verſtorben, dieſelbe Zeit ihres Lebens die Lehne behalten. Hernach aber iſt daſſelbe abgeſchafft und gleichwohl die Töchter und Schweſtern in Conſideration, daß die Lehne ihrer Eltern Erbe geweſen, davon ſie ſalvo jure naturali, ex quo ipſis legitima debetur, gäntzlich nicht excludirt werden können, anſehnlich verſorget, alſo, daß ihnen 1. das Gnaden-Jahr, nemlich eines gantzen Jahrs Abnutzung, 2. ſo lange ſie unverheyratet zu ihrem Unterhalt jährliche gewiſſe Alimenta. 3. Wann ſie zum Eheſtande gelangen, ein nach Vermögen der Lehne und Qualität des künfftigen Ehe-Manns ehelicher Braut-Schatz. 4. Ein rühmliches Geſchmuck. 5. Deßwegen das Jus retentionis, biß ſie vorberegten allen wohl vergnügt in den Lehnen zukommt und in den Land-Privilegien und Landtags-Abſchieden verſichert.* Add. Idem *p. 3. dec. 363. & 367. num. 3.* Dn. Wendt. *Diſſ. de Jurib. fœmin. ſingul. in Feud. Part. 2. cap. 2. n. 2. 5.* Engelbrecht. *d. l.*

21 Ideoque & hic dos conſtituta præſumitur *arg. l. 12. §. 1. de pact. dotal. l. fin. §. ſi a ſocero.* ibi: *cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit. ff. quæ in fraud. credit. l. 4. §. 21. l. 5. §. 5. de dol. mal. except.* Surd. *Conſ. 94. n. 19.* Caſp. Klock. *vol. 2. Conſ. 70. n. 44.*

22 Ac cum de alia dote peculiari aliis in rebus conſtituta non appareat, omnino præſumendum eſt, pagum Dubzow hic à Socero in dotem Genero datum, nec conjectura capi poteſt, voluiſſe Socerum ut paraphernali tantum jure gener eum totum teneret. Nam quamvis parapherna in latiori ſignificatione Dd. denotent omnia ea uxorum bona, quæ non ſunt dotalia, ſive dotem habeat præter hæc uxor, ſive non habeat, quam vocis acceptionem ex ipſis LL. Romanis demonſtrare conantur,

nim. ex l. 9. §. 3. verſ. & non puto &c. ibi: *quia non puto hoc agi inter virum & uxorem &c. ff. de jur. dot. l. 5. C. de pact. convent. tam ſuper dot. &c.* Henr. Balth. Roth. *Diſſ. de Paraphern. uxor. bon. cap. 2. th. 4.*

Attamen in ſtricta & naturali ſignificatione, 23
uſu potiſſimum receptâ, moribusque paſſim approbatâ, paraphernalia ea ſaltem dicuntur, quæ dote actu conſtitutâ ad eam non pertinent, ſed præter illam ab uxoribus viris deferuntur, & de his verum eſt, quod Dd. ajunt: Parapherna præſupponunt dotem, cujus ratione ſunt parapherna, item parapherna ſunt acceſſoria & appendicia dotis.

Surd. *dec. 192. n. 13.*

Item paraphernalia ſine dote conſiderari non 24
poſſunt.

Klock. *d. Conſ. 70. n. 86.*

Quo ſenſu Paraphernalia dicuntur bona mulieris, quæ præter dotem in domum mariti infert,

l. 17. C. de donat. int. vir. & uxor.

res, quas extra dotem mulier habet.

l. 8. C. de pact. convent.

it. bona præter dotem accepta ap.

Cicer. *Philipp. 12.*

Bona ſuper dotem accepta ap.

Livium. *l. 26.*

inquientem: Scipio ad ſe vocato Allucio: Super dotem, ait, quam accepturus à Socero es, hæc tibi à me accedent.

Bona ultra dotem illata

M. Coler. *Conſ. 25. n. 5.*

Quibus convenienter Dn. Joh. Schilter 25
conſultus ſuper quæſtione: An bona mobilia tempore contracti matrimonii marito illata intelligantur dotalia? reſpondit: Demnach in gegenwertigem Fall die Frage enſtehet: Ob diejenigen Mittel an Mobilien und Baarſchafft, ſo das Eheweib vor der Heyrath von ihren Eltern ererbet und vermöge hernach getroffener Heyrath dem Ehemann alsbald würcklich zugebracht, dotalia und vor Heyrathgut zu achten ſey? So iſt ſo wohl nach gemeinen als Chur-Sächſiſchen Rechten hierauf zu reſpondiren: daß obwohl etlicher vornehmer Rechts-Lehrer Meynung nach der uſus dotium, wie ſolcher de JCivili Rom. beſtehet, moribus hodiernis nicht mehr üblich, indem die ratio dotis conſtituendæ apud Romanos heutigs Tags ceſſirt, und zumahl nach Sächſiſchen Rechten der Ehemann von allen des Weibs Gütern den Uſumfructum bekommt, und davon die onera matrimonii ertragen kan. Uber dieſes und da gleich auch bey uns dos conſtituirt werden könnte, ſo wäre doch ſolches facti und niemals zu præſumiren, dahero denn diejenigen Mittel, ſo das Eheweib auch anfangs der Heyrath zum Manne bracht, regulariter nicht vor Dotal-Güter zu halten, noch die privilegia dotis denſelben zu attribuiren, wie ſolches der Menochius, die Conſultationes Saxonicæ, Berlich, Carpzov, Brunnemann &c. als communem opinionem mit mehrerm confirmiren. Dennoch

solche opinio von nicht weniger vornehmen JCtis als Bartolo, Baldo, Abbate, Colero, Wesenbecio und andern nicht angenommen, sondern vielmehr alle dasjenige so das Eheweib Zeit der geschlossenen Heyrath dem Mann zugebracht vor Heyrathsgut zu achten, weil es den Zweck, Essentz und Eigenschafft des dotis oder Heyrathguts in oneribus matrimonii ferundis bestehende, begreifft ꝛc. Ob nun gleich in der Chur-Fürstl. Gerichts-Ordnung einiger Unterscheid zwischen dem Heyrathgut, den paraphernalien, und gelehnten Gute gemacht wird, so ist doch klar, daß in gegenwertigem Fall das Einbringen kein blosses Anlehen oder jure crediti, sondern jure maritali, und Krafft geschlossener Heyrath dem Mann zukommen, und dahero auch keine blosse paraphernalia, **welche über das Ehe-Geld eingebracht werden**, sondern das Ehe-Geld an und vor sich selbsten seyn, **denn die** Paraphernalia **nothwendig** dotem sive phernam præsupponiren **und ohn derselben nicht bestehen, sondern entweder ein blos Anlehen, oder** dos ipsa **seyn müssen**, wie solches Ant. Faber und Berlich behaupten und an sich selbst unlaugbar, über diß alles müssen die Dd. so dieser Meynung zuwider seyn, im Ende selbst gestehen, und ihre Regul dahin declariren, daß die Probatio constitutæ dotis auch nur aus conjecturis zu recht geschlossen und behauptet werden möge ꝛc. dahero des Weibs Einbringen in præsenti casu vor privilegirtes Heyrathgut zu achten ꝛc. Quod ejus Responsum approbarunt Dnn. Scabini Lipsienses & Dn. Struvius

uti videre in Schilter. *Exerc. ad Pand. 36. §. 81. 82. 83.*

26 Und würde 4. hier so weniger daran, daß Klägerin und Imploratin Vatter seinem Schwieger-Sohn das Gut Dubzow fürs Heyrathgut abgetretten, und es also nicht blos ein Paraphernal-Gut sey, zu zweifflen seyn, wann des Matth. Coleri Cons. 25. Meynung, quod paraphernæ saltem sint mobilia & res immobiles ab objecto rerum para-
27 phernalium sint excludendæ, **bestünde**. Wir lassen aber solche Meynung, als ungegründet,
(*) (quia ut dos tam in immobilibus, quam mobilibus constitui potest, sic nihil quoque rerum paraphernalium naturæ obstat quo minus æque immobiles, atque mobiles hoc jure teneri possint.

vid. Heinr. Balth. Roth. *Disp. de Paraphern. uxor. bon. cap. 4. n. 3. 4.*)

billig dahin gestellet seyn, und erachten, daß durch vorangezogene conjecturas und præsumptiones gnugsam probirt, daß hier Heinrich Borck seinem Schwieger-Sohn Hector Wobesern das Gut Dubzow an statt schuldigen Heyrathguts und Aussteur abgetretten, welches denn so viel eher anzunehmen

quoniam utilius est Actrici & Imploratæ in dotem pro ea datum à Patre pagum censeri potius, quam jure paraphernali traditum, ob singularia dotis privilegia, quibus illa in Pomerania præ paraphernalibus gaudet, imprimis vero augmentum, quod per Constitutiones Provinciales doti accedit. Constat enim Jura naturæ velle, ut, ubi de favore mulierum agitur, in dubio iisdem ratione dotis faveatur

l. in ambiguis. 70. ff. de jur. dot.

Neque hinc etiam sana ratione aliter præ- 28
sumi potest, quam voluisse potius socerum pagum genero pro filia in dotem unde augmentum ipsi accessurum, quam paraphernali jure dare aut ad minimum saltem competentem & congruam dotem in eo pago constituere, unaque eundem **für den Geschmuck und Aussteur** cedere.

Demnach denn wir nicht anders erachten 29
können, als daß der vorige Hr. Referent recht und billig judicirt, daß weil von dem Vatter nicht exprimirt, wie viel pro dote und wie viel für Aussteur und Geschmuck gerechnet werden sollte von dem abgetrettenen Gut, man nach Maßgab Concl. Pomer. 6. tit. 6. und eigenwilliger Heimbstellung der Klägerin und Imploratin zu determiniren habe, wie viel für Ehe-Geld und wie viel vor Geschmuck und Aussteur zu rechnen, auch gar wohl es also arbitriret, daß, weil beyde Theil agnoscirt, daß das übergebene Gut jetzo 4000. fl. werth, (vid. Product. de d. 3. April. 85. & d. 29. Maii d. Anno 85. woraus sich solches klar ergibt,) daher die Muthmassung fließt, daß es auch tempore der nicht so gar lang zuvor beschehenen Ubergab so viel werth gewesen, welche Muthmassung so lang unbeweglich steht, biß das contrarium evidenter vor Augen gelegt wird

argumento traditorum ab Hunn. *in Encyclop. Jur. univers. p. 2. tit. 20. cap. 1. n. 29. seq.*

Uber das der producirte Arrend-Vertrag 30
sothanen Werth bestätigt, massen aus der constituirten Pension der Werth des Guts wohl zu colligiren;

Communiter enim optimus æstimandi modus censetur cum juxta reditus rei pretium statuitur.

Mev. *p. 1. dec. 31. p. 2. dec. 210.*

besage des Ubergabs-Brieffs oder Punctation 1000. fl. vors erste, als eine dem cedenti reservirte Ubermaß, davon abgezogen, dann von den übrigen 3000. fl. vor Geschmuck und Aussteur 1000. fl. und 2000. fl. vor Ehe-Geld zu setzen, also 1000. fl. Besserung hierauff

secundum Jura Provincialia Pomeraniæ, de quibus testatur

Mev. *p. 5. dec. 62. & p. 2. dec. 224.*
Wendt. *cit. Disp. p. 2. c. 3. n. 9.*

zu schlagen und zu adjudiciren. Deswegen wir es auch dabey gelassen und priorem sententiam hierin confirmirt, ungeachtet der dawider vorgebrachten gravaminum, als deren die vornehmste, nimirum Actricem non probasse

baſſe fundamentum intentionis ſuæ, dotem nimirum conſtitutam & illatam eſſe, fratrem tantum jure conductionis pro penſione paſſim tenuiſſe, per hactenus deducta
31 von ſelbſt fallen, und hat Klägerin und Implo-
ratin 1. nicht geſtanden, wie Beklagter und Implorant einbringt, daß keine dotis conſtitutio geſchehen, ſondern nur, daß keine Determination, wie viel für Ehe-Geld, wie viel für Geſchmuck, Kleidung und Ausſteur zu rechnen, geſchehen, noch 2. gemeldt, daß ihr ſeel. Mann diß Gut pro penſione inngehabt, ſondern daß er die Penſion des Guts jährlich à 210. fl. genoſſen. vid. Product. de 8. Decembr. 85.

Daß aber Beklagter und Implorant einwendt und vorgibt, es ſey weder das auf dem Gut hafftende Lehn-Pferd, noch andere angezogene drauff ſtehende onera und Schulden von der Æſtimation abgezogen worden, wie billig geſchehen ſollen, und wann ſolche drauff hafftende onera ac debita werden abgezogen, werde actrici pro dote wenig oder faſt gar nichts bleiben; iſt ſo bewandt, daß wir billig angeſtanden, deswegen die Urtheil in hoc puncto
32 zu ändern und zu reformiren. Dann wir allerdings nicht zweifflen, es werde der Werth des Guts über Abzug des Lehn-Pferds auff 4000. fl. ſteigen, weil der Anſchlag der Lehn-Güter gemeiniglich pflegt alſo gemacht zu werden, daß intuitu præſtandorum ſervitiorum eine gewiſſe Quantität vom Pretio pflegt abgezogen und das überbleibende für den rechten Werth gehalten werden, ſo hat ja Klägerin und Imploratin diß Gut quæſtionis ohne die reſervirte zwey Bauren-Höfe in ihrem Wittibſtand um 220. fl. Penſion verliehen, muß alſo deſſen Werth ſich wohl über Abzug des Lehn-Pferds auf die 4000. fl. erſtrecken. Ferner iſt aus der ſub lit. C. producirten Urtheil nicht zu erſehen, daß die allegirte 1000. fl. geiſtliche Beneficien-Gelder eben auf dieſem Gut zinßbar hafften, und poſito daß ſie drauff hafften, ſtehet dahin, ob es nicht eben die von Heinrich Borcken ihm reſervirte, und von des Beklagten Bruder entweder baar zu erlegen, oder an End und Orten, wo es Heinrich Borcken angenehm, zu verzinſen verſprochene 1000. fl. ſeyen.

33 Daß wir 2. vorige Urtheil in puncto des Klägerin zuerkannten Traurwagens und Pferde confirmirt, hat erfordert die uhralte notorie in den Pommeriſchen Land-Privilegien beſtätigte Obſervantz, Krafft deren einer Adelichen Wittib nach Abſterben ihres Ehemanns aus deſſen Erb- und Allodial-Gütern, oder wann dieſe nicht vorhanden oder zureichen, aus den Lehnen neben andern Lucris nuptialibus Wagen und Pferde, oder deren Æſtimation gebühren und zu præſtiren.

teſte Mevio *Conſ. 44. n. 48.* Dn. Wend. *cit. Diſp. part. 2. cap. 5. n. 17.*

Daß wir aber 3. die Clauſul angehengt, daß 34
jedoch Imploratin, da ſie die in ihrer eingegebenen Specification der bey ihr vorhandenen Sachen ihres ſeel. Mannes vorhanden geweßte Pferde behalte, deren rechten Werth an den ihr zuerkannten 100. fl. abkürtzen zu laſſen ſchuldig ſeyn ſolle, iſt geſchehen, weil Imploratin ſolche 100. fl. für Traur-Wagen und Pferde, wie Rechtens, ſub illa conditione zugeſprochen, falls ſelbige in natura nicht vorhanden, deswegen dann ihr inner 4. Wochen ein beſtändiges Inventarium von ihres Manns Verlaſſenſchafft, ſo viel ſie deren bey ſich, ſub pœna juris zu ediren injungirt, weil ſich nun geeuſſert, daß 2. Pferd bey ihr von ihrem ſeel. Mann vorhanden, erfordert die Billigkeit, daß, da ſie ſolche behält, deren wahres Pretium ihro an den zuerkannten 100. fl. decourtirt werde.

4. Haben wir die von Klägerin und Implo- 35
ratin vigore ſententiæ ipſius intuitu rei judicatæ vires nactæ edirte Specification der bey ihr von ihrem ſeel. Mann vorhandenen Sachen ihro auf Gegentheils Verlangen juramento zu confirmiren auferlegt, vi traditorum

à Movio *Diſp. de Jurata Specificat. cap. 4. §. 2. 3.*

Daß wir endlich 5. die vorige Urtheil in 36
puncto der Klägerin und Imploratin vor die Morgen-Gabe zuerkannten 100. fl. reformirt und Beklagten davon abſolvirt, dazu hat uns bewogen, daß wir gar kein veſtigium vel generalis vel ſpecialis promiſſionis Morgengabæ in Actis gefunden.

Juris autem certiſſimi pariter ac moribus 37
paſſim recepti eſt donationem morgengabicam non deberi, niſi generaliter vel ſpecialiter promiſſa fuerit, neque enim ex eo ſolo, quod dari uſitata aut certa æſtimatio ſtatuto præſcripta ſit, eam ſtatim peti poſſe, ſed ad hoc, ut adjudicanda veniat, requiri etiam, ut promiſſa ſit, teſtis eſt

Mev. *ad Jus Lub. p. 1. tit. 6. art. 1. n. 42.* Dn. Wendt *cit. Diſp. cap. 5. n. 12. ubi plura hanc in rem adducit præjudicia.*

Deren Unkoſten haben wir in ſententia nicht 38
gedacht, weil die transmiſſio Actorum ſumptu Implorantis ad ejus ſolius petitum geſchehen.

Welches ꝛc. Actum in Collegio noſtro den 3. Aug. 1688.

CONSILIUM XXVIII.

DE

Prætenso anno reditu ex prædio, sed ab Actore non probato.

SUMMARIA.

Recensio casus continuatur à num. 1. usque 6. incl.

7. Sententia huic statim subjungitur.

8. Ratio decidendi prima.

9. Catastra & ejusmodi libri plenam fidem faciunt, ex ratione hic subjuncta.

10. Debent tamen perfecti, & secundum formam in jure requisitam esse confecti, alias vim probandi non habent.

11. Citatio omnium, à quibus annuus census, reditus & ejusmoai, sunt præstanda, in casum vel noviter conficiendi vel renovandi Æstimi, Catastri vel hujus generis libri, fieri debet.

12. Quæ citatio ut & publicatio hujus libri, & admonitio ad omnes personas oneratas, quod sit facta, libro expressis verbis inseri debet.

13. 14. & 15. Ad formam hujusmodi libri pertinet, ut omnes & singuli cives ac possessores per publicum edictum vel proclama citentur ex rationibus hic annexis.

16. Necessitas citationis hujus ostenditur.

17. Hinc si omissa, Æstimum contra alium non probat.

18. & 19. Ulteriores Rationes ob quas Æstimum in substrato productum non probet adducuntur.

20. In dubio ab onere quis potius absolvendus, quam in id condemnandus est.

21. An quadragenaria præscriptio bonis Ecclesiasticis præjudicet?

22. Qualem præsumtionem in proposito faciat?

23. Ex intermissa per decem annos debiti exactione solutionis præsumtio oritur.

24. Ex facilitate debitum consequendi præsumtio hæc augetur.

25. Ut & ex taciturnitate usque ad Debitoris mortem.

26. & 27. Moribus hodiernis conditionales sententiæ subsistunt, statimque, conditione deficiente, executioni mandari possunt.

Wohl-Edler, Vöster, Edle, Wohl-Ehren-Vöste, Hoch- und Wohl-Vorgeachte, Fürnehme, Vorsichtige, Ehrsame und Wohlweise, Insonders Großg. Hoch- und Vielgeehrte Herren!

1 Sje mir Subsignirten, in Sachen Hrn. Johann Philipp Mosers, modò Hrn. Joh. Friedrich Andlers, Stiffts- und Geistl. Verwalters allhier, von Ambts-wegen Klägers an einem, entgegen und wider Oßwald Erben, Burgern und Kieffern allhier ac Consort. Beklagte am andern Theil, nunmehro ad definitivam ausgeübte, itzo zum drittenmahl, um mein rechtliches Sentiment darüb zu eröffnen, und die publicirende definitiv abzufassen, zugeschickte Acta habe ich de novo allen Fleisses wieder durchgelesen und gesehen, daß, nachdem durch die den 4. October 1684. publicirte Interlocutori der vorhin zu frühe gethane Beschluß ex officio rescindirt, und Herrn Klägern auferlegt worden, das Läger-Buch und pergamenen Brief, worauf er sich in seiner Klag bezogen, samt den von seinen Ambts-Vorfahren von Anno 1603 biß ad annum 1613. 14. geführten Rechnungen in originali zu ediren, so dann besser, als vor geschehen, zu erweisen, daß Beklagte den Weinberg, woraus die Gebrüdere die Kühne, die geforderte 6 Jmi Weins, gutes süsses Mosts, eitel Vorlaß jährlich zu reichen verbunden gewesen, anjetzo besitzen, er Hr. Kläger zu Folge sothaner interlocutori das Läger-Buch ad inspiciendum dem Hrn. Richter edirt, anbey aber gemeldt, daß die übrige verlangte Documenta, nemlich der pergamene Brief und die Rechnungen nicht mehr vorhanden, sondern vielleicht bey der leydigen Brunst der Cantzley im Feuer aufgangen, doch werde solcher defect keine Gefahr bringen, weil die Verwaltung ihre Intention genugsam aus dem Läger-Buch probirt. Zu Beweisung dessen, daß Beklagte den gültbaren Weinberg possediren, hat er einen Augenschein einnehmen, und Herrn Johann Jacob Karrern, Untergängern, über diesen Articul: Wahr, daß Zeug wohl weiß, daß der Beklagten Weinberg im Eßlingsloch die strittige Wein-Gült gelieffert, und der Beklagten Antecessores sich jederzeit gutwillig hierzu verstanden; und darüb vom Gegentheil formirte Interrogatoria verhören lassen; da die Hrnn. Untergängere nach eingenommenem Augenschein referirt, daß sie alles genau in Acht genommen, und nach allen erwogenen Umständen befunden, daß der Beklagten zwey Stück Weingardts im Eßlingsloch diejenige seyn müssen, woraus die Geistliche Verwaltung die 6 Jmi Weingült prætendirt, adjectis rationibus, wie zu sehen aus ihrer erstatteten Relation in Rot. Examinis sub N. 28. pag. 4. der producirte 3

2

Gezeug

Gezeug aber hat ad articulum iſtum, mediante corporali juramento, deponirt, daß, ſo viel das erſte membrum des Articuls betreffe, er davon gar keine Wiſſenſchafft habe, habe nie nichts aus dieſem Weinberg ſehen lieffern, er habe vor dieſem von dem Weinberg anderſt keine Wiſſenſchafft gehabt, als daß ſein Vatter ſeel. auch ein Stück Weinbergs dabey gehabt; So viel aber das andere membrum concernire, wiſſe er wohl daß die beyde Kühnen den Weinberg quæſtionis gehabt, habe aber von dieſer Gült nie kein Wort hören reden, dieſer Umſtand ſey ihm gantz unbewuſt, er ſey damahl noch ein kleiner Bub geweſen, ob er wohl itzo ein Mann von 73 Jahren, anders wiſſe er durchaus nichts, als daß ſein Vatter ſeel. ein Anſtoſſer an beeder Kühnen Weinberg geweſen, und das habe er auch dem Herrn Verwalter bey ſeiner Renovatur angezeigt, und ſage es noch, aber der Gült halber wiſſe
4 er gar nichts. Demnach hieraufhin Herr Kläger eine fernere ſchrifftliche Handlung und Beweiß-Schrifft eingegeben, darin er kürtzlich deducirt, daß wann man das edirte Läger-Buch penitius inſpicire, ſo ergebe ſich hell und klar, daß aus dem Weinberg quæſt. die ſtrittige Wein-Gült à 6 Imi jährlichen gegangen und gereicht worden, nach dem klaren Buchſtaben deſſelben, da es heiſſe: Baſtt und Jacob Kühne beede Gebrüdere zu Tübingen haben innen und beſitzen anderthalb Morgen Weingardts im Eßlingsloh, zwiſchen Melchior Karrern Weingardten und Martin Weiblingern gelegen, ſtoſſen oben auf Hannß Brüſſeln Becken, und unten auf bemeldten Karren, daraus geben ſie zu Herbſt-Zeiten zu rechter jährlicher Gült ein Ohmen Weins gutes ſüſſes Moſts, eitel Vorlaß.
5 Woraus zu ſehen, daß Herr A. ſeine Intention zur Genüge erwieſen, weil ſolch Läger-Buch, ſo alle requiſita hat, die zur Erneuerung und Aufrichtung deſſelben von Rechts und Gewonheit wegen gehören, als ein Inſtrumentum publicum plenè probiret. Daß aber Beklagte den Weinberg quæſt. woraus die ſtrittige Wein-Gült a 6 Imi gehen ſoll, itzo poſſediren und innhaben, gebe ebenmäßig klar der Untergänger Relation und des abgehörten Zeugen Auſſage. Dannenhero Herr A. ſein voriges petitum repetiret, in Hoffnung, es werde erkennt und geſprochen werden, daß Beklagte ſo wohl die von anno 1650 biß anhero verſeſſene und ausſtändige 15 Eimer 5 Imi, als auch die 6 Imi jährlich gefallender Wein-Gült fürаus richtig zu erſtatten und zu reichen ſchuldig und verbunden ſeyn ſollen, anbey die Rr. auch in die aufgeloffene und noch auflauffende expenſas condemnirt werden.

6 Dawider Rr. eine Refutation- und Schluß-Schrifft eingebracht, worinn ſie urgirt, daß Herr A. der Interlocutori kein Genügen gethan, indem 1. ihnen das berühmte Läger-Buch nie zu Geſicht kommen, welches zwar ſchon vorhin in der Spital-Sach verwürfflich befunden worden. 2. Sey weder der Original-Brief, noch die Rechnungen jemahl produciret worden, woraus ſich gewiß befinden würde, daß dieſe geforderte Wein-Gült doppelt geſucht werde, und abgelößt worden ſey. 3. So ſey auch durch den Augenſchein und des abgehörten Zeugen Kundſchafft nichts rechtes dargethan, juxta late a Rr. deducta, hic citra neceſſitatem non repetenda, ſtehen alſo noch ihre exceptiones, derentwegen ſie mit Erhohlung der Acten in paſſibus utilibus zu richterlichem endlichem Entſcheid hinterſetzt. Welches darauf gleichfalls Herr Kläger in Schrifften gethan, daß alſo im Proceſs nichts als der mündliche Beſchluß bevor ſtehet.

Meine beywohnende rechtliche Gedancken nun in dieſer vorſchwebenden Sache, dem Verlangen nach kürtzlich zu eröffnen, ſo kan ich nach reiffer Erwegung und Uberlegung aller Umſtände nicht anders erachten, als daß den Partheyen nachſtehende Urtheil zu eröffnen.

Urthel.

7 IN Sachen Hrn. Johann Friedrich Andlers, Stiffts- und Geiſtl. Verwalters allhier von Amts- wegen Klägers an einem, entgegen und wider Felicitas, Hannß Georg Groſſen Burgers und Rothgerbers Eheweib mit ihrem gerichtlich zugeordneten Kriegs-Vogt, Hrn. Hannß Jacob Zeihern, Raths-Verwandten, und Oßwald Erben, Burgern und Kieffern allhier, Beklagten am andern Theil, erkennet ein ehrſam Gericht auf Klage, Antwort, geführte Kundſchafft, eingenomenen Augenſchein, und producirte ſchrifftliche Documenten, auch all ander gerichtlich Fürbringen, nach gethanem Rechtſatze, genommenen Bedacht, und gehabten Rath, mit Urtheil zu Recht, daß Beklagte von angeſtellter Klage zu abſolviren und zu entbinden, Hr. Kläger könnte und wollte dann inner 6. Wochen, welche ihm hiemit pro termino angeſetzt werden, aus den von ſeinen Amts-Vorfahren von anno 1603. bis ad annum 1614. 1615. geführten Rechnungen klar vor Augen legen, daß Jacob und Sebaſtian die Gebrüdere die Kühnen aus ihren anderthalb Morgen Weingardts im Eßlingsloh zwiſchen Melchior Karrern Weingardten und Martin Weiblingern gelegen, oben auf Hannß Brüſſeln Becken und unten auf bemeldten Karrern ſtoſſend, ſo jetzo Beklagte beſitzen, nicht

nur die in anno 1613. mit 16. fl. abgelößte 6. Jmi, sondern über selbige noch weiter 6. Jmi, und also bis zu solchem 1613den Jahr 12. Jmi, hernach aber noch 6. Jmi, zu jährlicher Gült im Herbst gegeben; Wie sie dann hiemit auf den Fall Hr. Kläger solches nicht inner der Zeit dergestalten darthut, von der angestellten Klage absolviret und entbunden, die Unkosten aber aus Bewegniß gegen einander compensirt und verglichen werden.

Die Ursachen, so mich zu Abfassung solcher Urtheil bewogen, sind folgende:

8 Erstlich hat Hr. Kläger zu Erweisung seiner Intention nichts anders, als der Stiffts- und Geistlichen Verwaltung Tübingen Läger-Buchs in Ao. 1603. renovirt part. 2. fol. 111. producirt, darinnen es ausdrücklich heisse: Basti und Jacob Kühne Gebrüdere zu Tübingen haben innen und besitzen anderthalb Morgen Weingardts im Eßlingsloh zwischen Melchior Karrern Weingardten und Martin Weiblingern gelegen, stossen oben auf Hannß Bruseln Becken, und unten auf beneldten Karrern, daraus geben sie zu Herbst-Zeiten zu rechter jährlicher Gült ein Ohmen Weins guts süsses Mosts eitel Vorlaß.

Idem

Wein // ß // 1. Ohmen.

alles vermög eines pergamentinen besiegelten Brieffs bey der Registratur zu Stuttgardten liegend, dessen Anfang: Ich Jacob Kühnlin Burger zu Tübingen, und am dato auf Freytag nach Sanct Hilarien des Bischoffs, den neunzehenden Tag Jenners von der Gebuhrt Christi im funffzehen hundert dreyßig und sieben Jahr.

9 Ob nun wohl dergleichen Läger-Bücher sonst bekannter massen plenam fidem machen, und eine vollkommene Beweisung würcken, quia sunt species instrumentorum publicorum, de quibus dici solet, quod faciant probationem evidentem, evidentissimam, manifestam, manifestissimam, liquidam, patentem, certàm, indubitatam, & notoriam, quæ præsens, realis, expedita & in numerato sit, vim definitionis habens,

Mascard. *de probat. concl. 906. n. 1.* Klock. *vol. 2. Conf. 41. n. 87.* Honded. *v. 1. Conf. 23. n. 3. 4.*

10 so ist doch hier zu considériren, daß die Inspection gleich primo intuitu gebe, daß dieser andere Theil des renovirten Lägerbuchs nicht zur Perfection gebracht worden, und debitam suam & in jure requisitam formam, unde vis
11 probandi fluit, erlangt, inmassen ein Mangel und Abgang erscheint an dem vornehmsten Stück, der Citation nemlich aller Zinß- und Gült-Leuth, die, als ob sie einige Zinß, Gült oder andere Dienstbarkeit schuldig wären, in das Läger-Buch eingetragen worden, und denselben beschehene öffentliche Vorlesung, Publicirung und Vernehmung, ob sie deren ihnen zugeschriebenen Gült bekandtlich, wie solche bey andern Theilen, und namentlich bey dem mit edirten fünfften Theile, dieser Stiffts- und Geistlichen Verwaltung Läger-Buchs erfolget, und wie sichs von rechtswegen gebührt, darinn annotirt hisce formalibus: Von Christi unsers lieben HERRN und Seeligmachers Geburth, als man zählt 1612. usser gnädigem Befehl und von wegen des Durchl. Hochgebornen Fürsten und Herrn, Herrn Johann Friderichen, Hertzogen zu Würtemberg und Teck ꝛc. ꝛc. Meines gnädigen Fürsten und Herrn, als des nachgemeldten Stiffts Lands-Fürsten, rechten Patronen, und Cast-Vogts, hab ich Sebastianus Berwardter, ihrer Fürstl. Gnaden geordneter und geschworner Renovator alle und jede des gemeinen Stiffts zu Tübingen samt allen desselben zugehörigen incorporirten und annectirten Canonicat und Vicariat, Præbenden, Lehnschafften, ordentlich erneuert, gerechtfertigt, ersucht und beschrieben in persönlicher Gegenwärtigkeit aller und jeder Personen, so bey jedem Flecken hernach mit Namen unterschiedlich benahmbt und bestimt, die denn sonderlich hierzu als Zeugen berufft und erfordert. Dazu so seynd auch alle und jede Zinß-Leuth und andere, so einige Gült oder Dienstbarkeit schuldig, vor mir dem obgemeldten Renovatore und den angeregten Gezeugen auf mein sonderlich an jedem Ort beschehen Erfordern vermittelst ordentlichen Fürgebott entweder durch sich selbst persönlich oder durch gevollmächtigte Gewalthaber, Vormunder und Pfleger erschienen, und aller solcher ihrer Zinß, Gült, Dienstbarkeit und Gerechtigkeit, wie die genannt und hernach an jedem Ort unterschiedlich beschrieben sind, auch vor gantzer hierumb versammleter Gemeind uf beschehen offentlich verständlich Verlesung, Publicirung und all ander nothdürfftig Vermahnung hierzu dienstlich und getreulich ohn einige Protestation, Widerred, Irrung und Eintrag beständig anzüchtig und bekandtlich gewesen.

Dergleichen Citation, Publication, Ver- 12
mahnung zur fleißigen Anhör und Vernehmung aller und jeder Zinß- Gült- und anderer Leuthe, an die einige Gerechtigkeit prætendirt wird, bey

allen

allen und jeden aufrichtenden oder erneurenden Läger-Büchern geſchehen und inſerirt werden ſoll und muß, wann ſie publicam probandi vim haben ſollen, argumento eorum, quæ de Æſtimis ſive Cataſtris tradit

Brunnemann. *ad l. 4. ff. de cenſib. n. 4.* Gothofr. Roos *in Diſp. Inaug. ſub Bechmanno Jenæ 1680. habita de Æſtimis th. 41.*

13 ad eorum formam pertinere, ut omnes & ſinguli cives & poſſeſſores ad talem deſcriptionem æſtimorum vel noviter erigendam vel etiam antiquam renovandam per publicum aliquod Edictum vel Proclama ſint citandi & vocandi, cum de omnium hic intereſſe, ratione ſcil. æſtimationis, quæ deſcriptionem conſequitur, tractetur.

Brunnemann. *d. l.*

14 quia & alias citandus eſt is, qui lædi poteſt, *l. 39. ff. de adopt. l. 29. §. 2. de minor.*

15 & ad quem pertinet cauſa.

l. 47. pr. de re judic. Jacob de Ayello *tr. de jur. adohæ. n. 38.*

16 Quæ citatio adeo neceſſaria exiſtit, ut neutiquam iis, qui nec citati, nec poſtea deſcriptioni nihilominus factæ conſenſum ſuum adhibuerunt, taliter contectum æſtimum, modo non fraude ſeſe ſubduxerint, præjudicium aliquod facere poſſit

Lud. Roman. *Conſ. 275.* Pariſ. *Conſ. 104. in fin.* Conf. Joh. de Platea *ad l. 3. C. de Cenſil.* Franc. de Clapperiis *Cauſ. 36. qu. 1.* qui ſuo tempore ita in Curia Provinciali judicatum refert.

17 Derowegen weil von dieſer Citation, Anhörung und Vernehmung aller und jeder Zinß- und Gült-Leuth, die in hac parte ſecunda des anno 1603. renovirten Läger-Buchs unter ſolchem Namen beſchrieben, nichts, wie in andern Theilen beſchehen, annotirt worden, noch einiges Jota davon ſo wenig im Anfang, als am Ende des Buchs zu finden iſt, ſo kan man auf dasjenige, was darinn von der Wein-Gült quæſtionis pag. 111. verzeichnet eben nicht ſo ſtarck gehen, daß man derenthalben Beklagte, als überzeugte Schuldner, dazu condemniren

18 könnte; So weniger 2. weil es in congruo plane loco eingetragen zu ſeyn ſcheinet, nemlich unter den Tußlinger Gefällen zur Frühmeß gehörig.

19 Und hat es 3. kein geringes Anſehen, ob wären dieſe 6. Imi, ſo Hr. Kläger an Beklagte fordert, vi annotationis in ſecunda parte des Stiffts und Geiſtl. Verwaltung Läger-Buchs pag. 111. factæ, eben dieſe 6. Imi, davon in Part. 5. gedachten Stiffts-Läger-Buchs in anno 1612. renovirt Meldung geſchicht, und daſelbſt congruo ſuo loco unter den Tübinger-Gefällen eingetragen, beſage Hrn. Moſers ſeel. Hand aber in margine anno 1613. abgelöſet worden, geſtalten es eben der Weinberg, da denn nicht præſumirlich, daß ein einiger Weinberg dergeſtalten ſollte gravirt worden ſeyn, daß 12. Imi Weins zur jährlichen Gült daraus hätten müſſen gegeben werden, über den ſechsten Theil, ſo er ohne dem noch jetziger Zeit in die Kellerey, 7. Schilling, ſo er in den Spital, und ferner 1. Schilling, ſo er in die Bebenhauſiſche Pfleg, jährlich giebt, und Zweiffels ohne auch dazumal ſchon geben müſſen, inmaſſen ja die Beſitzer, wann ſie diß alles hätten daraus geben müſſen, allerdings gar nichts behalten, oder einiges Commodum gehabt, und alſo gantz vergebens den Weinberg hätten bauen müſſen, welches der natürlichen Billigkeit zu wider, daher nicht zu præſumiren. Und mögen 20 deßwegen die Beklagte ohne klärern Beweiß, des Hrn. Klägers Verlangen nach, ſo ſchlechter Ding auf das mangelhaffte Läger-Buch zu ſolchem beſchwehrlichen ewigen onere nicht condemnirt werden, ſondern ſind in dubio viel eher davon zu abſolviren;

arg. l. 47. ff. de oblig. & act. ubi proclivіores eſſe jubemur ad liberandum quam obligandum.

Weil zumalen 4. in ſo langer Zeit, von anno 21 1618. nemlich bis ad annum 1678. an die Beſitzer des Weinbergs ſothane Wein-Gült nicht gefordert worden, aus welcher ſo lang unterlaſſener Exaction, ob wol keine in bonis Eccleſiaſticis allein Statt findende 40jährige Præſcription erwächßt, wann man die 30jährige Kriegs-Zeit abziehet, wie geſchehen muß,

vi Receſs. *Imp. noviſſimi de anno 1654. §. So viel nun die Capitalien &c. 172. j. Inſtr. Pac. Cæſ. ſuec. art. 4. §. 50.* Hahn. *ad d. §. So viel nun &c.*

ſo entſpringt doch daraus eine gar ſtarcke Præ- 22 ſumption, daß die in parte ſecunda Läger-Buchs pag. 111. & parte quinta p. 30. beſchriebene, aus dieſem Weinberg quæſt. jährlich gefallene, Gült à 6 Imi, eine Wein-Gült und anno 1613. abgelöſet, dahero ſeit deß weiter nicht gefordert worden ſey.

Agnoſcunt enim Dd. communiter ex in- 23 termiſſa diu, per decem nempe annos, debiti exactione validam ſolutionis & acquiſitæ liberationis præſumptionem, non poteſt non igitur fortiſſima ac validiſſima conſurgere præſumptio & conjectura redditæ ſortis ex tanto, quod hic elapſum eſt, tempore non facta annui reditus inde debiti exactione, præſertim cum Dn. actoris anteceſſores in officio tunc temporis optimam rei notitiam habentes ab anno 1618. usque ad annum 34. facilè adhuc eundem à debitore ſorte non reſtituta exigere & tergiverſantem in jus vocare potuiſſent; ſic præſumi ſolutionem, ſi creditor diu diſtulit petere ſortem cum uſuris reſpondit

Alexander *lib. 3. Conſ. 183. n. 17. & lib. 7. Conſ. 115. n. 4.* Cravetta *Conſ. 500. n. 14.* Cothmann. *v. 4. Reſp. 22. n. 3.* Klock. *vol. 2. Conſ. 80. n. 18.* add. Mev. *ad Jus Lub. lib. 3. tit. 1. art. 5. n. 7. 8.* Carpzov. *p. 2. c. 29. d. 11.* Mascard. *de probat.*

probat. concl. 1318. n. 27. Menoch. *l. 3. præs. 135. n. 3. seq. & Cons. 457. n. 1.* ubi affirmat, quod quando creditor distulit per decem annos exigere creditum suum magna oriatur conjectura, quod ipsi fuerit satisfactum, quem sequitur Fulvius Pacianus *Cons. 113. n. 20.* Hieron. Treutler. *Cons. 49. n. 19.* Paulus de Castro *v. 2. Cons. 293. n. 1.* quoque arguit, non esse verisimile, quod quis per 20. annos tacuisset, si reverà suas pecunias non habuisset. Idem sequitur Lud. Postius *resol. 50. n. 2.* Afflict. *dec. 13.*

24 Ejusmodique præsumptio augetur, & sic secunda accedit præsumptio, si creditor à debitore debitum facile exigere potuisset, vel tergiversantem convenire valuisset, uti hic *arg. l. si quis fuerit §. 1. de pæn.* Dec. *Cons. 596. n. 8.* Cravetta *Cons. 158. n. 12.* Menoch. *d. præs. 135. n. 19.* Joh. Franc. Balthasar *p. 3. tit. 13. resol. 1. n. 36.*

25 Idq; imprimis procedit, quando creditor tacuit, donec debitore mortuo res per plures manus ad eum tandem pervenerit, qui non habet negotii notitiam

Postius *d. resol. 50. n. 4.* Menoch. *l. 2. præs. 91. n. 7.* ubi præsumit, illum fovere malam causam, qui diu distulit movere judicium, quod jam antea movere debebat adversus eos, qui ea de re negotiove instructi erant.

26 Sollte aber endlich 5. wider alle diese pro Rr. stehende Vermuhtungen die Sach sich anderst befinden, und aus den Rechnungen klärer dargethan und vor Augen gelegt werden können, daß die in parte secunda & parte quinta Läger-Buchs beschriebene Gülten nicht einerley gewesen, sondern aus dem Weinberg quæstionis 12 Imi jährlich Gült müssen gegeben werden, bis die 6. Imi, davon in parte quinta pag. 30. gedacht, abgelöset, und hernach noch 6. Imi eine Zeitlang daraus gereichet worden seyn, so wird Hrn. Klägern zum Uberfluß in illum eventum durch die der Urthel angehängte Clausul: Es wollte und könnte denn Hr. Kläger inner 6 Wochen ꝛc. ꝛc. prospicirt, deren Clausul Effect ist, daß Beklagte alsdann nicht absolvirt seyn, sondern im Gegentheil conditione illa impleta zur Zahlung der jährlichen Gült verdammet werden müssen, falls aber inner angesetztem Termin Hr. Kläger solches nicht darthut, wird alsdann die sententia conditionalis purificirt, und sind und bleiben Beklagte termino præfinito elapso von der wider sie erhobenen Klag absolvirt und entbunden.

Tales sententias conditionales hodie non 27
infrequentes esse & omnino subsistere, quicquid sit de Jure Civili Romano, statimque deficiente conditione sententiæ appositæ executioni mandari posse, haud expectata alia sententia, testantur ac docent

Umm. *ad Proces. disp. 19. n. 44.* Sichard. ac Brunneman. *ad l. 11. C. de sent. & interloc. n. 4.* Christin. *vol. 2. Dec. Belg. 92.* Wurmser. *tit. 22. obs. 2.* Carpzov. *p. 1. c. 26. d. 10. & in Proc. tit. 16. art. 2. n. 69. seqq.*

Deme allem nach ich nochmals nicht anders erachten können, denn daß obstehende Urthel, welche ich den Rechten und Actis gemäß zu seyn halte, salvo quovis meliori judicio, und im Fall obhabenden richterlichen Amts selbst zu publiciren kein Bedencken trüge, den Partheyen zu eröffnen. Welches meinen Hoch- und Vielgeehrten Herren dienstl. anfügen wollen mithin verharrend

Meiner Großg. Hoch- und Vielgeehrten
Herren

Dienst-ergebenster
Gabriel Schweder D. PP.

Tübingen den 22. Aug. 1688.

CONSILIUM XXIX.

Agens DE Actione Negatoria Servitutis cuidam Horreo impositæ.

SUMMARIA.

Præmittitur facti species à num. 1. usque 32. incl.

33. & 34. Renunciatio litis non contradicente altera parte revocari potest.

35. In causa bona liberorum materna concernente, pater eorum nomine agens cautionem rati ante conclusionem in causa præstare tenetur.

36. 37. 38. & 39. Si vero liberorum consensus expressus, vel etiam tacitus ex illorum sc. præsentia, scientia & taciturnitate inductus, accedat, cautione de rato opus non est.

40. Vindemiarum tempore quis ad judicium venire cogi nequit.

41. Partes tamen hisce feriis consentiente Judice valide renunciare possunt.

42. & 43. Non modo expresse sed etiam tacite, sponte sc. comparendo & in causa procedendo.

44. Ea propter sententia partibus comparentibus & de feriis non excipientibus publicata, nulla dici vel minime potest.

45. & 46.

45. & 46. *Geſta etiam â falſo procuratore ſuperveniens Domini ratihabitio hodie retro confirmat.*
47. *Quod per tradita Dd. probatur.*
48. *Quomodo talis ratificatio etiam tacite fieri poſſit?*
49. *Si Pater de rato non caveat, an ſententiæ nullitatem inferat?*
50. *Nullitates ex omiſſo ordine proceſſus venientes, Judex ſuperior attendere neutiquam debet.*
51. *Ratio hujus allegatur.*
52. *In ferenda ſententia hæc quatuor attendenda ſunt: 1. quæ actio inſtituta? 2. an probata? 3. an exceptionibus eliſa? 4. quid pronunciandum?*
53. *Quænam actio in ſubſtrato ſit inſtituta, hic oſtenditur.*
54. *Quæ ſit natura actionis negatoriæ.*
55. *Actionem negatoriam inſtituenti duo probanda ſunt.*
56. *Actori regulariter incumbit probatio. E. & in hac actione dominium probare debet.*
57. & 62. *Sufficit tamen, ſi probet, ſe eſſe in quieta poſſeſſione prædii.*
58. *Quid vero ſi non ſit in poſſeſſione?*
59. & 66. *Probato dominio, rem liberam eſſe, non cogi actorem probare, quidam exiſtimant: quia qualibet res libera eſſe cenſetur tamdiu donec contrarium probetur.*
60. *Sed contrarium verius eſt.*
61. *In actione negatoria uſus etiam ſervitutis vel turbatio libertatis venit probanda.*
63. *Si vero de uſu ſervitutis vel turbatione libertatis evidentiſſime conſtat, nulla ulteriore probatione opus erit.*
64. & 65. *Non ſufficit probaſſe rem olim liberam fuiſſe.*
67. *Quicunque quæſtionem dominii mihi movet, illi incumbit probatio.*
68. *Quilibet in ſuo pro lubitu omni jure ædificare poteſt.*
69. *Ampliatur hæc regula.*
70. *Inſtrumenta publica plene probant.*
71. *Oretenus ſecundum Jus Wirt. in cauſa eſt concludendum.*
72. *Sententia.*

Wohl-Edel, Veſt und Rechts-Gelahrter, auch Edle, Wohl-Ehren-Veſte, Wohlvorgeachte, Wohl-Fürnehme, Fürſichtige, Ehrſame und Wohl-Weiſe, Inſonders Großg. Hoch- und Viel-geehrte Herren.

1 DJe von denſelben zu Abfaſſung und Ertheilung eines rechtlichen Gutachtens mir ohnlängſt überſandte, hiebey wieder zurück kommende, zwiſchen Georg Kütteln, Burgern und Fuhrmann allhier, Imploranten eines; So dann Hannß Jacob Weinmarn, auch Burgern und Metzgern allhier, Imploraten, mit und neben Hrn. Johann Steeben, geweſenen Gaſtgebern zum guldenen Lamm, als ſeinem laudirten authore & venditore, andern Theils, ad definitivam ausgeübte Gerichts-Acta habe mit geziemendem Fleiß durchleſen, reifflich erwogen und befunden, daß beſage Extracts Untergangs-Protocolli de dato 30 Septembr. 1686 in prima inſtantia vor den Hrnn. Untergängern erſchienen Herr Hannß Jacob Zeiher als legitimirter Anwald Herrn Johann Steeben, und geklagt, was geſtalten gedachter Georg
2 Küttel, ſeinem Principal dem Steeben in ſeiner Scheuren hinter dem Spitahl auf dem ſo genannten Sau-Marckt zu dem Aufzug in ſein Theil Scheuren, ſo er anitzo zu einer Behauſung richten laſſen, den Wandel, Zugang und Gerechtigkeit ſperren und verhindern wolle, welcher doch vor dieſem ſolcher geſtalten gebraucht worden, maſſen ſich noch oben in der Scheuren ein Schieb-Gatter befinde, demnach gebeten, ihm ſelbigen zuzuſprechen.

3 Worauf Georg Küttel geantwortet, er wolle nicht hoffen, daß er ſolches ſchuldig ſey zu leiden, wann Steeb darum werde auflegen können, wolle er es gewärtig ſeyn.

Auf ſelbiges hin iſt untergänglichen erkennet 4
und geſprochen, daß Georg Küttel dem klagenden Steeben den Wandel, Zugang und Gerechtigkeit zu dem Zug, allermaſſen ſolche zwiſchen Chriſtoph Commerellen, und Samuel Alichelin, deren jener dieſem den Theil Scheuren, ſo Steeb beſeſſen, verkaufft, bey dem Verkauff in anno 1650 bedingt und exprimirt worden, zugeſtatten und zuzulaſſen ſchuldig und gehalten ſeyn ſolle. Welche Urtheil 5
laut Herrn Stadt-Schreibers Annotation in beſagtem Extract Protocolli, den 6 Nov. 1686. als beede Theil deswegen wider einander ſtrittig vorkommen, gerichtlich beſtättiget, und dem Georg Küttel die ohnfehlbare Parition zu leiſten auferlegt worden. Es hat aber ſelbi- 6
ger den 15 Jan. gefolgten 1687ſten Jahrs extrajudicialiter eine rechtliche Beſchwehrung und reſpect. nullitäten-Klag eingeſchicket, ſo den 31 Auguſti 1687 gerichtlich reproducirt, worinnen er vorgeſtellt, welcher geſtalten Hannß Jacob Weinmar, nachdem er Hrn. Johann Steeben, Lamm-Wirthen, ſeine zwiſchen ihm Imploranten und Johannes Burckharten ſtehend, neu-erbaute Behauſung, ſo zuvor nur ein Stall und Theil Scheuren geweſen, aberkaufft und ſich die in den obern Stock und Scheuren hinauf, durch und in ſeinem Stall gehabte Stiegen ſelbſt verbauet, nicht allein auf Imploranten beſag Lit. A. beygehenden von anno 1681 her lautenden Fertigungs-Brief und Schuld-Bekänntniß B. eigenthumlich absque ulla ſervitute zuſtändigen 2 Höfflein

den Wandel und sonderlich in Imploranten Scheuren zu dem Aufzug suche, sondern auch gar auf des Imploranten eines Höfflein hinter dem Hauß eine Stiegen hingesetzt und also eignes Gefallens dem Imploranten das Seinige wegzunehmen, und in seinem Eigenthum ihne gantz unerlaubter Weyse neuerlich zu turbiren und zu beeinträchtigen trachtet. Allermassen verwichen hin den 30 Sept. 1686. von dem Untergang dergleichen neuerliche Gesuch ihm wollen adjudicirt und zuerkannt werden, weilen aber solcher untergänglicher Spruch gantz ohnbillich und nichtig, jedoch salvo respectu & honore des Untergängln. Herrn Richters, aus nicht genugsam gehabter Information wider Imploranten ausgefallen, hab er nicht allein gleich stante pede davon provocirt, sondern es sey solche Urtheil auch mit so vielen insanabilibus nullitatibus afficiret, daß sie nullo jure bestehen, sondern annoch inner 10 Jahren tanquam nulla a tempore executionis etiam angefochten und impugniret werden könne.

Landr. p. 1. tit. 56. §. da aber solche exception &c.

7 Denn 1. sey solche Urtheil tempore vindemia-
8 rum, den 30 Sept. im Herbst, gegeben. 2da nullitas redundire ex puncto legitimationis, da Herr Zeiher nomine Hrn. Steeben kein zu recht gültigen Gewalt nicht vorgezeigt oder eingelegt oder eine zu recht erforderte Caution præstirt; ander Seits da so schlechter Dinge auch der Küttel nicht zu admittiren gewesen, gestalten, weil der lis von dieser Scheuren und Höfflein, als von seiner Frauen seel. herrührend, er im Nahmen seines Sohns, so ausser der patria potestate, ohn genugsame Caution de rato nicht respondiren können, der annoch ledigen Tochter, so neben dem Sohn wegen ihres mütterlichen daran participiren und Theil
9 haben, zu geschweigen. 3tia nullitas bestehe darinn, daß kein ordentlich Protocoll in dem Untergangs-Proces gehalten, dem Implorant Küttelen des Gegentheils fundamenta, sonderlich der Commerellische Kauff de anno 1650 ad excipiendum & defendendum nicht communicirt, derowegen solcher ohnordentliche Proces nichts anders denn sententiam nul-
10 lam procreiren könne, da zumahlen 4 der Implorant Küttel mit seinen Exceptionibus nicht gehöret, quod itidem nullitatem parit.
11 Dannenhero 5ta nullitas, daß kein sufficiens causæ cognitio vorgehen können, sintemahlen des Küttels documenta negligirt, und allein auf den Commerellischen Kauff, da doch derselbe der Wahrheit nach Küttels ältern Briefen 1. gantz zu wider, 2. als eine res inter alios acta dem tertio als ignoranti Imploranten nichts præjudiciren mag, gegangen. Daher
12 die 6. Nullität, daß contra apertum jus des Küttels, als welcher mit obigen Briefen docirt, daß die beyde Höfflein an der Seiten und hinter dem Hauß und Scheuren, schon von 106 Jahren absque ulla servitute, ihme und seinen Vorfahren behörig gewesen, und wider diese Brief nichts im geringsten hat aufgelegt werden mögen. Allermassen 7. nullitas, daß contra præsumptionem juris, der Küttel zu 13
einer servitute, nemlich den Wandel und Gerechtigkeit in seine Scheuren zu dem Aufzug zu lassen, verdammet. Nicht weniger die 8. 14
Nullitas darinn begangen worden, daß wann gleich der Weinmar um prætension dieser Gerechtsame etwas aufzulegen gehabt, solches von Kütteln längst wäre præscribirt worden, sintemahlen Gegentheil und seine Vorfahren dieser Gerechtsame sich niemahl bedienet oder deren begehrt, allermassen sie allezeit sich des Gangs und der Stiegen in dem Stall zu Hinaufthuung ihrer Sachen bedient, und der Wandel oder Gang zu dem Zug in 10. 20. 30. 40. und mehr Jahren niemahl gebraucht, wie sie denn selbst in ihrer Klag implicite gestehen, solchen nicht gebraucht zu haben, wann sie setzen, dieser Wandel, Zugang und Gerechtigkeit wäre nur vor diesem also gebraucht worden, des alten Gebrauchs aber haben sie kein andern Beweiß, denn daß sich oben in der Scheuren ein Schieb-Gatter befinde. Anitzo nun nicht zu gedencken, daß dieser Schieb-Gatter zu Beweisung solch oneris viel zu schwach, so würde doch die præscriptio valide opponirt, daß, wie gedacht, inner 30 und mehr Jahren vom Gegentheil einig jus nicht prætendirt, auch an denen erforderenden Kosten zu dem Zug-Seil kein Kreutzer niemahl bezahlt worden. Wollte nun Implorant ex mera civilitate dem Imploraten Weinmar diß jus gestatten, so müßte er ja zuvor auch die Kosten so Implorant in Schlagung neuen Tennens, Erkauffung neuen Zug-Seils und andern erweißlich in 27 fl. 2 kr. verwendet, bezahlen helffen. Entzwischen eine dergleichen wider die præsumptionem juris, contra præscriptionem imo wider des Imploranten jus apertum laufende Sententz ipso jure null und nichtig.

Landr. p. 1. tit. 56. §. oder da in der Urtheil &c.

Die 9. Nullität sey, daß ex falso documento 15
geurtheilt worden, daß aber der Commerellische Kauff de anno 1650 ein manifestum falsum begreiffe sey daraus zu ersehen, daß Commerell omissis cæteris ein halbes Höfflein sich attribuire, da doch vi Implorantens ältern Brieffen beyde Höfflein ihm zugehören, sententia autem ex falso instrumento lata nulla est

Landr. d. l. §. nicht vweniger.

10. Nullitas haffte darinn, daß dem Gegen- 16
theil mehrers und anders, als er begehrt, zuerkannt worden, der Gegentheil habe begehrt, den Wandel und Gerechtigkeit zu dem Zug, und vi sententiæ hab Herr Untergangs-Richter ihm also weit mehrers u. anders als er begehrt, adjudicirt, was in dem Kauff de Ao. 1650 enthalten. Judex autem si quid aliquid v. g. plus quam petitum, pronunciet, nullitet pronunciat.

Landr. d. l. §. oder so die Urthel &c.

Anderer Nullitäten, und zwar daß vi Pro- 17
tocolli nicht einmahl submittirt worden, zuge-

18 geſchweigen. Wann nun dieſer untergängliche Beſcheid gantz nichtig, hingegen dem Imploraten weder der Wandel zu dem Aufzug in Imploranten Scheuren, noch etwas von dem Höfflein, oder auch das jus eine Stiegen dem Imploranten auf ſein Eigenthum zu bauen zuſtehe, auch Implorant nullo jure hierzu gezwungen, weniger durch den Commerellischen oder Steebischen Kauff, als die nicht mehr, dann ſie gehabt, verkauffen können, Imploranten einig præjudiz zugezogen werden
19 könne; Als ſey ſein gehorſames Bitten, forderiſt erſagten Untergängl. Spruch als null und nichtig zu erklären und zu caſſiren, daraufhin zu erkennen, daß ihme Imploraten Weinmar keines wegs der Wandel in Imploranten Scheuren, oder auf deſſen eigenthumliche 2. Höfflein weniger ein Stiegen, dahin zu erbauen gebühre. Deswegen er ſub ſufficienti cautione hinkünfftig ſich dergleichen widerrechtlich ſuchenden Wandels und juris zu bemüßigen, auch die bereits erbauete Stiegen wiederum hinwegzuthun und das zwar mit Abtrag aller Koſten und Schaden ſchuldig und verbunden ſeyn ſolle ꝛc. cum imploratione ſolita.

20 Worauf Implorat Weinmar ſeine in Jure & facto wohl-begründte Antwort den 22 Oct. 1687 eingeſchickt, darinn er forderiſt widerſpricht, daß er ſich des quæſtionirten Höffleins Wandels und Bau-Gerechtigkeit widerrechtlich anmaſſe, inmaſſen für Imploraten militire, der ſub A. beygehende Extract Kauff-Buchs, vermög deſſen ſeinen Anteceſſoribus nicht allein das quæſtionirte Höfflein, ſondern auch der Wandel zum Aufzug, wie ſolcher vorhin der gantzen Scheuren competirt, pro indiviſo zur Helfft überlaſſen worden. 2. die von anno 1650 an continuirte quieta poſſeſſio vel quaſi des Höffleins und Gerechtigkeit des Wandels. 3. der den 30 Septemb. 1686 ergangene nicht allein in rem judicatam erwachſene, ſondern noch ferner judicialiter confirmirte untergängliche Spruch, welchen er hiernechſt ab imputatis nullitatibus liberirt, mel-
21 dend, daß die 1. nullitas der Urſachen in keine Conſideration kommen könne, quia licet ſententia tempore hujusm. feriarum invitis partibus lata nulla ſit, valida tamen cenſeatur, ſi feratur ſponte comparentibus & exceptionem feriarum non opponentibus; ac ita tacite feriis renunciantibus partibus.
22 Die 2. ſey ebenmäßig ohnerheblich, denn es gebe das Untergangs-Protocoll, daß Hr. Zeiher als Hrn. Steeben legitimirter Anwald erſchienen ſey, cui Protocollo tamdiu ſtandum, donec contrarium probetur. Und ob er gleich keinen ſchrifftlichen Gewalt vorgezeigt, ſo ſey doch genug, das er mündlichen gehabt, ſamt den zur Sach gehörigen Documenten, als dem Kauff-Zettul ꝛc. Und wann er ſich gleich nicht hätte genugſam legitimirt, ſo habe doch ſein Principal ſeine Handlung nicht widerſprochen, ſondern ipſo facto ratificirt, wordurch dann die vermeinte Nullität gäntzlich aufgehoben wäre. Die hinc inde præſtirende rati müſſen alsdann abgelegt werden, wann ſolche begehrt werden, ſo ſey ſeltzam, daß Implorant wider ſich ſelber excipire, und ſich dennoch in Führung dermahligen Nullitäten-Klag anders nicht, als vorhin geſchehen, legitimirt, das ſey ja propriam turpitudinem augiren, vel ad minimum contra proprium factum kommen.

23 Belangend 3 Nullitatem imputatam, ſo militire pro judice & actuario die præſumptio, quod egerint, quæ ſui ſunt officii, und ſey bekandt, quod Proceſſus in ejusmodi cauſis ſit ſummarius, & ex Inſtrumentis publicis ſummarie agi debeat; Man könne auch nicht ſehen, was dem Protocoll weiters ſollen inſerirt werden, als was in dem Untergangs-Spruch enthalten. Daß dem Imploranten der Commerelliſche Kauff ad excipiendum communicirt werden ſollen, ſey eben nicht ſo nöthig geweſen, quia judici fit probatio; jedoch ſey nicht zu zweiffeln, es werde Imploranti der Innhalt deſſen eröffnet worden ſeyn, weil er der Urtheil einverleibt, daß er aber nichts dawider excipirt, habe er ihm zu imputiren, und was hätte er dawider excipiren können oder wollen, da er dato nichts erhebliches dawider vorbringen können? Womit zugleich der 4ten Nullität Nichtigkeit dargethan. Gleich nichti- 24
gen Schlags ſey auch die 5te Nullität, denn ob ſchon des Imploranten Brief älter, als der 25
ander Imploratiſcher Seiten producirte, folge doch nicht, daß die Sache in dem ſtatu, quo ante 100. annos fuit, verblieben ſey, ſondern es erhelle aus dem Kauff de anno 1650 daß eine ſonderbare Aenderung vorgangen. Weil nun poſteriora prioribus derogiren, ſo laſſe die Vernunfft nicht anders ſchlieſſen, als daß nicht auf den alten, ſondern auf den neuen Kauf-Brief zu reflectiren. Daß aber der Anno 1650 vorgegangene Verkauff und Kauff tanquam res inter alios acta dem Imploranten, als tertio ignoranti nicht præjudiciren können, ſey Imploratiſcher Seiten nicht zu apprehendiren, es wolle denn Implorant damit zu verſtehen geben, es wäre in Anno 1650 die halbe Scheur ſamt dem Höfflein und Zuwandel zum Zug wider ſein Wiſſen und Willen, als ſein Eigenthum von dem Commerell ſeel. doloſe alienirt, ſo ihm zu probiren oblage, wofern, poſito hoc, die præſcriptio longiſſimi temporis den Imploraten nicht in Sicherheit ſtellete. Dahero bey der 6 Nulli- 26
tät folgen müſſe, weil des Imploranten Kauff-Brief einer gantzen Scheur gedencke, daß auch Implorat und ſeine Vorfahrer die Helffte daran nicht erkaufft, ſo doch Implorant nicht widerſpreche, ſondern darinn den Kauff-Brief de anno 1650 für gültig erkennt. Siigitur in hoc, & in cæteris punctis agnoſcat. Die pro 7. Nullitate ſtabilienda angeführte ratio und 27
præſumptio libertatis fället von ſelbſt dahin, ubi de conſtitutione ſervitutis per contractum expreſſe vel tacite facta & neceſſaria conſtat, ut hic, uti enim aquæ hauſtu con-

cesso simul iter concessum putatur, ita area concessa illam ingrediendi facultas permissa intelligitur. Und darff ich mich eines Zug-Sails bedienen, so werde ich auch den Wandel und Zugang dazu haben müssen, habe ich nun den Wandel, so werde ich auch durch eine Steegen
28 dahinauf steigen dürffen. Ad rationem 8 prætensæ nullitatis antwortet Implorat, quod ad amissionem juris & acquisitionem servitutis negativæ non sufficiat aliquem jure diu non uti, quia ire per viam vel per scalam ascendere per anticum vel posticum ædes intrare est res liberæ facultatis præscriptionis nescia, sed insuper requiritur prohibitio ex parte servitutem negativam s. libertatem acquirentis & omissio illius, cui prohibitio facta, quæ hic non intervenit. Sey also auf des Imploranten Seiten keine præscriptio vorhanden, und falle damit die darauf gebauete Nullität zu boden. Die gemachte Folgerey a libertate sumptuum ad negationem accessus ad funem & scalam habendi schliesse nicht; Zudem wisse man von keinen gemachten Ohnkosten. Bey der 10 Nullität finde sich nicht, daß der Herr Untergangs-Richter mehr gesprochen, als damahliger Kläger pe-
29 tirt, denn weil selbiger den Zuwandel zum Zug begehrt, und solcher ihm adjudiciret, so sey ja sententia petitioni conformis. Und ob schon in dem Kauff de anno 1650 worauf sich die Urtheil beziehet, des Wandels zu dem Zug in specie und expresse nicht gedacht, so sey doch nicht zu widersprechen, daß selbiger nicht per necessariam consequentiam sollte verwilliget worden seyn, denn in dem Extractu Kauffs de anno 1650 ausdrücklich gedacht wird, daß der Innhaber des an Imploranten Scheur stossenden Hauses, (so die halbe Scheur samt dem Höfflein ist) das Thenn-Aufzug- und Zug-Sail gebrauchen, auch dazu wandeln dürffe.

30 Erscheine also aus diesem allen, daß das quæst. Höfflein, so weyland von Commerellen erkaufft, vom Käuffer und bißherigen Nachfolgern ruhig als Eigenthum besessen, Imploraten pleno Jure zugehöre, derowegen auf solchem, als seinem freyen Eigenthum seines Gefallens die quæst. Stiegen oder anders bauen und haben könne. Auch über diß der Ursache nach ferner von Imploranten müsse geduldet werden, damit obausgeführter Massen Implorat sich des Zugs nützlich und nothdürfftig be-
31 dienen könne. Welchem allem nach Implorat gehorsamst gebeten, zu erkennen und zu sprechen, daß der Herr Untergangs-Richter nicht nulliter und nichtig, sondern wohl und denen Rechten gemäß geurtheilt, und es bey solch untergänglichem in rem judicatam erwachsen- und noch dazu nach langer Zeit Gerichtlich confirmirten Spruch, sein ungeändertes Bewenden haben, Implorant mithin à turbatione abzustehen, und zugleich de non amplius turbando gnugsame Versicherung und Vorstand zu thun, und so dann auch alle verursachte Kosten und Schaden zu refundiren schuldig seyn solle, Implorato &c.

Uff welches hin Implorant replicirt, Implorat duplicirt, und mithin beederseits beschlossen worden. 32

Ob nun wohl nachmahls Implorant seine Klag und folgende Handlungen den 7. April 1688. fallen lassen, und sich erklärt, der untergänglichen Urtheil sich zu submittiren, so hat er doch den 19den Junii solche renunciationem litis wieder revocirt, mit Vorwand, daß uff der quæst. Scheuren und Zugehörd seine Kinder ihr mütterliches zu prætendiren hätten, dahero sie die Sach un-decidirt so schlechter Dinzen nicht ersitzen lassen könnten, sondern lieber einer Urtheil gewärtig seyn wollten, und hätte er den Verzug aus Einfalt gethan. Weil 34 nun der Gegentheil diese Revocation willig geschehen lassen, hat es seine geweißte Wege damit, sonst wann sich selbiger hätte opponirt, würde es einen zimlichen Zweiffel abgegeben haben, ob dieselbe bestehen und statt finden könnte. 33

Von der Sachen selbst also mein unvorgreiffliches Rechtliches Gutachten und Sentiment zu erstatten, so halte forderist, daß, weil Implorant vorgibt, daß seine Kinder ihr mütterliches uff der Scheuren quæst. und deren Zugehörd haben, in der Implorat sich der Tennen, des Aufzug- und Zug-Sails zu bedienen können, consequenter auch den Wandel dazu zu haben prætendirt, der Herr Richter wohl thun wird, wann er, zu besserer Begründung des Judicii und Bestand der publicirenden Urtheil, Imploranten vor beschehendem mündlichen Beschluß und publicirung der Sentenz, ad præstandam cautionem rati mit Angelobung an Gerichts-Staab anhält. 35

Nam utut Pater tanquam legitimus, uti bonorum, ita etiam actionum, Administrator, actiones bona liberorum adventitia concernentes movere & excipere possit, etam sine cautione de rato & judicatum solvendo 36

l. fin. §. 3. C. de bon. quæ lib. ibi Ludwell.
l. fin. §. 3. C. de adm. tut. Rauchbar.
p. 1. q. 2. num. 44. Dyn. Muxell. *reg. jur. Pont. 9. num. 18.*

Attamen hæc ita moderatus est Justinianus Imperator, ut quia præjudicium liberorum, propter proprietatem quidem maxime, hic versatur, eorum consensus adhiberi debeat, si ad consentiendum per ætatem & præsentiam habiles sint, 37

d. l. fin. §. 3. C. de bon. quæ lib. Carpzov.
p. 2. c. 10. d. 14. ubi præjudicium.

quo non accedente, quando liberi præsentes & ejus ætatis sunt, ut consentire possint, Pater non nisi sub cautione admittitur 38

Ascan. Clemens *de patria potest. c. 9. num. 30.*

Ob nun zwar nicht zweiffle, quod sufficiat quoque consensus liberorum tacitus, ex illorum præsentia, scientia & taciturnitate inductus, qui hic etiam adesse videtur; So 39

halte

halte doch am ſicherſten zu ſeyn, allem künfftigen Diſputat vorzubiegen, daß man, wann es gleich überflüßig geſchehen ſollte, von Imploranten die cautionem rati exigire, wozu er ſich auch ohnedem ſchon erbotten in ſeinen Replicis.

40 Belangend dann die der Länge nach deducirte, und dem Untergänglichen Spruch imputirte, Nullitæten, ſind ſolche meines wenigen Erachtens von ſchlechter Erheblichkeit.

Die erſte wird daher genommen, quod ſententia in feriis vindemialibus, quæ etiam Nobilibus, Literatis & aliis in vindemia actu non occupatis, itemque in Præfecturis Calvenſi, Freudenſtadienſi & ſimilibus, in quibus uvæ non colliguntur, habitantibus proſunt,

arg. l. 1. pr. de fer. l. 7. C. eod. Würtemb. Landr. p. 1. tit. 22. §. fin. pag. 108.

multo magis ergo Imploranti hic degenti prodeſſe debebant, lata & publicata ſit.

41 Es iſt aber bekannt, quod conſenſu partium, feriis humanis, neceſſariis dictis, non obſtantibus, jus dici & reddi, judiciumque exerceri poſſit, Partes enim feriis hiſce, conſentiente judice

Ant. Teſſaur. *dec. 39. num. 3.* J. P. W. *p. 1. tit. 22. d. §. fin.*

pro arbitrio ſuo validè renunciare poſſunt, quod de conſenſu illarum expreſſo indubitatum eſt, Dd. ad unum omnibus conſpirantibus votis in hanc ſententiam euntibus.

poſt Jaſonem, Speculat. Felinum, Alexandrum, Vantium & aliis Paul. Gallerat. *de renunciat. cent. 2. ren. 159. n. 7.*

42 De tacito autem partium conſenſu licet forte ſint, qui dubitent, verior tamen & communiori Dd. calculo recepta ſententia eſt, non minus tacitè, ipſoque facto iis renunciari poteſt, quam expreſſe dum nimirum partes ſponte comparent & omiſſa feriarum exceptione, (quæ quamvis dilatoria, attamen in qualibet judicii parte opponi poteſt,

Carpzov. *p. 1. c. 3. d. 22. & in Proc. tit. 10. art. 1. num. 5.* Mev. *p. 2. dec. 276. num. 1.*)

43 in cauſa procedunt, per tx. in

l. 1. §. 1. ibi: *præſentibus illis & ſponte litigantibus l. 6. ff. de feriis. cap. ult. x. eod.* poſt Alexandrum, Federicum de Senis, Curtium Juniorem, Cravettam laudatus Galleratus *d. renunc. 159. num. 10.* Vultej. *de judic. l. 2. c. 7. n. 343.* Gail. *1. O. 53. n. 16. ſeq.* ibi Græv. *conſid. 2. num. 5.* 19. Hahn ad Weſenbec. *d. t. num. 9.*

44 Weil nun Implorant hier auch der Zeit willig erſchienen, und de feriis nicht excipirt, wohlfolglich tacite iisdem renuncirt, kan die Urtheil nicht daher, daß ſie in der Wein-Ernd publicirt, für ipſo jure null und nichtig gehalten werden.

45 Die andere Nullität ſolle ex defectu Legitimationis herrühren, da einer ſeits Herr Zeiher, ohn vorgezeigten Gewalt und præſtirte Caution nomine Herrn Steeben erſchienen, anderſeits Implorant ſelbſt nomine ſeiner Kinder, die an der Scheuren und Höflein participiren, absque cautione rati zugegen geſtanden. Aber geſetzt, daß Herr Zeiher ſich nicht gnugſam legitimirt gehabt, wiewohl er im Untergangs-Protocoll ausdrücklich des Herrn Steeben legitimirter Anwald genennet w rd, ſo iſt bekannt

quod ſuperveniens Domini ratihabitio, 46
etiam à falſo Procuratore, qui plane nullum habet mandatum, quidni igitur ab eo, qui ex præſumpto mandato, (præſumptione ex Inſtrumentorum ad cauſam pertinentium exhibitione, fideique & vitæ integritate ſe pro Procuratore abſentis ſiſtentis ortâ & inductâ,) admiſſus fuit, geſta, ſive ante ſive poſt ſententiam intervenerit, tam in adverſarii, quam proprium ſuum præjudicium, retro confirmet hodie, (quicquid ſit de Jure Civili,

de quo Franzk. *ad tit. de Procur. n. 28.*)
ex ſententia, tam in ſupremis, quam aliis in- 47
ferioribus Imperii, aliorumque regnorum & Principatuum, Tribunalibus & Judiciis, receptâ teſte

Gail. *1. Obſ. Cam. 47.* Teſſaur. *dec. 7. n. 1.* Monter. à Cueva. *dec. Arrag. 49. n. 67.* Brunnemann. *ad l. 56. ff. de judic.* Mev. *p. 5. dec. 98. num. 8. & p. 6. dec. 139. num. 6. qui in alleg. dec. 98. inquit, quod, licet ob defectum mandati per judicem jamjam rejecta fuerint, quæ talis Procurator geſſit, reaſſumi nihilominus à Principali poſſint, quia quando actus aliquis alterius nomine geſtus ab initio omnia eſſentialia habet, ſic, ut nihil præterquam conſenſus ejus, ad quem res pertinet, deficiat, ille omnino conſenſu poſtea ſuperveniente, retro validatur.*

l. 16. §. 1. de pignor. c. 10. de reg. jur. in 6.

Poteſtque talis ratificatio etiam tacite fie- 48
ri, puta ſi appellaverit is, cujus nomine falſus Procurator litem peregit

l. 3. §. 1. ff. rem rat. hab. Mevius *p. 5. dec. 99.* Anton. Faber. *lib. 2. Cod. Sab. tit. 6. def. 19.*

vel ſi contra ea, quæ à falſo Procuratore geſta, nihil opponat, ſed ea potius executioni mandari deſideret.

Mev. *part. 6. dec. 139. num. 1.* Joh. Chriſtoph. Herold. *tr. de jure ratificat. & ratihabit. part. poſter. ſect. 3. rubr. de actore & reo. num. 15. 18. & rubr. de ſententia & re judic. n. 7. 11.*

Daß nun hier dergleichen Ratihabition ipſo facto geſchehen vom Imploraten und deſſen Authore, und ſie durchaus genehm gehalten, was von Herrn Zeihern in ihrem Namen vor dem Herrn Untergangs-Richter ex mandato, ſi non vero tamen præſumpto, gehandelt, erſcheinet

scheinet überflüßig ex actis, deßwegen keine
49 Nullitas vorhanden. Belangend Imploranten selbst, so hat er damahls vor dem Untergange nichts davon gedacht, daß seine Kinder mit an der Scheuren und Höflein participirten, sondern solches erst in hac instantia urgirt; Ob gleich aber seine Kinder wegen ihres Mütterlichen daran mit Theil haben, so stehet doch dahin, ob deßwegen eben so hoch nothwendig, daß er der Vatter de rato cavire, weil er legitimus Administrator, zum Uberfluß aber ist, cautionem rati von ihm noch zu exigiren, oben bereits an Hand gegeben worden.

50 Die übrige angezogene Nullitates sind gleichfalls nichts, und ist demselben von Imploraten gnugsam begegnet in seiner in Jure & facto wohl begründten Antwort und Duplicis, wann auch je eine oder andere Nullitæt ex omisso ordine Processus vorhanden wäre, so möchte doch billich der jetzige Herr Richter darauf keine Reflexion, weilen ex meritis causæ in hac instantia apud ipsum deductis zur Gnüge erscheinet, daß die von dem Herrn Untergangs-Richter ausgefällte Urtheil in sich gerecht und billig, auch der Sachen Beschaffenheit nach in causa hac nicht wohl eine andere Sentenz abgefasset werden könne.

51 Sic enim Judicem superiorem passim celeberrimi Practici informant, ut nullitates, quæ Processum saltem, non merita causæ, contingunt, neutiquam attendere debeat, sed hæc tantum spectet, & ubi de his constat, istarum nullam rationem habeat, adeoque sententiam, si qua merita causæ justa fuerint, confirmet, etsi ratione ordinis vel solennitatis Processus nulla sit, si vero injustam deprehendat, evitatis ambagibus corrigat.

Gail. *1. O. 42. n. 16. & Obs. 75. num. 5.*
Mev. *p. 2. d. 29. n. 4. & p. 3. d. 232.*

Daß aber den meritis causæ nach keine andere Urtheil in dieser Sach gegeben werden könne, als von denen Untergängern ausgefället worden, wird sich von selbst aus folgendem geben und erbrechen. Wir wollen die Sach desto klärer vorzustellen, kürtzlich sehen, was

52 1. Vor eine Action erhoben?

2. Ob solche probirt?

3. Ob sie durch des Gegentheils Beweisung elidirt? 4. Was zu sprechen oder wie zu sententioniren?

53 Es hat aber Implorant bey gegenwärtigem Herrn Richter mediante querela nullitatis die *Actionem negatoriam in judicium deducirt* und *instituirt*, indem er gebeten, forderist den ergangenen Untergänglichen Spruch als null und nichtig zu erklären und zu cassiren, darauffhin zu erkennen, daß Imploraten Weimar keineswegs der Wandel in Imploranten Scheuren oder auf dessen eigenthumliche zwey Höfflein, weniger ein Zaun und Stiegen dahin zu bauen gebühre, derentwegen er sub sufficienti cautione hinkünfftig sich dergleichen widerrechtlich suchenden Wandels und Juris zu bemüßigen, auch die bereits erbauete Stiegen wiederum hinweg zu thun, mit Abtrag Kosten und Schadens schuldig seyn solle, welches petitum der Natur actionis negatoriæ gantz conform ist.

Est enim illa actio realis, quæ tribuitur 54
Domino prædii, quod is liberum asserit
l. 1. l. 2. pr. l. 4. §. 7. ff. si serv. vind.
contra quemlibet servitutem in eo prætendentem, vel libertatem ejus impedientem
d. l. 4. §. 7. l. 8. §. 5. l. 17. pr. §. 1. ff. eod.
ut prædium respectu hujus adversarii declaretur liberum,
d. l. 4. §. 7.
reusque caveat actori, vel nuda promissione, de servitute non amplius usurpandâ, vel libertate prædii impediendâ
l. 7. l. 12. si serv. vind. j. l. 3. C. de verb. signif.
restituat fructus
l. 4. §. 2. ff. si serv. vind. l. 5. §. 7. ff. si usufr. pet.
& præstet quod actoris interest, servitutem 55
non fuisse usurpatam, aut libertatem prædii impeditam. *dd. ll.*

Ob aber solche fundirt, und mit ihren Requisitis beweislich dargethan? anjetzo zu sehen, so sind forderist die requisita intentatæ actionis negatoriæ zu mercken, quæ à Ddribus præprimis vero à Schneidwino
ad §. 2. Inst. de act. num. 34. seq.
ita referuntur, ut à parte actoris duo principaliter necessaria esse dicantur, 1.) nimirum dominium vel plenum, vel minus plenum directum, vel utile, vel quasi dominium, vel aliud, denique jus in re illa, in qua negatur alteri servitus competere. 2.) quod res sit libera, & non debeat servitutem.

A parte vero rei requiratur attentatus usus, qualis solet cadere in servitutem, per quam impeditur libertas rei.
l. 4. §. 7. si serv. vind. Joh. Faber. *ad d. §. 2. Inst. de act. num. 32.*

Von diesen Requisitis nun hat actor, cui 56
regulariter probatio incumbit
l. 4. C. de edendo.
ex omnium confessione, zu erweisen dominium vel quasi, aut jus in re, quia actio hæc directio tantum Domino prædii, quod is liberum esse asserit, competit, utiliter vero etiam aliis jus in re in illo habentibus datur, & si hoc non probaverit, reus in sua quasi possessione servitutis defendendus est.
l. 5. pr. ff. si usufruct. pet.

Cum autem dominium hoc in casu non 57
principaliter in judicium deducatur, sed incidenter saltem, secundum
Angelum *in d. §. 2. Inst. de act. num. 13.*
& Ferrariensem *Pract. in forma libelli in act. negat. super verbo: per quandam.*

sufficit,

ſufficit, ſi actor probet, ſe eſſe in poſſeſſione prædii, quod liberum dicit, quo probato, ex poſſeſſione præſumitur dominium, ut hoc amplius probare actori non ſit neceſſe.

juxta Gloſſ. *notabilem in l. ſicuti. §. ſi quæratur. verb. poſſeſſoris in fin. ff. ſi ſerv. vind.* Mynſ. *1. O. 19. & dec. 2. Reſp. 11. n. 6. ſeq.*

58 Quod ſi vero non ſit in poſſeſſione, dominium plene probare cogitur

Bartol. *in l. quidam in ſuo. ff. de inſtit. act.*

59 Probato ſic verè vel præſumptivè dominio, non cogi actorem probare rem eſſe liberam, ſed reum prætenſam ſervitutem probare teneri exiſtimant

Schneidwin. *ad d. §. 2. I. de act. n. 36. ſeqq.* Struv. *Ex. 13. th. 49.* Brunnemann. *ad l. 5. §. fin. ſi uſusfr. pet. & l. 9. C. de ſervit.* Richt. *Dec. 98. n. 63.* Carpzov. *p. 2. c. 41. d. 18: & lib. 1. Reſp. 67.*

60 Aſt verius eſt, quia actor ſe in libertate prædii ſui fundat

l. 4. §. 7. ſi ſerv. vind. l. 5. pr. de ſerv. præd. urb.

eum, ſi adverſarius ſit in quaſi poſſeſſione ſervitutis, hoc ſuæ intentionis fundamentum quoque probare debere.

l. 8. §. 3. ſi ſervit. vind. arg. l. 14. de probat. l. 7. §. f. de lib. cauſa. Vinn. *ad §. 2. Inſt. de act. adverba: nam in his agit &c. verſ. notandum autem* Franzk *ad tit. ff. ſi uſusfruct. pet. num. 7.* Fachin. *lib. 11. contr. c. 56.* Anton. Faber. *Cod. Sab. lib. 3. tit. 24. d. 8.* Cothman. *vol. 4. Reſp. 1. num. 41.* Mev. *part. 8. dec. 292.* B. D. Lauterbach. *Ex. concl. for. 18. concl. 10.*

61 Daß er uſum ſervitutis vel turbationem libertatis ex parte adverſa auch probiren müſſe, agnoſciren gleichfalls alle einmüthig, welches zwar leicht zu thun fället.

62 Dieſes nun ad caſum præſentem zu appliciren, ſo iſt man hierfalls 1. in dem einig, daß Imploranten der Theil Scheuren, darinn Implorat den Wandel, Zugang und Gerechtigkeit zu dem Aufzug prætendirt, eigenthumlich zugehöre, wie er denn ſolchen auch als eigen ruhig bißher beſeſſen, und noch beſitzt, daher er mit keiner weitern Beweiſung des Dominii zu beſchwehren.

juxta Gloſs. *in l. ſicut. §. ſed ſi quid. ff. ſi ſerv. vind.*

63 Desgleichen iſt 2. unnoth ihn anzuhalten, daß er erweiſe, daß Implorat eine Servitut, und zwar in ſpecie den Wandel, Zugang und Gerechtigkeit zum Aufzug in ſothanem ſeinem Theil Scheuren ſuche und prætendire, alſo ihne in libertate prædii ſui impedire, weil ſolches Impedimentum, und Prætenſion des Wandels und Gerechtſame zum Zug-Sail, ſich deſſen bedienen zu können, offenbar am Tage, und ſich aus der vor den Untergängern geführten Klag, und Behauptung deren von denſelben ausgeſprochenen Urthel gantz klar ans Licht leget.

Daß aber 3. gedachter Theil Scheuren Imploranten zugehörend von der von Imploraten darinn ſuchenden Gerechtigkeit und Beſchwerde frey ſey, hat Implorant zu erweiſen producirt ſub lit. A. & B. ein alten Kauff- und Schuld-Brieff über dieſe Scheur in anno 1581. aufgericht, als ſeines Schwähern Vatter ſolche erkaufft, darinnen von ſothaner Servitut auf der Welt nichts gedacht worden. 64

„Aber hierdurch 65
„wird die Freyheit des Imploranten Scheuren
„von ermeldter Beſchwerd nicht erwieſen, weil
„des Imploranten und Imploraten Theile beyde beyſammen in einer Hand, und die Scheuren unzertheilt der Zeit noch geweſen, die Trennung und Zertheilung, Imploranten eignen
„Bekanntniß nach, erſt nachmals poſt mortem Proſoceri geſchehen, da anno 1612. einem jeden von des Käuffers hinterlaſſenen
„zweyen Kindern ein Theil an der Scheuren gegeben, und dem, ſo dieſes Theil, welches jetzo Implorat erkaufft, geworden, die Gerechtſame des Wandels und Aufzugs in des andern
„Theil, den jetzo Implorant beſitzt, conſtituiret, auch ſolcher Geſtalt dieſer Theil mit ſamt
„der ihme conſtituirten Gerechtigkeit auf des
„andern Theil von des Käuffers, Stephan Peters, hinterlaſſenen Sohn auf Chriſtoph Commerellen, Rothgerbern, und von dieſem wieder auf Hrn. Samuel Aichelin, und ſo ferner
„biß auf jetzigen Imploraten, transferirt worden, wie ſolches der Extract Tübinger Kauff-Buchs de anno 1650. klar giebt, wodurch Implorat die ſeinem jetzo innhabenden Theil Scheuren, ſo nunmehro zu einem Wohnhaus zugerichtet, zukommende Gerechtſame des Wandels und Aufzugs in des Imploranten Theil Scheuren genugſam erwieſen, daß, wann man gleich obberührte Meynung des Schneid- 66
wini, Struvii, Brunnemanni, Richteri & Carpzovii wollte annehmen und davor halten, daß Implorant, als Actor, nicht nöthig hätte, libertatem prædii ſui zu dociren, ob præſumptionem, qua quælibet res in dubio libera eſſe cenſetur tamdiu donec contrarium probetur,

arg. l. 8. C. de ſerv. & aqua.

ſondern Imploraten obgelegen, die prætendirte Servitut zu probiren, er hierdurch ſeiner Schuldigkeit in dieſem Stück ein Genügen gethan zu haben, wohl könnte erachtet werden.

Daß Imploranten gleichfalls das Höfflein, worauf Imploraten Vorfahr eine Stiegen erbauet, und es mit einem bretternen Zaun umgeben, eigenthumlich zugehöre, wie er vorgiebt, iſt von Imploraten ſtets widerſprochen, deßwegen ihm ſolches zu erweiſen incumbirt, welches 67
zu thun er auch vermeinet durch obgedachten Kauff- und Schuld-Brieff de anno 1581. Allein hat es hier eben die angezeigte Bewandtniß, daß nemlich die gantze Scheur damals noch beyſamen geweſen, wie aber hernach unter des
„Käuffers Kindern die Scheur vertheilet, alſo iſt
„auch gar vermuthlich, daß zugleich mit der
„Scheure

„Scheure das dahinter gelegene und dazu gehö-
„rige Höfflein zertheilet, und einem jeden zu sei-
„nem Theil Scheuren auch ein Theil Höffleins
„gegeben worden, **wie solches abermal der Extract Tübinger Kauff-Buchs confirmirt,** demnach diß Theil Scheuren, so jetzo Implorat erkaufft, samt dem dahinter gelegenen Höfflein Christoph Commerel, wie er es von des Stephan Peters Sohn bekommen, also auch wieder an Hrn. Samuel Aichelin verkaufft, von deme es weiter auf Johann Steeben, und endlich auf jetzigen Imploraten also kommen. Weil nun gedachtes Höfflein hinter diesem Theil
68 Scheuren gelegen, dem Steeben eigenthumlich gehöret, hat er solches seinem Belieben nach mit einem Zaun wohl umfassen, und eine Stiegen darein bauen mögen, cum quilibet in suo pro lubitu omni jure ædificare possit,

l. 8. l. 9. C. de servit. Gail. *2. O. 69.* Molina *de Just. & Jur. tr. 2. Disp. 709. n. 1.*

69 etiamsi longissimo tempore ita in suo non ædificasset

Paul. de Castro *in d. l. 8. C. de serv.* Gail. *d. l. n. 9.* Cothman. *v. 2. Cons. 93. n. 35.* Carpzov. *p. 2. c. 4. d. 13.*

ac licet ædificando in suo alteri noceret, quoniam qui jure suo utitur, nemini damnum dare videtur.

l. 9. de serv. præd. urban. l. 24. §. f. l. 26. de damn. infect. Cothman. *d. l. n. 36.*

Was Implorantischer Seiten von der Præscription angeführet worden, hat durchaus keinen Bestand, weil es an den requisitis præscriptionis allenthalben fehlet; Wann dann solcher Gestalt Implorant, was ihm obgelegen, nicht beygebracht, hergegen Implorat seine prætendirte Gerechtsame des Wandels und Aufzugs in des Imploranten Theil Scheuren, und das ihm zuständige Dominium des hinter seinem Theil Scheuren gelegenen Höffleins durch den Extract Tübinger Kauff-Buchs zur Ge- 70
nüge erwiesen, so folgt von selbst, daß keine andere Urthel, als vorhin von den Untergängern ausgesprochen worden, abgefaßt und publiciret werden könne. Und ist deme allem nach die jetzo eröffnende Urthel, meines wenigen Erachtens, salvo cujusque melius sentientis judicio, folgender Gestalt, damit alles desto besser und klärer darinn exprimirt werde, abzufassen, und 71
nach von Imploranten præstirter cautione rati und darauf beschehenen mündlichen Beschluß den Partheyen zu publiciren.

Urthel.

72 In Sachen Rechtens sich haltend zwischen Georg Kütteln Burgern und Fuhrmann, Imploranten Eins, entgegen und wider Hannß Jacob Weinmarn, auch Burgern und Metzgern allhier, Imploraten, mit und Neben Hrn. Johann Steben gewesenen Gastgebern zum güldenen Lamm als seinem laudirten Authore und Verkauffern, andern Theils, wird auf beschehene Imploration, darauf erfolgte Antwort, eingelegte Document, und all ander gerichtlich Fürbringen, nach gethanem Rechtsatz, genommenen Bedacht und gehabten Rath mit Urtheil zu Recht erkannt, daß der Hr. Untergangs-Richter mit ausgesprochener Urtheil nicht nichtig, sondern wohl und den Rechten gemäß geurtheilt, und es bey solchem untergänglichen Spruch sein ungeändertes Bewenden haben, Implorant also dem Imploraten den Wandel, Zugang und Gerechtigkeit zu dem Aufzug in seine Scheuren zu gestatten und zuzulassen, hingegen aber Implorat das Thän-Thor, Aufzug und Zug-Sail Imploranten zu erhalten helfen schuldig und verbunden, auch ferner Implorat sein Höfflein hinter seiner Scheur mit einem Zaun zu umfassen, und eine Stiegen darauf zu setzen wohl befugt, und Implorant ihn darinn zu turbiren nicht berechtiget, sondern sich dessen zu enthalten, auch ihne Imploraten künfftig, weder im Gebrauch jener Gerechtsame in seiner Scheur, noch in der Freyheit auf seinem eignen Höfflein zu bauen, keines weges weiter zu turbiren, Caution zu leisten gehalten seyn solle. Die aufgewandte Unkosten aber werden aus Bewegniß gegen einander compensirt und verglichen.

Dieses habe meinen Hoch- und Vielgeehrten Herren zu verlangter rechtlichen Nachricht, baßverständiger Meynung ohnvergreifflich jedoch dienstlich anfügen und mithin nechst Göttl. Schirms Empfehlung verharren wollen

Meiner Hoch- und Vielgeehrten Herren

Dienst-bereitwilligster

G. S. D.

Tübingen den 12. Sept. 1688.

CON-

CONSILIUM XXX.

DE

Debito ex mandati contractu orto, ejus legitimis usuris, & Uxoris debitoris in hoc debito prætensa renunciatione SCti. Vellejani, & Authent. si qua mulier.

SUMMARIA.

1. *Quæstio de mutuo tribus constans membris decidenda.*
2. *Pecuniam ad rem quandam ex contractu mandati emendam accipiens, re non emta, pecuniam hanc restituere omnino tenetur.*
3. *Ratio hujus.*
4. *Contractus mandati in mutui Contractum mutari non potest.*
5. *Propter communem juris regulam.*
6. *Et responsum JCti Africani in l. 34. pr. ff. mandati.*
7. *Jure noviss. de contrahentium animo novandi expressis verbis declarato constare debet.*
8. *usque 11. inclus. Demonstratur quod in casu hoc substrato obligatio ex causa mandati in obligationem ex causa mutui tamen mutata sit.*
12. *Explicatur mutui natura.*
13. *Porro hæc transmutatio obligationis in mutuum probatur per assertum JCti Ulpiani. in l. 15. ff. de reb. Cred.*
14. *& 15. Et supra alleg. JCti Africani responsum refutatur: quia Ulpianus posterior & majorem æquitatis rationem habuit.*
16. *Sensus etiam verus supra num 5. citat. communis juris regulæ hic explicatur.*
17. *Ex Statuto Würtembergico subditus in magna pecuniæ summa contractum mutui absque Principis consensu firmiter celebrare non potest.*
18. *Excipitur tamen necessitatis casus.*
19. *Ex ratione hic allegata.*
20. *& 21. In debito liquido summariissime & executive proceditur.*
22. *Etsi quis usuras quincunces excedentes promiserit, tamen ultra quincunces non tenetur.*
23. *Ad Exceptionem usurariæ pravitatis requiritur & promissio & præstatio usurarum modum licitum excedentium.*
24. *Quid si pœnæ loco usuræ ultra quincunces stipulatæ?*
25. *Quid si jam solutæ?*
26. *Per Recessum Deput. Imperii de Anno 1600. quincunces à tempore moræ etiamsi non expresse stipulatæ tamen debentur.*
27. *Contra Juris Romani dispositionem.*
28. *Communis vero observantia est secundum dict. Rec. Deput. Imperii.*
29. *In nonnullis Provinciis publica tantum instrumenta paratam habent executionem.*
30. *In Ducatu vero Würtembergico ut & in plurimis aliis Germaniæ locus hac vis privatis etiam instrumentis est communicata.*
31. *Quod etiam uxor debitoris in substrata materia ex correali obligatione teneatur, ex rationibus probatur.*
32. *Dubium removetur.*
33. *Propria confessio est omnium probationum optima.*
34. *Ex Statuto Würtemberg. Conjuges per matrimonium tacite bonorum communionem & societatem constituunt.*
35. *Ita ut æs alienum ob communem utilitatem aut societatis occasione contractum æqualiter etiam solvendum sit.*
36. *Ampliatur hoc.*
37. *Uxor mercatrix pro marito mercatore obligatur, simulque cum marito debita solvere necesse habet; non obstante juris Rom. dispositione.*
38. *Et hoc extenditur ad uxores etiam cauponum, pistorum, lanionum.*
39. *Applicatur ad casum.*
40. *An Renunciatio SCti Vellejani & Authent. si qua mulier extrajudicialis & simplex de jure valeat?*
41. *Negantes pluribus allegat.*
42. *Affirmantium vero opinionem tanquam veriorem sequitur.*
43. *Ob textum expressum l. f. §. pen. C. de SCto Vellej.*
44. *Communem juris regulam.*
45. *Argumentum ex LL. & ratione.*
46. *Et quia hæc sententia in praxi recepta.*
47. *Renunciatio vero jurata omni jure valet.*
48. *Ratio hujus allegatur.*
49. *Juramentum actui in se invalido adjectum, illum validum haud reddit de Jure Civili.*
50. *Secus de Jure Canonico.*
51. *Jure Würtemb. de uxoris pro marito obligatione singulariter quid constitutum.*
52. 53. *Omnis enim uxoris obligatio qua quocunque modo in mariti favorem tendit per textum expressum prohibita est.*
54. *Excipitur casus.*
55. *Quo casu tamen sex requisita conjunctim observari debent.*

56. *usque* 61. *incl. Hæc requisita recensentur & explicantur.*

62. 63. *Deficiente unico ex his* 6. *requisitis totus actus nullam vim, nullum robur, nullumque effectum obtinere atque sortiri potest.*

64. *Ad supra allegatas num.* 31. *& seqq. rationes dubitandi in ordine respondetur.*

65. *Etiamsi uxor & maritus fateantur pecuniam se ambos recepisse, & in communem utilitatem vertisse, pecunia tamen ad maritum solum pervenisse præsumitur.*

66. *Ampliatio num.* 36. *alleg. iterum refutatur.*

67. *Et assertum de quo num.* 35. *limitatur.*

68. *Dicta num.* 37. *&* 38. *restringuntur.*

69. *Et in Ducatu Würtemb. locum non habent, minimeque observantur.*

70. *Ubi actus est nullus favore alicujus, is ita demum nullus est, si ipse velit.*

71. *De Jure Würtemb. Renunciatio exceptionis nullitatis cum effectu à muliere curatorem à Magistratu legitime constitutum non habente fieri nequit.*

72. *& seqq. Responsum ad quæstionem: quo juris remedio, quo judice, & denique quo modo eo facilius solutionem debiti quis consequi possit?*

73. *Creditor, cui bona in debito liquido oppignorata sunt, implorato judicis officio immissionem in ea bona petere potest.*

74. 75. *Qualis effectus clausulæ:* Mit oder ohne Recht?

76. *Quisnam in hac actione Judex competens sit?*

77. *Denegata justitia ab inferiore Judice, remissio causæ ad Superiorem peti potest.*

78. *Singularis cautela in exequendo debitore cui adhuc Parentes sunt.*

1 ALs wir zu der Juristen Facultät bey gemeiner Fürstl. Wirtembergischen Universität Tübingen verordnete Decanus und andere Doctores freundlich ersuchet worden über uns zugesandte Facti Speciem und deren angehängte Frage unser rechtliches Sentiment förderlich in Schrifften zu eröffnen; So haben wir zu dienstgeneigter Willfahrung und Beförderung der heylsamen Justitz solche alle und jede mit Fleiß sammt den Beylagen durchlesen, auch alles wohl erwogen und uns in darüb gepflogener collegialischen Deliberation verglichen, wie folget.

Es ist aber die vorgelegte Frage diese

Was von denen Schuldposten, versprochenen Zinsen, denen Obligationen sammt denen darinn enthaltenen Clausulis, und in specie auch so viel des Debitoris Uxorem anbetrifft, von Rechtswegen zu halten sey?

Welche zerschiedene Membra hat, davon wir eines nach dem andern absonderlich considériren und beantworten wollen.

Das erste Membrum quæstionis aber ist:

Was von denen Schuld-Posten von Rechts-wegen zu halten?

2 Da es ein Ansehen, ob wären die 100 Rthr. so Joh. Steb anfangs zu Erkauffung eines Rappen oder Pferds bekommen, (mit was Vorwand und quo titulo oder zu was Ende er die andere 200 Rthlr. so neben diesen 100 Rthlrn. in die erste Obligation kommen und Steb unwissend Hrn Obristen von Hohnstädt von dessen bey Hrn. Achatio Wolffen in Verwahrung stehenden Geldern von diesem empfangen unter dem Vorwand, ob hätte Hr. Obrist befohlen von ihm so viel zu erfordern, bekommen habe, ist eigentlich weder ex Facti Specie noch aus der Beylag lit. A. zu ersehen,) sammt den 450 Rthrn. so er nachgehends, als Hr. Obrister von Hohnstädt bey dem Schwäbischen Krayß Dienst angenommen, ihm zum Feld-Zug ein und andere Sachen, insonderheit etliche Pferde, einzukauffen, im Früh-Jahr Anno 1683. wieder erhalten, pro legitimo debito ex Contractu Mandati oriundo zu halten, indem Hochgedachter Hr. Obrist von Hohnstädt ihme Steben gemessenen Befehl gegeben, vor ihn einige Pferde, und andere zum Feld-Zug benöthigte Sachen, einzukauffen, welchen Befehl er angenommen, und solches zu thun eingewilliget, auch dazu die Gelder empfangen, daß er also, weil er die anbefohlene Sachen nicht erkaufft, die dazu empfangene Gelder ex contractu mandati zu restituiren obligirt.

Mandatarius siquidem non tantum tenetur & obligatur ad id, quod gerendum suscepit, fideliter & diligenter implendum & exequendum, ac si non legitime impleverit, ad omne interesse, 3

l. 5. §. 1. l. 6. §. 1. l. 8. §. 6. l. 27. §. 2. ff. mand. l. 16. C. eod. j. l. 13. §. fin. ff. de re jud.

sed & ad omne, quod occasione mandati accepit, restituendum.

l. 10. §. 2. l. 20. pr. ff. mand.

Wäre auch 2. hæc debendi causa in aliam, & quidem in specie ex mutuo, wie es wohl das Ansehen haben will, nicht mutirt, daß man es itzo pro debito ex mutuo halten könnte, nicht nur propter communem illam juris regulam, qua dicitur, quod non eventus, sed initium cujusque contractus inspiciendum sit, ut ex eo judicetur, quid & quale negotium & quis contractus sit celebratus, fundatam 4 5

in l. 8. pr. ff. mandat. l. 1. §. 13. 30. ff. depos. l. 12. ad SCt. Maced. l. 58. §. 2. pro soc. Gœdd. *de contrah. stipul. cap. 5. n. 125.*

sondern fürnemlich ob responsum JCti Africani 6

in l. 34. pr. ff. mandat.

Cujus

Cujus aperta & clara hæc ſunt verba : Qui negotia Lucii Titii procurabat, is cum à debitoribus ejus pecuniam exegiſſet (idem vero eſt, ſi ab ipſo Lucio Titio eam accepiſſet ad certas res ipſi emendas) epiſtolam ad eum emiſit, qua ſignificaret, certam ſummam ex adminiſtratione apud ſe eſſe, eamque creditam ſibi ſe debiturum cum uſuris ſemiſſibus, quæſitum eſt an ex ea cauſa credita pecunia peti poſſit & an uſuræ peti poſſint ? reſpond non creditam alioquin dicendum, ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri poſſe. Ex quibus evidenter patet, JCtum Africanum cenſuiſſe, quod, ſi inter creditorem & debitorem ex cauſa mandati id agatur, ut hic pecuniam, quam illi ex cauſa mandati debet, in futurum crediti nomine retineat ſive ex cauſa ſive mutui debeat, hoc nullatenus ad illum effectum valeat, ſed debitor maneat debitor ex cauſa mandati, pactioque iſta in ſpecie propoſita ad obligationem ſortis ex cauſa mandati in obligationem mutui convertendam inutilis ac inefficax ſit. Idque argumento ab abſurdo ducto probare, & dein argumentis in contrarium facientibus reſpondere quoque ſatagit.

Und daß ſonſt folgen würde, daß hier zwiſchen Herrn Obriſt von Hohnſtädt und Johann Steben eine Novation fürgangen, dadurch die erſte Obligation ex cauſa mandati extinguirt,
7 und eine neue ex cauſa mutui conſtituirt worden, die aber jure noviſſimo nicht anders geſchehen kan, als wann die Contrahentes dieſes mit ausdrücklichen Worten anzeigen, daß ſie animo novandi & prioris obligationis tollendæ cauſa eine neue Obligation contrahiren, per *l. ult. C. de nov.*

Davon jedoch hier kein Veſtigium in den beyligenden Obligationen zu finden.

Deſſen allen unerachtet aber halten wir da-
8 für, daß obgleich Johannes Steb anfangs ex cauſa mandati dem Herrn Obriſt von Höhnſtädten verbunden geweſen, dennoch nachgehends ſolche
9 Obligatio ex cauſa mandati in obligationem ex cauſa mutui **der Schuldbekandtniſſen wortlichen Inhalt nach verwandelt worden**, und alſo jetzo die gantze Summ der 1125 Gulden ein debitum ex mutuo ſey, welches nicht unklar aus den von ſich geſtellten und Herrn Obriſt von Höhnſtädten eingehändigten Obligationen abzunehmen, in deren **Erſten** de dato 1 Julii 1682. pro 300 Rthr. expreſſe enthalten :

„ Daß von dem Reichs-Wohlgebornen Herrn,
„ Herrn Quirino von Hohnſtädt, Herrn auf
„ Weitenburg ꝛc. Röm. Kayſerl. Majeſt. Ge-
„ neral-Quartiermeiſtern und Obriſten zu
„ Pferd ꝛc. ſeinem gnädigen Herrn, Endsunter-
„ zogener in angelegener Noth NB. **baar vor-**
„ **gelehnt** empfangen, benanntlich 300 Rthr.
„ darunter 200. Reichs-Thaler in ſpecie &c.
„ welche Summ er verſpreche, dergeſtalten,
„ wie ers empfangen, oder in Ermanglung

der Species Reichs-Thaler die billiche und gewöhnliche Lage, auf jedesmaliges Begehren
„ und vorhergehende monathliche Abkündung,
„ nebenſt Entrichtung des Landläuffigen Inter-
„ eſſe, wieder heim zu geben und zu bezahlen.
Woraus gantz klar erſcheint, daß zwiſchen Hrn. 10
Obriſt Quirino von Hohnſtädt und Johann Steben beliebet und verglichen, daß dieſem die 300 Rthr. creditirt, und er ſolche als ein vorgelehntes Geld ſchuldig, auch auf jedesmaliges Begehren und vorhergehende monathliche Abkündung wieder heim zu geben, indeß aber landläuffig zu verzinſen verbunden ſeyn ſollte.
In der andern de dato den 24 April 1684. 11
iſt es zwar nicht ſo deutlich exprimirt, doch iſts auch genugſam zu verſtehen gegeben, wann darinn gemeldet: Daß er Johann Steeb, und mit
„ ihm Anna Regina, ſein eheliche Haußfrau,
„ um ihres beſſern Nutzen und gemeiner Hauß-
„ haltung, ſonderheitlich Einkauffung Wein
„ und anders in ihre gemeinführende Wirth-
„ ſchafft und Gewerb, auf ihr gebührend Erſu-
„ chen, von dem Frey Reichs Hochwohlgebor-
„ nen Herrn Quirino von Hohnſtädt, Obri-
„ ſten über ein Regiment zu Pferdt, **an baa-**
„ **rem Geldt** 450 Rthr. empfangen ha-
„ ben, und ſolches würcklich in ihren Nu-
„ tzen verwendt, ꝛc. verſprechen auch ſolche
„ 450 Rthr. biß Georgi 1685. **wieder zu**
„ **bezahlen** ; inmaſſen daraus gleichfalls kein anders Negotium, dann ein mutuum zu ſchlieſſen, geſtalten wo einem, auf ſein Erſuchen, Geld gegeben, oder da ers vor in Händen hat, und zu reſtituiren obligirt iſt, gelaſſen wird, daß er es als ſein eigen gebrauchen, hingeben und zu ſeinem Nutzen in ſeine Haußhaltung, führende Wirthſchafft und Gewerb, dafür Sachen einkauffen mag, mit dem Geding, über eine gewiſſe beſtimmte Zeit, wieder ſo viel im Werth zu reſtituiren und zu bezahlen, da iſt ein Mutuum.

Notum namque in vulgus eſt, id eſſe con- 12
tractum nominatum realem, quo res fungibilis (h. e. ſua natura ita comparata, ut neceſſario in eodem genere functionem recipiat, ſic, ut una pro alia ejusdem generis ſolvi, atque ſic ejusdem vice fungi poſſit ſine ullo detrimento creditoris, cui tantundem proficit res in genere reddita ac ſi eadem numero, quæ data eſt, reddita fuiſſet *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.*)
cujusmodi maxime eſt pecunia, ab eo, qui ejus muruo dandæ facultatem & voluntatem habet, alteri qui facultatem ac voluntatem mutuo accipiendæ habet, ea lege datur utenda, ut accipientis fiat, & definito tempore tantundem ejusdem generis ab eo reddatur. *d. l. 2. §. 1. 2. de reb. cred. pr. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig.*

Daß auch auf ſolche Weiſe præexiſtens obligatio ex cauſa mandati in obligationem ex cauſa mutui verwandelt werden könne, ſi convenerit, ut pecuniam, quam quis ex alia cauſa, & nominatim ex cauſa mandati, alteri

13 debet, crediti nomine retineat ac habeat, statoque tempore eandem velut sibi mutuo datam restituat ex causa mutui, daran ist nicht zu zweifflen.

Ita enim diserte JCtus Ulpianus
in l. 15. ff. de reb. cred.
respondet: Singularia quædam recepta esse circa pecuniam creditam, h. e. quædam benigne recepta esse circa eam contra subtilitatem juris, nim. ut si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligeris mihi, (ex mutuo,) quamvis meos nummos non acceperis. Quod autem ita in duabus personis receptum est, hoc & in eadem persona recipiendum est, ut cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, & convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, & à me ad te profecta. Ubi aperte in verbis finalibus mutuum ac obligationem ex mutuo admittit in ea specie, si convenerit, ut pecuniam quam ex causa mandati mihi debes, crediti nomine retineas: faciliusque in ea admittendum censet, quam in priori specie, cum te mutuum à me petente, non ipse de meo dedi, sed curavi, ut tibi de eo daretur, quod mihi debebatur, dum jussi debitorem meum tibi solvere; quia quod in duabus personis vitandi circuitus causa receptum est, ut fictione brevis manus ille mihi prius dedisse, ego deinde tibi, fingatur, multo magis recipi debet in una eademque persona, cum facilior utique fictio, breviorque manus tibi est, ubi una tantum est manus, ut tu scilicet videaris mihi solvisse ex causa mandati & protinus à me rursus ex causa mutui accepisse.

Woraus zugleich erscheinet, daß hier nicht die prior obligatio ex causa mandati aufgehoben, und eine neue ex causa mutui constituirt werde, mediante novatione, sondern daß jener Aufhebung ficta solutione geschehe, quia fingitur debitor pecuniam ex causa mandati debitam solvisse creditori, atque eo modo ex priore causa liberatus esse, sed eodem tempore pecunia rursus à creditore ad illum ex causa mutui profecta, & hinc mutui obligatio oritur atque constituitur.

Arnold. Vinn. *lib. 1. quæst. select. cap. 40.*

14 Und ob wohl Ulpiano in diesem passu juris zuwider der JCtus Africanus in ob-allegirten
l. 34. pr. ff. mand.
ad quorum JCtorum contraria responsa in d. l. 34. & cit. l. 15. de reb. cred. conciliandа multi multa quidem comminiscuntur. Sed oleum & operam perdere, Peliamque lavare videntur

laud. Vinnio *d. cap. 40.*
qui hoc dissidium inter duos illos JCtos, Ulpianum & Africanum, componere studeant;

15 So prævalirt doch billig hierinn die Meynung Ulpiani, qui & posterior est (floruit enim Africanus sub Imperio Hadriani, Salvii Juliani, Perpetui Edicti Authoris, tempore, Domitius Ulpianus autem sub Alexandro Severo Imperatorum optimo, apud quem Magister Scriniorum ille fuit, ac primus doctissimorum Consiliariorum atque Imperatori quam maxime fidelium: sine quorum scitu ac consensu nec legem ullam sanxit, nec de ulla re graviori statuit:) & majorem æquitatis ac benignitatis, quam stricti juris rationem habendam putavit, juxta
l. 8. C. de jud.
Cum contrà Africanus nimium hac in parte religiosus & stricti juris retinentior fuerit

Vinn. *d. l.* B.D. Lauterbach *ad tit. de Reb. cred. §. 1. n. 5.*

Die Rechts-Regul aber: Quod non eventus, sed cujusque contractus initium inspiciendum sit, ut ex eo judicetur, quid & quale negotium ac quis contractus sit celebratus, hat keinen andern Verstand, als daß man in dijudicando negotio a partibus contracto auf das sehen solle, was principaliter von den contrahenten intendirt worden, nicht auf das, was etwa hernach ex accedenti erfolget, oder unter ihnen aus gewissen Ursachen ex postfacto beliebet circa idem negotium, welches sie doch aufzuheben nicht gemeinet seyn; hindert also nicht, daß sie nicht sollten von einem negotio abgehen und ein anders valide constituiren können, wann sie ihren Willen dahin erklären. Demnach obgleich einer jemanden Geld gibt ihm diß oder jenes dafür einzukauffen und also dieser ex mandato jenem obligirt, solches einzukauffen, oder im Fall er es nicht bekommen kan, sein Geld wieder zu geben, so hindert doch nichts, daß sie sich nicht sollten vergleichen können, daß dieser, so das Geld von jenem ihm einige Sachen einzukauffen anfangs empfangen, selbiges nomine crediti für sich behalten, und in seinen Nutzen, vor ihn selbst einige Sachen einzukauffen, verwenden möge, also à mandato recediren und mutuum constituiren, wie hierfalls geschehen zu seyn der wortliche Innhalt der Obligationen mit sich führet, daher obangeführte rationes dubitandi, als denen solcher Gestalt schon gnugsam begegnet, nichts würcken mögen. 16

Præsupposito nunc hoc, daß die anfangs zwischen Hrn. Obristen von Hohnstädt und Johann Steeben gewesene obligatio ex causa mandati in obligationem ex causa mutui (so viel die 100. Rthl. in der ersten und 450. Rthl. in der andern Schuld-Bekandtniß betrifft) verwandelt worden, und er Steeb vermöge der von sich gestellten und von Hrn. Obrist von Hohnstädt angenommenen Obligationen jetzo ex mutuo zu Restituirung der empfangenen 1125. fl. verbunden, so möchte es wohl das Ansehen ferner haben, als wären die Obligationen eben nicht so gar kräfftig, weil denen Unterthanen verbothen, dergleichen grosse Summ, als darinn enthalten, ohn Fürstlichen Consens aufzunehmen und Verschreibungen darüber aufzurichten 17

Fürstlich

Fürstlich Würtembergisch Lands-Ordn. tit. 14.

welcher creditor also ihm wohl prospiciren will, der soll dahin trachten, daß von dem debitore gnädigster Fürstl. Consens zuwege gebracht werde, der aber allhier von dem Steeben nicht requirirt worden. Allein wir halten beständig dafür, daß man hierfalls eben nicht so sehr auf die Constitution und defect des Fürstlichen Consens zu sehen habe, da die Sache in facti specie referirter massen bewandt, daß Hr. Obrister von Hohnstadt nemlich, vor ihn einige Pferde und andere Sachen einzukauffen, Steeben das Geld gegeben, er aber solches in seinen Nutzen verwendet, ehe er dessen Erlaubniß gehabt, deswegen er Hr. Obrist no-
18 lens volens die Obligationen dafür annehmen müssen, damit er nur einige Bekandtniß der Schuld von ihm hätte.

19 Constat enim multo benigniora esse jura, semperque magis favere, cum aliquid fit ex necessitate, quam si fiat ex libera voluntate. Necessitas namque vi proxima, ac voluntati quodammodo contraria est. Unde si quis ex necessitate contra legem prohibitivam vel præceptivam commiserit, facile excusatur

l. fin. ff. de separat. Ahasv. Fritsch. *de præsidio necessitatis contra legem.*

demnach, weil Steebe die Instrumenta Obligationum Gerichtlich recognoscirt, zu den Schuld-Posten sich bekennet, und die Bezahlung nochmahls so mund- so schrifftlich in judicio promittirt, ist es für eine rechtmäßige
20 liquide Schuld zu æstimiren, und nichts mehr übrig als dem Steeben Termine zur Zahlung zu setzen, und Falls selbige alsdann nicht erfolgt, die würckliche Execution vorzunehmen.

21 Ut enim multorum aliorum locorum statutis & moribus confessioni ac instrumentis liquidis & indubitatis concessa est parata exactio, absque longo litis sufflamine summariissime ac executive intentanda: Ita eandem etiam illis Serenissimus harum terrarum Legislator satis clarè attribuit

J. P. W. *p. 1. tit. 75. §. So dann der Glaubiger &c. §. vvann Schulden allerdings bekandtlich &c. cum §. seq. Und so der Angriff &c. it. p. 2. tit. 7. §. gleicher Weise.* B. D. Lauterbach. ibid. *th. 90.*

Das andere membrum propositæ quæstionis ist:

Was von den versprochenen Zinsen von rechtswegen zu halten sey?

Da wir finden, daß in Facti specie gedacht werde, daß Johann Steebe wegen der 300. Rthlr., worüber die erste Obligation sub lit. B. aufgerichtet, versprochen jährlich 6. pro Cent. Zuß zu reichen, in ipso Instrumento Obligationis aber obligirt er sich nur Landläuffiges Interesse dafür zu entrichten, welches
22 bekandter massen mehr nicht als 5. pro Cent. so auch, und mehr nicht, in den Reichs-Constitutionen, nach dem Exempel der annuorum redituum, für ordentliche Zinse gesetzt und erlaubet, desgleichen bey dem Kayserlichen Cammer-Gericht zu fordern nur verstattet oder zuerkandt werden, ob schon weiters in den Schuld-Briefen verschrieben.

Recess. Deput. Imp. de Anno 1600. §. So viel nun diesem nach &c. 152. Recess. Imp. novissimi de Anno 1654. §. anreichend die künfftige Zinß &c. 174.

daher dann solche auch hier mit Recht von dem debitore Steeben können (sine metu exceptionis usurariæ pravitatis & ei constitutarum pœnarum, gesetzt, daß mundlich 6. p. Cent. versprochen, weil Hr. Creditor sie nicht würcklich empfangen, welches requirirt wird, wo solche Exception soll statt finden wider ihn 23
per tradita Mevii *p. 6. dec. 402. & p. 8. dec. 185.*)

gefordert werden, mehrers aber nicht, ob er sich gleich dazu anheischig gemacht und verbunden hätte.

Quoniam ultra quincunces usuras nemo 24 regulariter stipulari potest, ne quidem pœnæ loco

l. 44. ff. de usur. l. 15. l. 16. C. eod. d. Recess. Imp. cit. §§.

Et si quis majores stipulatus fuerit, aut promiserit, stipulatio tamen illa aut promissio est ipso jure nulla, quoad quantitatem scil. excedentem

l. 20. l. 29. ff. de usur. l. 26. §. 1. C. eod.

Si verò solutæ sint, vel condictione indebiti 25 repeti vel in sortem imputari possunt.

d. l. 26. §. 1. ibi Brunneman. Carpzov. *p. 2. c. 3. d. 4.* Richter. *dec. 74. n. 10.*

In der andern sub lit. C. beyliegenden Obli- 26 gation pro 450 Rthlr. sind zwar keine Zinsen aus solchen 450 Rthlrn. expressis verbis versprochen, es ist aber in angezogenem Reichs-Deputation-Abschied d. §. versehen und die Erklärung dahin geschehen, daß ob gleich keine gewisse Zinsen von angeliehenen Geldern stipulirt oder verschrieben worden, doch von hunderten fünff mögen gefordert und zuerkannt werden von der Zeit, daß der debitor in mo-
ra restituendi pecuniam mutuam gewesen, 27 contra dispositionem Juris Romani, quo usuri in stricti juris judiciis, quale etiam est condictio certi ex mutuo, non debentur, nisi in stipulationem fuerint deductæ.

l. 12. l. 24. ff. l. 1. l. 3. C. de usur. l. 135. de V. O. l. 1. C. de condict. indeb. Hahn *ad tit. de usur.*

daher es nunmehr durch allgemeinen Gebrauch 28 also observirt wird, daß ob schon keine Zinsen von ausgeliehenen Geldern verschrieben oder versprochen, doch a tempore moræ solche gebühren.

B. D. Lauterbach *ad tit. de Reb. cred. §. 1. n. 23.* Berlich. *p. 2. concl. 38. n. 10.* Carpzov. *l. 4.* R. *50. & 56.* Richter *dec. 74 n. 17.* Sanden. *l. 3. t. 4. d. 1.* Brunnem. *Cons. 120. n. 6.*

Demnach bey uns kein Zweiffel waltet, daß nicht auch aus diesen 450 Rthlrn., darüb die letzte Obligation aufgerichtet, Hr. Obrister von Höhnstädt die Reichs- und Land-übliche Zinsen, 5 pro Cent nemlich, a tempore moræ zu exigiren, befugt und berechtiget seyn sollte, und dieselbe ihm adjudiciret werden müsten.

Das dritte membrum der vorgelegten Frage hält in sich, was von denen Obligationen, saint denen darinn enthaltenen Clausulis, und in specie auch, so viel des debitoris Ehe-Frau anbetrifft, von rechts wegen zu halten sey?

Wir haben aber, so viel die Obligationen in genere concernirt, schon præoccupando bey dem ersten membro gedacht, daß ob gleich solche nur privata authoritate von dem debitore Joh. Steeben allein aufgerichtet und subscribirt worden, keine Obrigkeitliche Permission oder confirmation aber vorhergegangen oder erfolget, dennoch, weil sie von dem debitore gerichtlich recognoscirt seyn, er sich zu den darinn enthaltenen Schulden b. f. bekennt, und deren Bezahlung, so münd- als schrifftlich in judicio iteratò versprochen, selbe zu recht beständig seyn, und paratam executionem nach sich ziehen.

29 Nam utut in nonnullis provinciis & civitatibus, Italiæ præsertim, Publica Instrumenta tantum paratam executionem habeant;

vid. Menoch. *de arb. jud. quæst. l. 2. cent. 1. cas. 17.* Card. Tusch. *Pract. Concl. 81. sub. lit. G.*

30 Attamen in plurimis Germaniæ locis, ut in Saxonia, Ducatu Luneburgico, & hoc nostro, aliisque provinciis & celebrioribus Emporiis, etiam privatis Instrumentis recognitis hæc vis communicata & attributa est, modo debitum purum, necdum satisfactione extinctum, cum sua causa contineant, nec vitio aliquo visibili laborent, sed in prima figura sine omni vituperatione appareant.

B. D. Lauterbach *in Differ. Jur. Comm. & Wirt. D. 1. th. 90.* Henr. Schutte *Disp. de Instrum. Guarentig. th. 20.*

Und dieses ist bey uns unzweifflich, so weit neml. die Obligationen den Debitorem Joh. Steeben angehen und concerniren. So viel sie aber dessen sich darinn mit obligirende Ehe-Frau betroffen, hat es wohl das starcke Ansehen, ob hätten sie, insonderheit die letzte de
31 **dato den 24 April. 1684. pro 450 Rthlr. nicht weniger intuitu ejusdem denselben Effect, und wären beede Eheleute tanquam correi debendi obligirt, in Ansehen sie die letzte 450 Rthlr. nach klarem Innhalt der Obligation, um ihres bessern Nutzens und gemeiner Haushaltung willen, sonderheitlich zu Einkauffung Wein und anderes in ihre gemein-führende Wirthschafft und Gewerb, aufgenommen und verwendet; inmassen sie expresse attestiren, daß sie solch Geld würcklich dahin verwandt,** deßwegen auch der Einrede, daß nicht dasselbe in beeder Nutzen verwendet worden, kräfftig renunciren, ex jure aber bekannt, quod licet regulariter, quando uxor & maribus in uno instrumento tanquam duo rei debendi sese obligarunt, uxor tamen exinde non obligetur, quia pecunia ad maritum tanquam potentiorem & cui mulier haud contradicere ausa, perveniisse præsumitur, aliud nihilominus dicendum sit, si manifeste probatum, pecuniam in propriam uxoris utilitatem versam esse. 32

per Auth. si qua mulier. C. de SCt. Vellej. Nov. 134. cap. 8. Brunneman *ad l. fin. §. 1. ff. de SCt. Vellej.* post Gailium, Fabrum, Carpzovium, Christinæum, B. D. Lauterbach *ad tit. de SCt. Vellej. §. 1. n. 6.*

quod hic per propriam uxoris confessionem, 33
quæ omnium probationum optima, utique factum videtur.

Und scheinet hier 2. so mehr Anna Regina Steebin pro hoc debito **mit obligirt zu seyn** 34
secundum Jura Statutaria Ducatus nostri, **denn bekannter massen nach** inter Conjuges per matrimonium **nicht nur ein individuum** vitæ consortium & animorum conjunctio contrahirt, **sondern auch zugleich** tacite **eine** bonorum communio **und** societas constituirt **wird**

J. P. W. *part. 3. tit. 7. §. vvann Eheleuth. &c.*

Cujus societatis vigore sicut ab alterutro 35
vel utroque eorum acquisita durante matrimonio, nullo discrimine facto, an unus ex ipsis plura bona, pluresque operas aut majorem industriam & diligentiam contulerit, inter ipsos communia reputantur, ita econtra debita societatis occasione, aut ob communem rei familiaris utilitatem, contracta, inter eosdem communicantur, ut æqualiter in acquæstus defectu ex illatis etiam dissolvenda veniant.

J. P. W. *p. 4. tit. 4. §. nemlich vvann die Schulden &c.*

Et si unus plane nulla, aut ad sui æris alie- 36
ni partem solvendam non sufficientia, habeat bona, pars altera sufficientia possidens æs alienum totum ex propriis bonis solvere cogatur.

docente Besoldo *ad Jus Prov. Wirtemb. Disp. 4. th. 28.*

Ja sie scheinet 3.) auch, den gemeinen, im Reich heutiges Tags überall üblichen Rechten nach, sich durchaus von Bezahlung dieser Schuld nicht zu entziehen können, oder dessen befugt zu seyn, ferner der Ursach

quia communis Dd. sententia est, uxo- 37
rem contra Juris Romani dispositionem in

tit. C.

tit. C. ne ux. pro marito &c. hodie omnino pro marito teneri, ſimulque cum marito debita ſolvere neceſſe habere, quando eadem eſt mercatrix, cum marito communem negotiationem exercens, ita ut nec ipſa hoc caſu beneficio SCti Vellejani, & Authenticæ: Si quæ mulier. C. de SCt. Vell. uti poſ-
38 ſit. Hoc ipſum autem à plurimis etiam extenditur ad uxores Cauponum, piſtorum, lanionum &c.

vid. Gail. *2. O. 90. num. 5.* Coler. *dec. Germ. 31.* Hering. *de fidejuſſor. c. 7. n. 408.* Tabor. *in addit. ad Colleg. Jur. Arg. tit. ad SCt. Vellej. th. 5. num. 22.* Dn. D. Rebhan. *Diſſ. de Uxor. Mercatrice th. 12. ſeqq.*

39 Deme nach ſie Steebin, als eine Wirthin, ſo mit dem Mann die gemeine Wirthſchafft geführet, und was ſeine Handthierung erfordert, mitgetrieben, auch nicht weniger Nutzen und Frommen in gemeiner Haushaltung und Wirthſchafft von dem fürgeliehenen Gelde gehabt als der Mann, neben ihm mit von dem ihrigen ſothane gemeinſam gemachte Schuld auch zu bezahlen ſchuldig zu ſeyn in allwege ſcheinet.

Welches 4.) ſo eher ſcheinet ſtatt zu finden in hoc noſtro caſu, weil ſie Steebin ſich expreſſe des SenatusConſulti Vellejani & Authent. Si qua mulier. C. de SCt. Vell. begeben, und ſothanen beneficiis, uff vorhergehenden gnugſamen Bericht, ſciens prudens renuncirt;

Und zwar 5.) ſolche renunciation jurato geſchehen in der letztern über die 450 Reichsthaler aufgerichteten Obligation, da die Worte ausdrücklich alſo lauten: „Für das alles uns „nicht freyen ſoll einig geiſtlich oder weltlich „Recht, Reichs-Abſchied, Land-Recht oder „Ordnung, Gnad, Indult, Anſtands-Brief, „Gebott, Verbott, Brand, Raub, als wel„chem allen wir ſammt der Einred Betrugs, „Nichtigkeit, Vernachtheilung, Irrthum, „Zwangs, und ſonderheitlich ich, das Weib, „den dem Weiblichen Geſchlecht zu gutem „eingeführten Rechten, und Auth. Si qua mu„lier C. de SCt. Vell. deſſen ich gnugſam be„richtet worden, wie nicht weniger allen und „jeden andern exceptionibus, beneficiis und „Rechten, ſammt den Rechten gemeiner Ver„zeihung, uns gäntzlich verziehen und begeben „haben wollen, **alles bey unſern wahren Worten, Treu und Glauben, an Eydesſtatt, ſo wahr uns GOtt helffe.**

40 Denn ob ſonſt wohl hefftig contrpvertirt wird: Ob die renunciatio SCti Vellejani & Authent. Si qua mulier. extrajudicialis & ſimplex gültig und beſtändig ſey? negantibus id ipſum

41 Covarruv. *in c. quamvis. de pact. in 6. part. 2. §. 3. num. 5.* Gomez. *tom. 2. var. reſol. c. 13. num. 17.* Zœſ. *ad tit. ff. de SCt. Vellej. n. 17.* Donell. *Comm. lib. 12. c. 32.* ibique Hilliger. Bachov. ad Treutl. *v. 1. D. 25. th. 4. lit. E. & F.* Vinn. *lib. 1. qu. ſel. c. 48.* Weſembec. *tit. de SCt. Vell. num. ult.* Hering. *de fidejuſſ. c. 7. num. 467. ſeqq.* & aliis quos longo agmine adducit ac ſequitur Berlich. *p. 2. concl. 19. num. 19.*

affirmantibus econtra rectius 42

Hœnon. *Diſp. 1. ad reg. jur. in l. 2. q. 4.* Hahn. Ludwell. & Schleiffio ad Weſenb. *tit. de SCt. Vellej. num. 9.* Gail. *2. O. 77.* ibi Græv. & Eberh. Fabricius *in repet.* Struv. *Ex. 21. th. 10. num. 3.* Frantzk. *ad tit. de SCt. Vell. num. 29.* C. J. A. *eod. tit. th. 5. num. 15.* Rittershuſ. *ad Nov. p. 3. c. 4. num. 7.* Cludio *de condict. indeb. cap. 8. num. 87.* Fachin. *2. controv. c. 60.* Carpzov. *de jur. fœm. ſing. dec. 4. poſ. 2.* B. D. Lauterbach. *de SCt. Vell. §. 2. num. 6.*

Quia 1.) textum habemus expreſſum in 43
l. ult. §. pen. C. de SCt. Vellej. ubi cautio de non utenda exceptione SCti Vellejani à muliere, antequam ad judicium iverit ſive extra jus aperte exigitur. *add. l. 21. C. eod.*

Regula 2.) communis eſt, quemlibet fa- 44
vori pro ſe introducto renunciare poſſe
l. pen. C. de pact. ibique Gloſſ. l. 46. ff. eod. l. 41. de minor. c. 16. de regular. & tranſeunt. ad relig. c. 6. de privileg.
ne alias invito beneficium detur
l. 69. de reg. jur.

Hinc Plinius hanc eſſe ait Principalium beneficiorum ſummam, ſi illis & non uti liceat.

in Paneg. Traj.

In favorem autem mulierum SCtum Vellej. introductum eſſe paſſim leges docent
vid. *l. 1. §. 2. l. 2. §. 2. 3. ad SCt. Vellej. l. 40. de cond. indeb.*

Argumentum haud infirmum 3.) ſuppe- 45
ditat
l. 8. §. 10. ad SCt. Vellej. ubi mulier ſolutionis condictioni renunciat, quam tamen præcipuum SCti effectum eſſe patet *ex l. 8. §. 3. d. t. d. l. 40. de cond. indeb.* Si igitur effectui renunciare poſſit, cur juri renunciare prohibeatur? jus enim ſine effectu verbis non rebus impoſitum cenſetur reque ipſa nullum eſt. *l. 2. in fin. C. commun. de legat.*

Accedit 4. quod tacita mulieris renunciatio valeat, quando ſcil. exceptionem SCti Vell. omittit
l. 11. ad SCt. Maced. l. 14. de publ. in rem. act. l. 22. C. ad SCt. Vell. ubi mulier poſt biennium efficaciter intercedit, quod nihil aliud quam ipſo facto beneficio renunciare eſt.

Si ergò tacita & ex facto præſumpta renunciatio ſufficit, multo magis expreſſa, ſimplex etiam & extrajudicialis, efficax erit, ne alias expreſſi minor vis ſit quam taciti
l. 195. de Reg. jur. ibi Dd.

46 Quæ sententia eo magis amplectenda, quod in praxi recepta
teste Gailio *2. O. 77.* & aliis à D. Lauterbachio *d. l.* allegatis add. Galleratus *de renunciat. cent. 1. renunc. 62. n. 6.*
Modo tamen renunciationem hanc mulieris certioratio præcedat, qua quid commodi SCti Vellejani beneficium contineat, & qua prærogativa suffultum sit, probe edoceatur mulier
Gail. *d. O. 77. n. 1.*

Obwohl aber, sagen wir, diß noch controvertirt wird, ob die renunciatio simplex & extrajudicialis SCti Vellej. & d. Auth. gültig sey? und es einige negiren, so seynd doch die Dd. fast alle darinn einig, daß die renunciatio
47 jurata in allweg beständig sey, und das Weib dadurch gäntzlich von dem Genuß solcher beneficiorum excludiret werde, also cum effectu zu Bezahlung deren Schuld, dazu sie sich für oder mit und neben dem Mann obligirt hat, belangt und angehalten werden könne.
Hunn. *in Encyclop. Jur. univ. p. 3. tit. 6. cap. 3. n. 3.* & ibi allegati. Gallerat. *d. renunc. 62. n. 8.*

48 um so mehr, weil, der gemeinen Rechts-Lehr nach, auch solche Krafft und Würckung hat die blosse Intercession eines Weibs, wann sie Juramento confirmirt ist, obgleich specialiter dem SCto Vellejano & Authent. si qua mulier. C. de SCt. Vellej. nicht renunciret worden.
arg. c. 9. de jurejur. ubi simpliciter nulla facta renunciationis mentione mulier fidejubens juramento, obligatur. *j. c. 28. eod. c. 2. de pact. in 6.* Frantzk. *ad tit. de SCt. Vell. n. 27. 28.* Struv. *Ex 21. th. 10. n. 5.* Fach. *l. 2. contr. 61.*
Nam etsi JCivili juramentum actui adjectum
49 illum in se invalidum validum haud reddat ac firmet, sed naturam actus sequatur, adeoque prohibitæ mulieris intercessioni additum minimè sit obligatorium,
arg. l. 5. C. de Legib. l. 7. §. 16. de pact.
50 tamen de Jure Canonico omnino subsistit, quippe quo omne juramentum in alterius præjudicium non redundans, nec in dispendium salutis æternæ vergens, servari jubetur.
d. c. 28. de jurejur. c. 2. de pact. in 6.

Aber dessen allen ungeachtet können wir keinesweges sehen oder erachten, daß sie Steebin, wann sie sich mit Begebung des acquæstus conjugalis ihrer Weiblichen Freyheit bedienen wolte, wider ihren Willen könte oder möchte gedrungen und angehalten werden diese Schulden quæstionis von dem ihrigen mit zu bezahlen.
Denn es ist in Unsern Fürstlich Würtemb.
51 Land-Rechten per regulam klar versehen und constituirt; daß keine Weibs-Person, so Fürstl. Würt. Obrigkeit unterworffen und in der Ehe ist, sich für ihren Ehemann, um Schulden oder in andern Contracten und Handlungen verbinde, und da wider solche Satzung in einigen Weg gehandelt, solches keine Krafft noch Würckung haben solle.
52 *F. P. W. p. 2. tit. 29. pr.*
allwo durch die verbottene Verbindung eines Eheweibs für ihren Ehemann um Schulden oder in andern Contracten und Handlungen nicht nur allein die Fidejussion eines Eheweibs für ihren Mann verstanden wird, sondern quævis obligatio, quæ quocunque modo in mariti favorem tendit, ita, ut uxor per dictam 53
constitutionem prohibeatur se suamque substantiam pro marito non tantum propter ejus æs alienum & debita, sed etiam in aliis quibuscunque contractibus, causis & negotiis, tam principalibus, quam accessoriis, obligare, sive id fiat pro marito fidejubendo & intercedendo, sive se solam pro rea constituendo, sive simul cum marito sese suasque res in eodem instrumento obligando, atque ita simul se debitores principales constituendo, nam nec talis obligatio quoad uxorem vel ejus res sustinetur, sed ipsâ subductâ maritus solus tenetur, uti sic textum declarat
Wibelius *de contr. mulier. c. 5. n. 38. seqq.*

Nun wird zwar diese Regul limitirt: Es 54
wäre denn, daß sie, das Eheweib, es aus freyem und gantz ungezwungenem Willen, und gemeiner Haushaltung zu Gutem thäte, solches auch vor Gericht genugsamlich erscheinte ꝛc. Allein wann vi hujus in textu additæ limitationis das Weib, sich entweder allein oder zugleich mit dem Ehmann in eodem instrumento obligirend gehalten seyn solle, müssen folgende sex 55
requisita conjunctim vorhanden seyn.
1. ut obligatio ex libera, minimeque coacta 56
voluntate procedat
d. tx. ibi: *Es wäre denn, daß sie es aus freyem und gantz ungezwungenem Willen thäte &c.* & rursus *in §. ferner &c.* ibi: *So sie aber einen Ehemann hätte, und gezweiffelt würde, ob sie zu solchem Fürnehmen durch ihren Mann gefährlich beredt oder gezwungen worden &c.*
2. contractus vel negotium illud, cujus no- 57
mine uxor cum vel pro marito se obligare præsumit, in utilitatem & commodum communis rei familiaris manifestò tendat,
d. tit. 29. pr. ibi: *und gemeiner Haußhaltung zum Besten thäte, solches auch vor Gericht gnugsamlich erscheinete &c.*
Quod non præsumitur, sed creditorem probare oportet, contractum vel negotium, propter quod uxor se obligavit, in ipsiusmet uxoris aut liberorum suorum utilitatem evidentem celebratum fuisse.
d. t. 29. pr. ibi: *Der Schuldner möchte dann bewveisen, daß der Contract oder Handlung, darum das Weib sich verbunden, zu ihrem und ihrer Kinder scheinbaren Nutzen gereicht hätte &c. convenienter textui in Nov. 134. c. 8. in fin. & Auth. si qua mulier C. ad SCt. Vellej.*

Neque hoc satis probatum censebitur extrajudiciali, in ipso instrumento, in quo una cum marito se obligavit, facta, confessione uxoris, quia quâ facilitate se obligavit, eadem etiam id confessa intelligitur metu & amore viri, si igitur sola mulieris confessio

ad

ad hoc probandum ſufficeret, parum utilis eſſet proviſio d. Authenticæ. Si qua mulier, & hinc notanter etiam in J. P. W. d. pr. dicitur: und ſolches auch vor Gericht genugſamlich erſcheinte.

58 3. requiritur ut obligatio fiat coram ordinario judice, in loco judicii,

modo citatis verbis: *Solches auch vor Gericht &c.* item §. *ferner vvollen vvir auch &c.* ibi: *durch unſerer Amtleut und Gericht Erkanntniß &c.* & rurſus ibi: *ohn unſer Amtleuth und Gericht Erkanntniß &c.*

59 4. authoritate atque conſenſu curatoris ipſi à Magiſtratu conſtituti

d. §. *Ferner &c.* ibi: *Solle ihr ein Vogt, durch unſerer Amtleut und Gericht Erkanntniß &c.* & ibi: *in dieſem Fall iſt ihres Ehvvirths Bevvilligung nicht genugſam, ſondern ſoll ihr inſonderheit auch ein Vogt gegeben vverden*, ubi verbum *ſoll* parendi neceſſitatem importat.

60 5. requiritur, ut certiorata de beneficiis ſuis iisdem expreſſe renunciaverit.

61 & quidem 6. ſub præſtatione & promiſſione fidei loco juramenti in loco judicii, mit Angelobung an eines leiblichen oder geſchwornen Eides ſtatt an Gerichts-Stab, ſicut hoc Praxin & uſum fori Wirtembergici Practicum probare notat

Wibelius *de contract. mulier. cap. 5. n. 134.* in antecedentibus hæc requiſita latius explicans & ſubjiciens, ſemetipſum non ſemel ejusmodi actibus interfuiſſe, ubi hæc ſolennitas moribus introducta ita fuerit obſervata.

62 Weil es nun hierfals an unterſchiedlichen dieſer Requiſitorum, inſonderheit an dieſem, daß die Obligatio Annâ Reginâ Steebin nicht coram ordinario Judice in loco judicii geſchehen, noch ihr ein anderer Curator à Magiſtratu conſtituirt, cujus conſenſu ſie ſich mit und neben dem Manne für dieſe Schuld obligirt, die renunciatio SCti Vell. & Authent. ſi qua mulier. C. de SCt. Vell. auch nicht in judicio geſchehen, ſo kan anders nicht folgen, als daß dieſe Obligation, ſo viel ſie des Johann Steeben Ehefrau betrifft, ohn Krafft und Würckung ſey, noch ſie vermöge deren wider ihren Willen möge oder könne gezwungen werden, etwas daran von dem ihrigen zu bezahlen, da ſie ſich mit Begebung des acquæſtus conjugalis ihrer weiblichen Freyheit bedienen wollte, falls des mariti bona zu Bezahlung der viel gemachten Schulden nicht zulänglich wären.

arg. d. tit. 29. pr. ibi: auch da wider dieſe unſere Satzung in einigem Weg gehandelt, ſolches keine Krafft noch Würckung haben ſolle, & traditorum a Wibelio *d. c. 5. n. 156.* ubi ita: Hæc ita

63 vera ſunt, ut ſi iſta omnia & ſingula non probe, ſtrictim & ad unguem in interceſſionibus, obligationibus & renunciationibus mulierum obſerventur & adimpleantur, atque adeo adverſus Principis noſtri Sereniſſ. Conſtitutionem hancce ullo modo ageretur, quidve quovis prætextu præſumeretur, id nullam vim, nullum robur, nullum effectum obtinere atque ſortiri debeat, juxta tx. apertiſſimum in *pr. tit. 29.* J. P. W. *p. 2.* ſed ita eſſe, ac ſi neque factum quicquam, neque ſcriptum eſſet, h. e. ipſo jure nulla eſt obligatio, ita ut non ſit opus ulla exceptione. *Nov. 134. c. 8. & Auth. Si qua mulier. C. ad SCt. Vell.* maxime quia præſenti Conſtitutioni Wirtembergicæ ſubjecta eſt diſertè clauſula Caſſatoria & annullativa quæ facit ceſſare & irritat.

Und hierwider verfangen nichts die oban- 64
geführte rationes dubitandi, denn ſo viel die erſte belangt, ſo iſt zwar nicht ohne, quod ſi maritus & uxor in uno inſtrumento, tanquam duo rei debendi, ſeſe principaliter obligaverint, & manifeſte probatum ſit, pecuniam in propriam uxoris utilitatem ſive commune commodum verſam eſſe, uxor omnino quoque teneatur ad debiti illius ſolutionem, per jura & authoritates ibi allegatas; Aber daß ſolches per uxoris confeſſionem in Inſtrumento, quo ſe una cum marito obligavit, factam, manifeſte probirt werde, iſt ein poſtulatum oder præſuppoſitum. welches negiret wird.

Communiter enim Dd. ex Authent. Si 65
qua mulier. C. de SCt. Vellej. colligunt, quod ſi uxor & maritus fateantur pecuniam ſe ambos recepiſſe & in communem utilitatem vertiſſe, pecunia tamen ad maritum ſolum perveniſſe præſumatur, hinc alio modo id creditor evidentius probare teneatur.

Brunnem. *ad d. Auth. n. 7.* poſt Bartol. Alberic. Bald. Paulum de Caſtro, Salicetum ibid. Petr. Barbos. *ad l. ſi eum dotem. 23. §. transgrediamur. ff. ſolut. matrim. n. 38.* Gallerat. *de renunc. cent. 1. renunc. 63. in fin.*

Belangend die andere, ſo iſt ebenmäßig zwar nicht ohne, daß eine Ehefrau ex natura ſocietatis bonorum in Ducatu noſtro inter conjuges obtinentis ad æris alieni ſocialis, a ſolo etiam marito contracti, ſolutionem, in defectu acquæſtus, ex allatis quoque, pro parte tamen tantum, non in ſolidum, licet maritus nulla habeat aut re- 66
linquat bona, (ut contra Beſoldum allegatum docte probat B. D. Lauterbach *in diſp. de Ære alien. in ſociet. conjug. contract. ſolvend. th. 55.*)

faciendam gehalten

arg. §. vvo aber &c. §. dann, & ſeqq. p. 4. tit. 4. Würt. Landr. & eorum, quæ tradit B. D. Lauterbach. *d. diſp. paſſim, inprimis n. 63.*

Aber doch mit dieſem Beding, niſi vel mari- 67
to mortuo hereditatem ejus repudiet, vel vivo eo & concurſu creditorum forte excitato acquæſtui conjugali renunciet, hoc enim facto, nihil de eo ſolvere cogitur, ſed libere dotem & bona ſua allata marito conſequitur.

J. P. W. *p. 4. tit. 4. 5.* ibi Beſold. *th. 26.* Wibel. *de contract. mul. cap. 5. n. 132.*

Ubicunque enim vigore ſtatuti vel pacti

lucra & damna conjugalia dividuntur, nihilominus uxor acquæstui renunciando vel hereditatem mariti repudiando, se ab ære alieno a marito ex causa societatis contracto liberat, & dotem suam cæteraque allata repetit ac sibi integra reservat ex communi consuetudine, de qua testatur post alios allegatus

B. D. Lauterbach *cit. Disp. th. 71. 72.*

Demnach hier der Steebin solch commune muliebri ordini competens ubique fere receptum & Jure nostro Wirtemberg. quoque approbatum beneficium, wann sie sich dessen bedienen wollte, schwerlich würde denegiret werden können.

Was die dritte dubitandi rationem concernirt, wird was de uxoribus mercatricibus sonst gesagt wird, allerdings auf die uxores cauponum, pistorum &c. und also auf gegenwärtigen Fall impertinenter applicirt, denn
68 die allegirte Dd. allein von dem Fall reden, ubi uxor ex professo h. e. ut principalis, suo nomine, publice negotiationis exercendæ, quæstusve liciti faciendi gratia, tabernæ præsidet, sive mercaturam exercet, h. e. merces emit, vendit, permutat, distrahit & contrahit, suo simul lucro & damno, in welchem sie ex jure societatis & negotiationis communis, ob Reip. ex commerciorum securitate provenientem utilitatem das beneficium SCti Vellejani, repudiandæ æreditatis ac renunciationis acquæstus wenig hilfft. Sie Stebin aber hat hierfalls allein ihrer Haushaltung und Arbeit darinn abgewartet, dahero per operas marito in re sua cauponaria præstitas ihren privilegiis und Rechten nichzet derogirt oder benommen.

Mev. *ad Jus Lubec. p. 3. tit. 6. art. 21.*
Wibel. *de contr. mulier. c. 5. n. 123.*
Dn. Rebhan *de ux. mercatr. th. 48. 49.*

69 Uber diß, so wird in diesem unserm Hertzogthum auch obiges nicht einmahl in uxoribus mercatorum attendirt, sondern auch die jenige Weiber, welche gemeine Handlung und Gewerbschafft mit ihren Ehemännern getrieben, werden ihrer weiblichen Freyheit fähig erkennet, wann sie sich derselben nicht ausdrucklich debito modo begeben, und servatis servandis persönlich obligirt, teste

Wibelio *d. l. n. 125. & Disp. de jure prælat. in concursu credit. n. 16.*

Die 4. und 5te schlügen an und fünden statt, wañ der Stebin wäre von der Obrigkeit ein anderer Curator ad hunc actum constituirt, und mit dessen consens die obligation und renunciation dieser dem weiblichen Geschlecht zu Gutem verordneten beneficien vor Gericht geschehen, wie unser Fürstl. Würtemberg. Landrecht erfordert, so aber, da diese requisita unterlassen worden, mögen sie nichts verfangen.

Und ob wohl auch in der letztern Obligation in specie der exceptioni nullitatis renunciret worden, daher es das Ansehen haben möchte, ob hätte Stebin sich der Landrechtl. Constitution und darinn vergönten exceptionis nullitatis, ob non servatam formam in constituenda obligatione, factaque inibi renunciatione beneficiorum muliebrium, nicht zu erfreuen,
quia generalis regula est, quod, ubi actus est 70
nullus favore alicujus, is ita demum nullus sit, si ipse velit

post Gloss. *in l. 2. C. de jur. emphyt.* & plures alios Gallerat. *cent. 1. renunc. 35. n. 8.*

non autem hoc voluisse intelligi potest, quando nullitatis auxilio vel exceptioni expresse renunciavit, sicut hoc fieri potest, cum nullitas continet favorem unius partis, vel ambarum partium, tunc namque ejus vel earum consensu tolli potest

l. 2. C. comm. utriusque jud.

secus atque si nullitas descendit ex defectu substantialium & solennitatum, quibus renunciari non potest.

Gloss. *in d. l. 2.* Gallerat. *d. renunc. 35. n. 9.*

So halten wir doch auch diese renunciation 71
exceptionis nullitatis vor nichtig und unkräfftig, ob defectum Curatoris alîus, welchen sie Stebin hätte haben sollen, wann diese renunciation cum effectu valide geschehen sollen.

Wollten solches ꝛc. Actum in Collegio nostro den 13 Nov. 1688.

Als auch anbey verlanget worden, daß wir a part an die Hand geben möchten

Quo remedio Juris; quo judice, und auf 72
was Weise der Hr. Creditor, Hr. Obrist Quirinus von Hohnstädt, am füglichsten zu seiner Satisfaction gelangen, hingegen den ferners besorgenden langen Umzug evitiren könne?

So fügen wir hierauf zu dienstl. Nachricht zu vernehmen, daß Hr. Creditor kein anders ordinarium remedium Juris, als condictionem certi ex mutuo die Zahlung zu erlangen habe, weil aber Stebe die Instrumenta schon judicialiter recognoscirt, und sich zu der Schuld bekennt hat, ist es keines ordinar Process nöthig, „ sondern weil zumaln all sein Haab und Gut, „ Gegenwärtiges und Zukünfftiges zum wahren „ Unterpfande in der letztern Obligation für die „ 450 Rthlr. eingesetzt ist, solches im Anstandsfall „ ohn- oder mit Recht, vor jedem geist- und „ weltln. oder auch ohne Richter, anzufallen, zu „ verkauffen, oder selbst vor Zahlung anzunehmen, mag Hr. Glaubiger nach Belieben gewisse Stück von seinem des Steeben Vermögen de- 73
signiren und Implorato judicis officio bitten, ihn darein einzusetzen, und zu erlauben solche zu verkauffen, und sich von dem erlößten pretio bezahlt zu machen, juxta

§. *So dann der Glaubiger nicht &c. seq. p. 1. tit. 75.* J. P. W. *pag. 205.*

Um so mehr weil die Clausula, mit- oder ohn 74
Recht, der Obligation expresse inserirt, quæ creditori concedit, ut pro arbitrio l. ordinarium Juris Processum instituere, vel illo omisso mandata executiva de solvendo debitum vel dimittendo hypothecam decerni petere possit, & hac posteriori via electa Judex Imploratus teneatur citra Processum ordinarium

um vi hujus clausulæ & authoritate Recessus Imp. Deputat.

de anno 1600. §. 32.

vel mandata sine clausula adversus debitoris personam decernere, quibus ille statim solvere jubeatur, vel creditori possessionem pignorum adjudicare.

Roding. *Pand. Camer. lib. 1. tit. 12. n. 45. pag. 177.*

75 Quin respectu debitoris is etiam est singularis ejus effectus, quod ipse obstrictus sit ad præstandam patientiam creditori volenti vel sine vel cum decreto Magistratus ingredi possessionem pignorum, ut scil. sine impedimento ejus illam capere possit, idque ea quoque ratione, quia hæc clausula æquiparatur Præsidis jussioni

l. pen. C. de pign. act. l. 9. C. solut. matr. l. 1. C. si in causa jud. pign.

illi[illegible]entem, qui intrat possessionem ex de[illegible]is, nulla debet fieri molestia vel

tum

[illegible]rq. vel amitt. poss. l. 13. §. 6. 7. [illegible]r. l. 1. & t. t. ff. ne vis fiat ei qui [illegible]. miss.

Richter aber zu kommen, so kan Hr. weil Steben, ob er gleich von hier nnoch das Burgerrecht aufbehalten dem hiesige Stadt der locus con-, da er Steb annoch einige unbeüter ligend hat, des allhiesigen Richters officium nochmahlen imploriren und missionem in die hier ligende Güter bitten, sollte denn der Richter allhier nicht zur Hand gehen, 77
und justitiam administriren, könnten Ihro Hochf. Durchl. angelanget werden, daß sie die Sach vor das Hochf. Hoffgericht remittirten.

Belangend den modum, wie Hr. Creditor am füglichsten zu seiner Satisfaction gelangen, hingegen den ferners besorgenden Umzug evitiren könnte, so ist derselbe bereits bey dem ersten membro an Hand gegeben worden, dazu wir nur noch dieses thun, daß falls Hr. Creditor sähe, daß Steb gegenwärtig nicht das Vermögen, daß die Bezahlung daraus zu gehaben wäre, ein ehrliches aber noch von seinem Vatter 78
gewiß zu hoffen hätte, er sich wohl versehen möchte, daß er nicht durch starckes urgiren und treiben etwa Ursach gebe, daß der Vatter ihn debitorem bona mente exheredire oder præterire, und die Encket zu Erben einsetze. Zu dem Ende, damit nicht sein, des debitoris, zu empfangen habendes Erbtheil nur den Creditoribus zu gut komme, und die Enckelin also sich dessen nie zu erfreuen hätten, wie dergleichen Consilium den Eltern eines in Schulden vertiefften Sohns zu faveur dessen und dessen Kinder suppeditiren

Carpzov. *p. 3. c. 9. def. 11. n. 4.* Richter. *p. 1. dec. 41. n. 47.*

Wollten gleichfalls dieses ꝛc.

Actum in Collegio d. d. 13. Nov. 1688.

CONSILIUM XXXI.

Agens DE

puo Mariti & aliis hæreditariis prætensionibus. Et quomodo larta legitima; ut & impensæ in res uxoris factæ in hæreditate deducendæ.

SUMMARIA.

estio de præcipuo mariti modum excedente proponitur.

re Würtemb. marito præcipuum deur per text. expressum.

ui textus tamen pro ratione circumstantiarum moderationem admittit.

4. usque 8. Quonam casu ostenditur, & ad casum applicatur.

9. Cautela.

10. Quæstio II. de re donata hæreditaria & alia ad præcipuum mariti pertinente.

11. Res in hæreditate adhuc existens ab uxore marito donata aut per testes vel instrumenta aut tactum baculi judicialis juramenti loco probanda erit.

12. Donatio inter virum & uxorem pro lubitu revocari potest.

13. Quidnam pars & accessio vestimentorum dicatur?

14. Æs alienum sociale in conjugali societate contractum, ex communibus bonis solvendum est.

15. Tertia quæstio in qua idem fere casus qui in secunda quæstione num. 10. proponitur & deciditur.

16. Quæstio IV. an Viduus allata sua absque omni solutione æris alieni constante matrimonio contracti de Jur. Würt. deducere possit?
Et quid ex testamento facto præsumatur?

17. Primum membrum negatur.

18. Ex ratione allegata.

19. 20. Et communi observantia, junctaque juris regula.

21. Secundum membrum etiam negatur.

22. usque 27. Per rationes ad substratum casum applicatas:
Quod enim testator non disposuit præsumitur noluisse.

28. & 29. Ad dubium: quod legitima ab omni onere libera esse debeat: respondetur.

30. Legi-

30. *Legitima enim titulo legati relicta tantummodo libera esse dicitur.*
31. *Quod vero in nostro casu negatur.*
32. *Ratio hujus quia hodie tacita etiam vel implicita hæredis institutio subsistit, modo bona consequentia inde possit colligi.*
33. & 34. *Applicatio.*
35. *Quinta quæstio: quomodo quarta legitima sit deducenda?*
36. *Quarta legitima non nisi deducto ære alieno & funeris impensa intelligitur.*
37. 38. 39. *Probatur per claram LL. dispositionem.*
40. & 41. *Analogiam quartæ Falcidiæ.*
42. *Et per Præjudicia.*
43. *Ut & textum expressum Juris Würtembergici.*
44. *Valet omnino argumentum deductum a legitima liberorum vel Parentum ad legitimam conjugum.*
45. *VI. quæstio proponitur.*
46. *Quilibet contra rei æstimationem excipere & ut de novo res suo periculo æstimetur, petere potest.*
47. 48. 49. *Maritus in prædium ab uxore allatum impensas faciens quanti res de præsenti inde meliorata est, non quod impensum, deducit.*
50. *Quod & in venditione, permutatione, rei in solutum datione &c. observatur.*
51. *Ratio hujus.*

Als uns Endssubsignirten beygehende Facti Species sammt Beylagen à Num. 1. usque ad Num. 7. jüngster Tagen übergeben worden, um unser rechtliches Gutachten über die deroselben angehängter Fragen förderlichst in Schrifften mitzutheilen, haben wir nicht unterlassen, so bald es wegen resp. zugestossener Unpäßlichkeit und fürgehabter Reise seyn können, solche unter Handen zu nehmen, mit Fleiß zu durchgehen, alles wohl zu erwegen und uns in darüb gepflogener Berathschlagung nachstehender Meynung zu vergleichen, wie bey einer jeden Frage absonderlich folget, und zwar so viel die

Erste Frage:

1 **Ob dem Viduo der völlige kostbahre Handwerckszeug, welcher, wie im Inventario fol. 18. zu sehen, ausserhalb der zwey unter seinem Zubringen begriffenen Kessel und der verehrlich bekommenen Preß sammt der Mang, auf 475. flor. 52. kr. sich erstreckt, und ererst währender Ehe, wie wohl vermuthlich, einig und allein von des Weibs beygebrachten Vermögen (weil keine Errungenschafft, wovon solcher hätte können erkaufft werden, vorhanden,) zu seiner nicht geringen** avantage **also kostbarlich erkauft worden, ohne einige** moderation **als ein freyer Voraus verbleiben könne?**

belangt, so erachten wir, daß in allewege einige moderation hierinn zu thun, und der viduus nicht berechtiget den **völligen kostbahren Werckzeug**, so sich auf 475. flor. 52. Kr. erstreckt, und währender Ehe von des Weibs Zubringen also kostbahr erkaufft und gemacht worden, als einen freyen Voraus zu prætendiren.

2 Denn ob zwar in Jure Prov. Würt. *p. 4. tit. 4. pag. 438. rubr. von des Manns Voraus*

„ expresse cavirt, daß nach Entrichtung der „ Schulden ein Ehemann neben seiner zur Zeit „ des Weibs Absterbens vorhandenen Klei„ dern, Kleinodien und andern zu seinem Leib „ gehörigen Sachen, nach Gelegenheit der Per„ son, seine Bücher, raisige- oder Leibpferd, Ge„ wehr und Harnisch, Werckzeug und was der„ gleichen Stück sind, zu des Manns Stand, „ Wesen oder Handthierung fürnemlich gehörig, „ wie nicht weniger sein zugebracht Heyrath- und „ ander Gut, auch was er von seiner Linien her „ ererbt, oder sonsten ihme vermacht, verschafft „ und zugefallen, als das Seinig zum voraus „ jure separationis hinweg nehmen möge; So 3 halten wir doch, daß solches nicht so nude und crude anzunehmen und zu verstehen, sondern gar wohl à prudenti judicis arbitrio, a jure & secundum ejus normam regulato, ex præscripto

l. 1. ff. de usur. c. judices. 4. caus. 3. q. 7. l. 30. ff. de oper. libert. vid. Cagnol. *in l. 8. ff. de reg. jur.* Card. Tusch. *lit. A. concl. 470. num. 2.* Menoch. *Cons. 69. num. 4. 5.*

pro ratione circumstantiarum einige moderation leide. Gestalten 1.) wie, wann der 4 Mann nach des Weibs Absterben zu seinem Vortheil von gemeinem Gut auf seinen Leib was machen lassen, er solches nicht jure præcipui wegzunehmen befugt; Also scheint es gleichfalls billig zu seyn, daß ihm denjenigen kostbahren, auf etlich hundert Gulden sich erstreckenden Werckzeug, so er in währender Ehe zwar, doch von des Weibs zugebrachtem Vermögen, ohne daß er zu Treibung seines Handwercks oder erlerneten Kunst eines so kostbahr erkaufft- und angemachten Werckzeugs des Orts, da er gelebet, noch zur Zeit vonnöthen gehabt, einig zu seiner avantage und gesuchten Vortheil, hergegen zum Præjudiz des Weibs angeborner Erben erkaufft oder machen lassen, zum voraus hinwegzunehmen nicht gestattet und zugelassen werde, inmassen sonst zugelassen würde, sich mit eines andern Schaden zu bereichern, welches der natürlichen Billigkeit durchaus zuwider.

Hæc enim pati nescit, ut quis se cum alterius jactura & detrimento locupletiorem reddat, divino namque pariter ac naturali jure constitutum est, neminem cum alterius jactura locupletiorem fieri debere.

l. 14.

l. 14. ff. de condict. indeb. l. 206. de reg. jur. c. 48. eod. in 6.

hinc & gentes illud agnoverunt, ut ex illo Ciceronis patet: Contra naturam eſt, hominis incommodo ſuum augere commodum

Lib. 3. offic.

alibi his verbis: Illud natura non patitur, ut aliorum ſpoliis noſtras facultates, copias, opes, augeamus, repetito, imo & ex ipſis citatis legibus, quæ ex ſcriptis Pomponii JCti Ethnici deſumptæ ſunt; atque in tantum deteſtatæ ſunt, ut paria cenſuerint dolum committere & cum alterius injuria locupletari.

l. 17. §. 4. ff. de inſtit. act. l. 1. §. pupillum. ff. depoſ.

Non poteſt igitur Jus Provinciale ita capi ac intelligi, ut marito permittat ex uxoris bonis cum evidenti heredum ejus injuria ſe locupletiorem reddere.

5 Und gleichwie 2.) wann der Ehemann ein Bauer- oder Fuhrmann iſt, vier oder mehr Roß, Zug-Ochſen oder Stier hat, davon nur zwey, da er aber allein 2 oder 3 Roß, Zug-Ochſen oder Stier hat, nur 1 Roß, Zug-Ochſen oder Stier, nicht aber alle, zum Voraus hinweg nehmen kan, alſo iſt dem Landrechten unſers Ermeſſens durchaus nicht zuwider, ſondern erſt gemäß, wann einem Handwercks-Mann, der einen koſtbahren gröſſern Werckzeug als er bedürfftig, und vonnöthen hat, nicht von ſeinem, oder dem Errungenen, ſondern ſeines Weibes Gut erkaufft und machen läßt, nur zu dem Ende, damit er ſolchen, zu Nachtheil ihrer Kinder und Befreundten, im Fall ihres Vorabſterbens zum Voraus wegnehmen möge, ſothaner Werckzeug auch nicht gantz, ſondern zum Theil allein, pro præcipuo paſſirt und hinweg zunehmen erlaubt wird, denn die Urſach die Sereniſſimum Legislatorem commovirt von vier nur zwey, von zweyen oder dreyen nur ein Roß, Zug-Ochſen oder Stier dem Manne pro præcipuo zu aſſigniren, militirt ebenfalls in hoc caſu wo dergleichen Werckzeug von einem Handwercksmann
6 bedeuteter maſſen angeſchafft und erkaufft worden, iſt auch kein Zweiffel, wann Sereniſſimus Legislator ſuper hoc caſu gefragt würde, er würde gleicher geſtalten reſpondiren, daß nicht der gantze Werckzeug, ſondern allein ein Theil deſſen, dem Mann zu ſeinem Voraus angedeyen ſolle. Weil es nun hierfalls auch ſothane Bewandtniß hat, daß Friedrich Hauber,
7 Bürger und Schönfärber, einen ſo koſtbahren weit gröſſern Werckzeug, als er diß Orts zu ſeiner Färberey vonnöthen gehabt und bedürfftig geweſen, auf einmahl gleich, und zwar nicht von ſeinem oder dem Errungenen, ſondern ſeines ſeel. Weibes Gut, allem Vermuthen und Anſehen nach, nur zu ſeinem Vortheil, und der Urſach, damit er im Fall ihres Vorabſterbens, dazu er ihro, wie Stadtkündig, mit Schlagen, Stoſſen, Treten und anderer übeln Tractation tapffer geholffen, ſolchen zum Voraus bekäme und wegnehme, erkaufft; So geſchiehet ihm unſers Erachtens gar nicht unrecht, wann ihm deßwegen auch von dem über Noth angeſchafften koſtbahren Werckzeug ſich auf die 475. flor. 52. Kr. erſtreckend, die Helffte, oder wenigſt doch 150. flor. abgezogen, und der maſſæ hereditariæ defunctæ uxoris beygeleget werden.

In ſolcher Meynung ſtärcket uns 3.) was 8 Beſoldus ſchreibet

in Diſſ. ad Jus Pr. W. *p. 4. tit. 5. th. 16.*

Si mulier ad virum attulerit equos, tum nihilominus maritus ſuperſtes ex his equis unum vel plures præcipui loco petere poteſt: ita tamen, ut eorum pretium vel ex acquiſitis ſuppleatur vel ut debitum commune hereditarium ex æquo e bonis defuncti ſuperviventis exſolvatur.

denn iſts recht und billig, ut pretium equorum ab uxore prædefuncta allatorum, qui marito ſuperſtiti loco præcipui cedunt, vel ex acquæſtu ſuppleatur, vel ut debitum commune hereditari ex æquo ex utriusque, defuncti & ſuperviventis, bonis exſolvatur, ſo kan nicht unbillig geſcholten werden, wann auch hier der von des Weibs Zubringen erkauffte ſo koſtbahre Werckzeug dem marito loco præcipui nur halb paſſirt, oder doch wenigſt 150. fl. ihm deßwegen decourtirt und zu der maſſa hereditaria defunctæ uxoris geſchlagen werden. Es wollten denn 9 des Stieff-Söhnleins Pflegere (worzu wir unſers Orts auch aus beſondern Urſachen wollten einrathen) beſſerer Freundſchafft halber und zu Verhütung deßwegen befürchtender Strittigkeit, die er ihnen noch eo nomine möchte moviren, mit Genehmhaltung der Obrigkeit, ihm den Werckzeug gantz pro præcipuo willig paſſiren laſſen, in ſonder Betrachtung, daß gleichwohl ihrem Pfleg-Söhnlein ein nahmhafftes zuwächſt.

Die andere Frage:

Es prætendire Viduus noch ein und 10 andere Stück, als die im Inventario fol. 5. b. geſetzte 13 Loth ſilberne Knöpff, welche von dem Kohler des verſtorbenen Weibes erſten Mann herrühren, und von der verſtorbenen Frauen beygebracht, item 24 Loth anderwärtige ſilberne Knöpff, welche währender Ehe erkaufft und noch um 10 fl. im Verſatz ſind, und zwar die erſtere 13 Loth daher, daß ſie ihm von ſeiner Frauen währender Ehe auf ſeinen Namens-Tag verehret worden, die letztere aber als einen zu ſeinen Kleidern gehörigen Voraus, fragt ſich alſo: ob auch dieſe zweyerley Forderungen, in Anſehung demſelben von allen ſeinen Kleidern, die er doch zimlich koſtbahr machen laſſen, nicht einiges aufgeſchrieben, ſondern zum Voraus ohninventirt gelaſſen worden, ſtatt finden können, oder

ob nicht vielmehr die erstere 13 Loth Kohlerische Knöpff nach dem klaren Buchstaben der Codicillarischen Disposition dem Söhnlein als ein Voraus zugeschieden werden, die andere 24 Loth aber entweder in massa verbleiben oder wo je der Viduus selbige behaupten, er hingegen auch die darauf gelehnte 10 fl. alleinig zu bezahlen übernehmen sollte?

11 Da wir der unvorgreifflichen rechtlichen Meynung seyn, daß die ersten 13 Loth dem Ehemann, wann er erweisen, oder mittelst Angelobung an Eydesstatt behaupten kan, daß sein seel. Frau ihm selbige nach aufgerichteter codicillarischen Disposition auf seinen Namens-Tag verehret habe, gehören; Denn dergleichen Verehr- und Schenckungen zwischen Eheleuthen auf eines oder des andern Namens-Tag werden als erlaubt heutiges Tages passiret, jedoch sind selbige Krafft

Fürstl. Würtemb. Land-Rechtens p. 4. tit. 4. rubr. von des Weibs Voraus. ibi: *So dann, vvas sie in vvährender Ehe von ihrem Ehevvirth geschenckt, vvofern es von dem Mann bey seinen Lebzeiten nicht vviderrufft, als ein beständiges Geschenck, vvann es gleich nicht geringschätzig gefolget vverden.*

12 widerrufflich, daher diese Verehrung, wann sie vor aufgerichteter codicillarischer Disposition geschehen, durch solche wieder aufgehaben worden wäre, weil die seel. Frau darinn expresse disponirt, daß sie ihrem Sohn zu einem rechten, eigentlichen freyen und unstrittigen Voraus verordnet und verschafft haben wolle alle ihre Kleider und Geschmuck, an silbern Gürteln, Muster, Ringen, Brusthacken ꝛc. zusammt und neben NB. denen silbern Knöpffen, auch allem andern Silbergeschmeid, so von ihrem verstorbenen ersten Mann weyland Michel Kohlern seel. herrühre und vorhanden seye. Wäre sie aber nach Aufrichtung des Codicills geschehen, so hätte sie der Codicillarischen Disposition in so weit derogirt. Kan er aber die Verehrung nicht darthun oder behaupten, so gilt und obtenirt der klare pass des Codicills, daß sie unter dem Voraus dem Sohn zugehörig. Von den andern 24 Lothen, so währender Ehe erkaufft, möchte man primo

13 intuitu wohl sagen, daß weil sie tempore mortis uxoris an keinem seiner des Manns Kleider gestanden, sie auch nicht pro parte & accessione vestimentorum ejus, oder als ein zu seinen Kleidern gehöriger Voraus, gehalten und angesehen werden könne,

arg. ejus quod respondet JCtus de palis, qui vineæ causa parati sunt, quod antequam collocentur, fundi non sint

in l. 17. §. f. de act. empt. vend.

& de tegulis, quæ nondum ædificiis impositæ sunt, quod quamvis tegendi gratia allatæ sint, tamen in rutis & cæsis habeantur.

in l. 18. §. 1. d. t.

Aber weil nicht nur die Kleider und was daran wircklich gesetzt, sondern auch die Kleinodien, und was sonst ohngefährlich zu des Manns Leib gehört, zu seinem Voraus gerechnet wird; Diese Knöpff aber er Viduus sonder zweiffel an ein Kleid auf seinen Leib zu setzen, wiewohl über seinen Stand, erkaufft, so möchten sie ihme gleichwohl unter seinem prætendirenden Voraus passiret werden, und zwar solcher Gestalt, daß die drauff entlehnte 10 fl. dafür sie versetzt seyn, nicht à solo marito de suo, sondern ex communi massa bezahlt werden, wann sothane 10 fl. gemeiner Haushaltung zu gut aufgenommen worden, dann solcher Gestalt ist die Schuld ein æs alienum sociale in 14 conjugali societate contractum, wohlfolglich in defectu acquæstus ex æquo ex communibus bonis zu bezahlen, unangesehen dessen, daß die Knöpffe der maritus loco præcipui hinweg nimmt.

J. P. W. *p. 4. t. 4. §. nemlich &c.* B. D. Lauterb. *diss. de ære alien. in societ. conj. contr. solv. c. 3. th. 19.* & post eum Henr. Abrah. Faber. *in diss. Inaug. de Præcipuo conj. c. 6. §. 45. 46.* ubi ambo probant, quod si maritus constante matrimonio equos, bibliothecam, arma bellica, vel similia ad præcipuum ejus pertinentia comparaverit & exinde æs alienum contraxerit, hoc ex æquo ex communibus bonis omnino exsolvi debeat. Sicuti &, si pretium aurearum catenarum, annulorum atque similium uxoris ornamentorum durante conjugii tempore acceptorum adhuc debeatur, id ex acquæstu vel communibus bonis persolvendum.

Die dritte Frage:

Viduus prætendire ferner ein von sei- 15
nem Weibe beygebrachtes Mößin Sack-Uhrlein pro 5. fl. æstimirt als eine Verehrung von seiner Frauen seel. it. als einen Voraus noch weiter

1 neuen Reit-Sattel samt aller Zugehör
" " " " pro 6. fl.
1 paar Stieffel samt den Spohren
" " " " pro 2 fl.
1 paar Pistohl
1 Pulverhorn } pro 3. fl. 10 kr. æstimirt

welches paar Pistohlen von dem Kohler herrühret und unter der Fr. Zubringen begriffen gewesen. Entstehet dannenhero auch die Frage, ob dergleichen Voraus ihm als einem Färber zu passiren?

Hier hat es mit dem Sackührlein gleiche Bewandtniß, wie oben mit den 13 Loth silb. Knöpfe. Die übrige Sachen, zumalen aber die vom Kohler herrührende Pistohlen, könnten inspecto stricto jure zwar sub nomine præcipui von dem Viduo Haubern, als seiner Handthierung nach einem Färber, nicht prætendiret werden, weil sie aber ein Geringes gegen dem andern Vermögen anlauffen, meynten wir, man sollte deßwegen mit ihm nicht viel machen, weil er zumalen, so viel uns wissend, in der Auswahl unter der Reuterey begriffen.

Die

Die vierte Frage:

16 Hiernächst suche er Viduus sein Zubringen ohne Ubertragung einiger Schulden oder Einbuß zu salviren, frage sich also, wann schon im Testament wegen der Schulden keine Special-Verordnung gemacht, ob der Viduus sich der halben Einbuß (als worzu er bekanntlich das Seinige redlich contribuirt) wider das Fürstliche Land-Recht entschlagen könne, und ob die geringste Muthmassung aus der Verstorbenen Testament, daß sie die Intention gehabt, ihren um sie schlecht verdienten Mann, besage ihres Testaments, der Einbuß und Schulden zu befreyen, hervorzubringen seye?

17 Diese Quæstion können wir anders nicht denn quoad utrumque membrum simpliciter mit Nein beantworten.

Dann pro primo sind die Rechte unsers Hertzogthums darinn gantz klar, daß die in wehrender Ehe gemachte Schulden in defectu acquæstus von jedes Ehegemachts eigenthumlichem Gut zum halben Theil sollen erstattet und bezahlet werden, und an der gemeinen Einbuß jedes Ehegemacht den halben Theil leiden.

J. P. W. *p. 4. tit. 4. §. Nemblichen &c. & §. da aber &c.*

18 Cujus ratio in eo consistit, quod in hoc nostro Ducatu per initum matrimonium inter Conjuges non solum individuum vitæ consortium & animorum conjunctio contrahatur, sed simul etiam tacitè bonorum communio & societas constituatur

J. P. W. *part. 3. tit. 7. §. Wann Eheleut &c.*

Illius itaque vigore sicut ab alterutro vel utroque eorum acquisita durante matrimonio, nullo habito discrimine, an unus ex ipsis plura bona, pluresque operas aut majorem industriam & diligentiam contulerit, inter ipsos communia reputantur & ex æquo dividuntur, ita econtra quoque debita societatis occasione, aut ob communem rei familiaris utilitatem contracta, inter eosdem communicantur, ut æqualiter in defectu acquæstus ex allatis etiam dissolvenda veniant vi illius societatis

J. P. W. *d. p. 4. tit. 4. cit. §. nemlich &c.* B. D. Lauterbach. *Disp. de Ære alieno in societ. conjug. contracto solvend. per tot.*

19 Und dieses wird 2. auch in andern Orten also gehalten und observirt, ubi Statutis acquæstus conjugalis conjugibus communis est, & quisque partem ejus capit vi constitutæ inter eos societatis bonorum, ut nimirum tunc etiam quilibet ad solutionem æris alieni pro rata suæ portionis teneatur teste Chassanæo *ad Consuet. Burgund. rubr. 4. §. 9. in pr.* Joachim. Scheplitz *ad Consuet. Brandenburg. p. 3. tit. 2. §. 3. n. 2. seqq.* Coler. *dec. 62. n. 13.* & ita aliquoties responsum fuisse à Lipsiensibus testatur Modestin. Pistor. *p. 1. qu. 3. n. 2.* add. B. D. Lauterbach. *cit. Disp. cap. 2. §. 7. n. 1. & 5.*

Facit pro hac Juris dispositione & observantia 3. quod non ferendus esse dicatur is, qui lucrum amplectitur, onus autem illi annexum subire recusat. 20

l. 1. §. 4. in fin. C. de caduc. tollend.

cum onus separari à lucro nequeat

l. fin. §. 3. C. de furt. vid. latius hoc exornans Mar. Giurba *ad Consuet. Messan. cap. 9. gl. 4. n. 9. seqq.* ubi ex eadem regula infert: Si statuto disponatur, acquisita per conjuges debere esse communia, debita, etiamsi illorum mentio in statuto facta non sit, nihilominus communicari. Quam conclusionem etiam in pactis dotalibus veram esse dicit Anton. Gamm. *dec. Lusit. 200. n. 2.* ita, ut si per ea lucrum utrique conjugum attribuatur, de ære quoque alieno constante matrimonio contracto & damno idem capiendum sit judicium, quia hæc omnis societatis est natura, ut omnis prospera & adversa fortuna communis sit. *l. 52. §. 4. l. 55. ff. pro soc.* Tiber. Decian. *vol. 2. Resp. 85. n. 20.* Did. Covarruv. *lib. 3. var. resol. cap. 19. n. 3.*

Weil dann 4. die Rechtliche Disposition und Observantz darinn klar und unlaugbar, hierfalls aber von der Testirerin in ihrem letzten Willen kein anders gemacht und verordnet, daß nemlich ihr Mann sollte von der durch ihn selbst grösten Theils causirten Einbuß und Schulden befreyet seyn, so bleibet es in allwege bey der klaren Versehung der Rechten und findet hier statt die bekannte gemeine Rechts-Regul: 21

Testatrix quod non disposuit, præsumitur noluisse, maximè, si illud facili negotio exprimere potuisset, si voluisset disponere. 22

Ludov. Baitell. *de ultim. volunt. dec. 12. n. 15.* Menoch. *Cons. 289. n. 18.* Vultej. *vol. 4. Cons. Marp. 54. n. 42.*

Und zwar 5. um so mehr,

quia alias semper quoque disponens & contrahens dispositionem suam juri communi aut statutario conformare voluisse in dubio præsumitur & arguitur. 23

l. 57. §. 1. ff. ad SCt. Trebell. Baitell. *dec. 88. n. 14. dec. 34. n. 4.* Menoch. *Cons. 158. n. 4. Cons. 420. n. 23. & Cons. 999. n. 37.* Joh. Gœdd. *vol. 4. Cons. Marpurg. 19. n. 8.*

6. Ist eine ebenmäßig von alten Juris Interpretibus ins gemein agnoscirte Rechts-Regul: 24

Quod omnis dispositio à mente magis verisimili

similis disponentis declarationem & interpretationem recipiat

Menoch. *Cons. 113. n. 11.*

25 Welcher vernünfftiger Mensch aber wollte und könnte glauben oder ihm einbilden, daß die Testirerin allhier ihren Mann, der ihrer Anzeig nach sie kurtz vor ihrem aufgerichteten letzten Willen, seiner bösen unverantwortlichen Gewohnheit nach mit schlagen und stossen auf den Leib und vor das Hertz so übel und hart tractirt, daß sie davon erkrancket, von dem sie weiter in ihrem Testament schreibet, daß ob sie wohl viel und gnugsame wichtige Ursachen hätte ihrer besitzenden von dem grossen GOtt ihro bescherten zeitlichen Haab und Güter halber eine solche Disposition oder Verordnung zu machen, daß gedachter ihr Mann nach ihrem tödtlichen Hintritt sich einigen Erbes nicht zu erfreuen haben, sondern derselbe nach Maßgab und Zulaß Fürstlich Würt. Land-Rechtens, seines Stadt-kündigen, ungebührlichen, sehr tadelhafften, ja hoch-sträfflichen Bezeugens und Wandels wegen darvon gar und gäntzlichen abgewiesen und ausgeschlossen seyn und bleiben sollte: Jedennoch aber damit sie ihrem Widersacher böses mit gutem vergelte, wolle sie so weit nicht gehen, sondern ihr Christlich Gemüth und Ehe-Treue gegen demselben vorleuchten lassen und demnach ihne ihren Ehemann in den Land-Rechtlichen Pflicht-Theil ausdruckentlich, weiter aber keineswegs ernennet und eingesetzet haben ꝛc. daß, sagen wir, die Testirerin solchen ihren so übel um sie verdienten Mann, der durch sein übeles Hausen die Einbuß causirt, von Bezahlung der Schulden und Ersetzung der halben Einbuß hätte befreyen wollen, vielmehr wird ja ein jeder, der seine fünff Sinne noch vollkommen hat, erachten, daß wann man sie darum gefraget, sie geantwortet, weil er mit seinem unnützen Hausen die Schulden gemacht, und Einbuß verursacht, sollte er sie auch, wo nicht gantz, doch billigst zum halben Theil, tragen und ersetzen.

26 At pro disposito habetur illud, de quo si fuisset interrogata testatrix viva respondisset se ita sensisse.

Menoch. *Cons. 233. n. 4. Cons. 235. n. 29. & Cons. 424. n. 15.*

27 Præsertim cum ne minima adsit conjectura vel ullum præsto sit indicium voluntatis contrariæ ullo signo in testamento declaratæ aut indicatæ.

28 Und obwohl in contrarium möchte angeführet werden, daß gleichwohl die gemeine Rechts-Lehr und ipsa Sanctio Justiniani

in l. 30. l. 32. l. 36. C. de inoff. testam.

haben wolle, quod legitima ab omni onere libera esse, eidemque appositum gravamen pro non adjecto haberi debeat; So ist doch vel Justinianeis novis, aut tyronibus juris bekannt, daß selbige Rechts-Lehr und Sanctio Justiniani allein zu verstehen de onere aut gravamine, quod ex testamento vel ex ulla alia dispositione testatoris oritur

dd. ll.

Ein anders aber ist es mit denen oneribus, 29
quæ ex ipso jure hereditariæ portionis emergunt,

Ea enim haud dubie etiam ad portionem legitimam pertinent, quando ea obtinetur titulo institutionis heredis, sicque jure hereditario, ut hic, cum enim eo in casu legitima sit quota hereditatis, quam in ea institutus tanquam heres jure hereditario accipit, utique ad eum etiam onus æris alieni pro parte, qua est heres in legitima, pertinebit, proque rata hereditatis portione, quam in legitima habet, creditoribus hereditariis tenebitur.

Bachov. ad Treutl. *vol. 1. D. 13. th. 12. lit. C.* Vinnius *lib. 1. quæst. select. cap. 22.*

Quamvis secus sit, si eadem legitima ali- 30
cui ut pars s. quota bonorum, titulo legati obvenit, tum enim illam ita capiens, instar legatarii alius, oneribus & actionibus hereditariis haud implicabitur, sed suam quotam ab hereditate separatam titulo singulari sine omni onere possidebit

Vinn. *d. l.*

Wollte man aber weiters regerendo opponiren, daß hierfalls dem marito der Pflicht-Theil nicht titulo institutionis heredis, sondern nur titulo legati, verlassen, consequenter er, juxta modò dicta, dem oneri æris alieni nicht obnoxius zu seyn scheine, in Ansehung in arti-
„ culo 2do testamenti, da ihm der Pflicht-
„ Theil verlassen, mit keinem Jota des Erbens
„ gedacht und articulus sequens tertius aus-
„ drücklich anfange: So viel hiernächst die
„ Erbeinsatzung, als das wesentliche Hauptstuck
„ und Grundfeste eines jeden zu recht gültigen
„ Testaments belange; So wolle sie zu ihrem
„ rechten wahren ohnzweiffentlichen Erben und
„ Erbnehmen beruffen, ernannt, instituirt und
„ eingesetzt haben, ihr einiges mit ihrem ersten
„ Ehewirth erzeugtes liebes Kind, also und
„ dergestalten, daß auf erfolgendes ihr Ab-
„ leiben, diesem ihrem geliebten Söhnlein all
„ ihr gesammtes Vermögen, (ausserhalb erst-
„ berührten ihrem Mann bestimmten Pflicht-
„ Theils) einig und allein ohne den geringsten
„ weitern Abgang ohne jemands Irrung oder-
„ Eintrag heimfallen, zukommen und verblei-
„ ben solle ꝛc. Daraus zu folgen scheinet, daß keine heredis institutio in vorhergehendem geschehen sey. So ist zwar nicht zu leugnen, daß 31
solches einen zimlichen Schein habe, allein zerfällt es von sich selbst bald, wann man consideriret, daß besag der neuern Rechte die zierlichen und gewissen Wort der Erbsatzungen, so vorzeiten gebräuchlich gewesen, allerdings aufgehaben per

l. 15. C. de testam.

und

32 und nunmehr die Einsatzung des Erben durch allerhand fügliche Wort, da nur ein solcher Verstand etlicher massen daraus zu schöpffen, beschehen und verrichtet werden könne.

Brunnemann, Bart. Baldus & alii Dd. *ad d. l. 15.*

adeò, ut etiam tacita vel implicita institutio subsistat, modo bona consequentia inde possit colligi.

Joh. Dauth. *de hered. instit. num. 333.* Dom. de Magdal. *de numer. test. p. 1. ampl. 12. cap. 15.* Joh. Gœdd. *vol. 1. Cons. Marp. 25. n. 11.*

33 Hier aber sich die Testirerin ausdrucklich der Wort bedienet, daß sie ihren Mann in den Landrechtlichen Pflicht-Theil ausdruckentlich weiter aber keineswegs ernennet und eingesetzet haben wolle; welche Redens-Art sich gantz nicht reimet zu einem Legat, sondern vielmehr eine rechtmäßige Erbsatzung inferirt, gestalten selbe gar nicht bey den Legatis, sondern bey der Erbsatzung üblich, und gebraucht zu werden pfleget. Und hindert nicht, daß in articulo 2do testamenti die Worte: zum Erben, dem Scribenten in der Feder geblieben, denn deswegen die heredis institutio in legitima facta nicht für unkräfftig zu halten

per tx. expressum *in l. 1. §. 5. 6. ff. de hered. inst. verbis:* Si autem sic scribat, Lucius heres, licet non adjecerit Esto, credimus plus nuncupatum, minus scriptum, & si ita Lucius esto, tantundem dicimus &c. Divus autem Pius cum quidam portiones inter heredes distribuisset ita, ille ex parte tota, ille ex tota, nec adjecisset, heres esto, rescripsit valere institutionem, quæ & Julianus scripsit. Item D. Pius rescripsit: Illa uxor mea esto: institutionem valere, licet deesset heres.

34 Ob auch gleich articulus sequens tertius anfängt: So viel hiernächst die Erb-Einsatzung ꝛc. So ist doch daraus gnug zu sehen, daß dieser articulus nur den in der gantzen übrigen Verlassenschafft instituirten Erben von deren in der Legitima allein zum Erben instituirten Ehemann unterscheide, dieser aber ratione quantitatis & portionum hereditariarum unter ihnen constituirte Unterscheid inferirt kein discrimen ratione qualitatis & tituli veri heredis, huicque titulo adhærentis commodi aut incommodi vel oneris hereditarii.

Quod autem alias dicitur, legitimam non deduci nisi deducto prius ære alieno, ex quo sequi videtur, non posse dici, quod onus æris alieni legitimæ titulo heredis instit. relictæ pro rata cohæreat; Non obstat, quia illud non de actuali & reali æris alieni deductione, sed tantum de rationum subductione per calculi positionem & computationem quantum sit in legitima, exaudiendum, ut ex seq. quæstione patet.

Auf die

Fünffte Frage:

35 Ob wider bisherige Theilungs-Praxin der Pflicht-Theil, ehe und zuvor die gemeinschafftliche Passiva von der gemeinschafftlichen Vermögens-Substantz abgezogen, des Vidui Gesuch nach, könne und solle untersucht werden? Und ob nicht billig auf den Schlag hienach angehengten Projects zuforderst die Einbuß zu erlernen, die Helffte von der Verstorbenen Beygebrachtem zu defalciren, und alsdann ererst von dem residuo die legitima zu calculiren sey?

36 zu kommen, können wir gleichfalls auf selbe anders nicht denn prius negando, posterius affirmando antworten ob claram dispositionem

in l. 8. §. 9. ff. de inoff. testam. ubi JCtus 37 *ait:*

Quarta autem accipietur scil. deducto ære alieno & funeris impensa: ubi per Quartam Legitima intelligitur, quia hæc Jure Pandect. erat quarta pars ejus, quod quis ab intestato habiturus erat, & innuitur legitimam antecedere æs alienum defuncti, eamque esse quadrantem (hodie autem ex Constitutione Justiniani

in Nov. 18.

38 trientem vel semissem pro numero liberorum vel personarum quibus eadem debetur) illorum, quæ deducto ære alieno superfunt. Quod vero addit: Et funeris impensa, non eo pertinet, quasi funeris impensæ non æris alieni nomine comprehenderentur, aut deductionem æris alieni sequerentur, cum omnino certum sit funerum atque exequiarum impensas omne creditum præcedere, monente JCto Marciano

in l. pen. & ult. ff. de relig. & sumpt. funer.

ac Imp. Antonino 39

in l. 4. C. de hered. pet.

ad ordinem ergo non respexit JCtus, sed generale nomen æris alieni præmisit & certam ejus speciem subjecit, nam utique etiam æs alienum constituunt sumptus funebres

l. 18. de relig. & sumpt. fun. Carpzov. *p. 1. c. 28. d. 39. seqq. & p. 3. c. 25. d. 19.*

Sic adeoque cumulavit saltem ea, quæ ante legitimam deducenda, quærens porro an & libertates servis relictæ perinde ut æs alienum & quæ sub eo comprehenduntur funeris impensæ, legitimam minuant? & respondens minuere etiam illas eandem, itaque ut æs alienum omnino quoque ante

omnia deducendas esse & tum quartam ejus, quod reliquum est, legitimam constituere. Non autem necesse est deduci æs alienum realiter & actualiter, si legitima jure hereditario & tanquam pars hereditatis competit, sed sufficit id fieri tantum quoad calculum rationes subducendo, ut constet, quantum verè sit in hereditate, legitimam autem ita titulo institutionis jure hereditario accipiens deinde tanquam heres pro rata creditoribus hereditariis respondere & satisfacere tenetur.

Bachov. *v. 1. D. 13. th. 12. l. C. & tr. de act. Disp. 2. th. 17. l. A.* Vinn. *l. 1. qu. 22.* B. D. Lauterbach. *ad tit. ff. de inoff. testam.*

40 Gleiche klare Dispositon ist 2. de Quarta Falcidia enthalten

in. §. ult. Inst. de Leg. Falcid. verbis: Cum autem ratio Legis Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum, item funeris impensa & pretia servorum manumissorum, tunc demum in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud heredem remaneat.

41 A qua quarta Falcidia ad legitimam omnino argumentari licet, hoc præsertim in passu *per d. l. 8. §. 9. ff. de inoff. testam.* ubi JCtus ipse argumentatur a Falcidia ad Legitimam in dicta quæstione: an Libertates legitimam minuant? Cujus decisioni hanc decidendi rationem, qua libertatibus quartam minui conficit, addit: Nam si, cum quis ex asse heres institutus, ideo non potest dicere testamentum inofficiosum, quia habet Quartam Falcidiam & Legitimam adeo ex L. Falcidia: Lex Falcidia autem libertates seu de Legatis manumissionibus servorum quicquam non minuit, idque ob favorem libertatis, igitur & in præsenti casu argumento à Lege Falcidia ad hanc Legitimam heredis & ab intestato ducto potest dici similiter, deductis libertatibus ante omnia deinde legitimam accipi, adeoque quartam minuendam nec posse testamentum dici inofficiosum. Joh. Schilter. *Ex. 14. ad Pand. th. 62.*

42 Welche der gemeinen Rechte Dispositon wie sie 3. in Praxi observirt wird, als zu sehen ex præjudiciis

apud Richterum *p. 1. dec. 41. n. 66.* ubi à Collegio Jurid. Jenensi Mense Mart. 1638. Georgio Pühlern zu Gera ita responsum esse testatur: *daß zwar die Kinder vor andern Creditorn ihrer Mutter seel. Einbringen, woferne sie in die Schulden beständig nicht gewilligt, zu fordern berechtiget, sie seyen aber den Glaubigern zu Nachtheil von vätterlicher Verlassenschafft ihre Legitimam zu fordern nicht befugt, und hab denenselben zum Præjuditz der unausgestatteten Tochter der Acker von denen gesamten Erben auch nicht assignirt werden kœnnen, sondern wird denen Creditorn auf ihr Anweisen darüber billig verholffen. V. R. W.* Similiter Mense Majo 1634. Johanni Drummern zu Zwickau ita: *Es ist die Erfüllung des Pflicht-Theils, wann zuvor alle von eurem Vatter seel. gemachte, und andere ihm zu bezahlen obliegende, desgleichen die auf die Begræbniß gegangene Schulden abgezogen worden, von der gantzen Verlassenschafft eurers Vatters anzustellen, und die Ergæntzung der zu machen, V. R. W.* Perinde mense Julio 1638. ad requisitionem Abrah. Spittels zu Mühlberg responsum: *Es hat euer Pfleg-Sohn Hannß Netze an der Vætterlichen Verlassenschafft nach Abzug der Schulden die gebührende legitimam zu fordern V. R. W.* Et de legitima Parentum laud. Collegium Mense Jan. 1620. Christ. Wilden zu Wasungen respondit: *der Groß-Mutter wird die Legitima nach abgezogenen Schulden billig gefolget.*

also ist sie auch 4. in unsern Fürstl. Würt. 43
Land-Rechten ausdrucklich approbirt

p. 3. tit. 14. §. fin. ibi: Jedoch zuforderst alle redliche Schulden bezahlt, und allererst vom übrigen Vermægen solche legitima gerechnet, auch den Kindern ohne alle Beschwerniß (nach Inhalt gemeiner geschriebenen Rechten) verfolgt werden.

also destoweniger in diesem Fall davon zu weichen und abzugehen. Und obwohl 5. so wohl die gemeine, als unser Fürstl. Würt. Land-Recht in angezogenen Stellen, wie nicht weniger die allegirte Præjudicia von der Kinder und Eltern Pflicht-Theil reden, wir aber hier in casu da es um Untersuchung eines Ehegatten Pflicht-Theil zu thun, versiren, so kan doch darinn kein Unter- 44
scheid zwischen der Kinder und Eltern, und denn der Eheleuth in jure nostro Statutario constituirten Pflicht-Theil, wann er titulo institutionis heredis verlassen, absque expressa Juris Sanctione gemacht werden, sondern müssen in dem Punct gleich gehalten werden, so mehr als favorabler der Kinder und Eltern Pflicht-Theil zu achten denn der Eheleuthe, denen er contra juris communis tenorem, quippe quo conjugibus nulla debetur legitima, geordnet.

Letzlich

Die sechste Frage:

Weil der Anschlag der Häuser, als worü- 45
ber Viduus sich beschwehrt, mit Zuziehung verständiger Handwercks-Leuth gemacht worden, ob man ihme seinem Gesuch nach eine Deputation zu anderwertiger Æstimation zugestatten, und ob in specie die Norm der Æstimation nach den ausgelegten Bau- und andern Kosten pünctlich zu nehmen?

belangend,

belangend, ſo hat dieſelbe zwey Membra, das erſte iſt: Ob man ihm ſeinem Geſuch nach eine Deputation zu anderwärtiger Æſtimation der Häuſer zu geſtatten? Da wir erachten, daß
46 wann Viduus ſich getrauet zu erweiſen, daß die Æſtimatores partheyiſch geweſen, oder in facta æſtimatione geirret, und deßwegen eine Deputation zu anderwärtiger Æſtimation ſuchet, er zu hören, und ihm auf ſeine Gefahr und Koſten die ſuchende Deputation dazu zu geſtatten. Nam licet pro æſtimatione à peritis æſtimatoribus ad hoc officium electis facta militet præſumptio ob fidem quam ex publica electione & juramento tempore ſuſcepti officii præſtito habent; attamen extra dubium eſt poſſe partes contra æſtimationem excipere, eamque iniquitatis accuſare & petere ut per novos peritiores æſtimatores iniquitas corrigatur ac emendetur.

Petr. Santz Morquechi *de diviſ. bonor. lib. 1. cap. 4. n. 12. 13.* Mev. *p. 4. dec. 306. & p. 6. d. 322.* Hartman. Piſtor. *obſ. 13. n. 2.* Rauchbar. *p. 1. q. 46. n. 10. ſeqq.* Chriſtin. *vol. 1. Dec. 260.*

Wann er aber bloß der Urſach eine Deputation zu anderwärtiger Æſtimation ſuchet, daß er vermeint, es ſollen die erbauete Häuſer ſo hoch angeſchlagen werden, als die Koſten ſich erſtrecken die er darauf gewandt, ſo iſt ihm kein Gehör zu geben. Denn auf das andere Membrum quæſtionis zu kommen:

Ob die Norm der Æſtimation nach den ausgelegten Bau- und andern Koſten pünctlich zu nehmen? So iſt es eine allerdings ausgemachte
47 Sach, daß die Norm der Æſtimation nach den ausgelegten Bau- und andern aufgewandten Koſten durchaus nicht könne und ſolle genommen werden, maſſen ſolches lieffe contra expreſſam diſpoſitionem

L. 38. ff. de rei vind.

48 juxta quam ſi maritus in prædium ab uxore allatum mille impenderit, prædium autem uxoris ob id in valore melius factum ſit ultra 1500. modo millia ab uxoris heredibus marito ſoluto matrimonio reſtituenda veniunt, i. e. tantùm ſaltem quantum à principio impenſum, non quanti prædium pretioſius eſt reſtitutionis tempore. Nam etſi pretioſius illud ſit factum quam impenſum, quia tamen omne jus mariti extinctum eſt ſoluto matrimonio, nullo jure ad pretium, quo auctum eſt prædium prædictum uxoris, quondam, maritus aſpirare poterit, ſed contentus merito eſſe debet, ſi id quod impendit recipiat. Impenſarum nempe nomine tantum juſtam conquerendi cauſam habere videtur, cum tantundem ipſi ſaltem deſit, quod in bonis ipſius, ni in prædium uxoris impenſum fuiſſet, adhuc extaret.

arg. l. 39. §. 1. de minor. c. 1. de reſtit. in integr. d. l. 38. de rei vind. ibi Brunneman. Hartman. Piſtor. *l. 1. q. 42. n. 16.*

49 Contra ſi plus in prædium uxoris erogaverit maritus quam inde pretioſius prædium ſit redditum, non conſequitur vigore dictæ l. 38. quantum impendit, ſed quantum prædictum prædium pro hoc tempore, quo uxoris heredibus reſtituitur, melioratum reperitur, ut ſi expenſæ fuiſſent centum, melioratio autem prædii tempore reſtitutionis tantum quinquaginta, hæc 50. tantum uxoris heredes reſtituere tenentur, h. e. id duntaxat, quanti res de præſenti inde meliorata eſt, non quod impenſum.

d. l. 38. j. l. 29. §. 2. de pignor. Hartman. Piſtor. *d. q. 42. n. 16. ſeq.* Mev. *p. 3. dec. 41.* Vultej. *vol. 4. Conſ. Marp. 19. n. 215.*

Sic & in venditione, permutatione, rei 50
in ſolutum datione, & quæ his negotiis ſimillima eſt, diviſione, res non poteſt æſtimari ex quantitate impenſarum, ſed ex præſenti utilitate, quam inde quisque, & præſertim empturus, permutationis titulo, in ſolutum & per diviſionem eam accepturus, capere poteſt; Eſt enim juſta rei vendendæ 51
vel in ſolutum dandæ æſtimatio illa, juxta quam res non tam quoad intrinſecam ſui perfectionem, quam utilitatem ad uſus humanos vel juxta alias varias circumſtantias in regione vel certo loco communiter æſtimari ac eod. pretio vendi & emi ſolet.

l. 12. pr. de relig. & ſumpt. fun. l. 14. pr. de condict. furt. l. 2. §. 4. ff. ad L. Rhod. de jact. l. 18. § fin. de mort. cauſa donat. l. 1. §. 16. ff. ad SCt. Trebell. l. 6. §. 2. l. 63. pr. ad L. Falcid. cum ſimilibus.

Non igitur habetur hic ratio ejus, quibus impenſis & oneribus res initio ſit comparata, ſed æſtimatio ejus tantum fit, quod nunc reverà exiſtit & præſtatur juxta præſens tempus. Sic ſane nunquam, verba ſunt Dn. Mevii cit. dec. 41. conſtructa ædificia tanti æſtimantur, quantum in conſtituendis impenſum. Sunt enim plura ex præteritis, quæ æſtimari nequeunt, ex ipſa inſpectione operis, veluti quid pro advectione trabium, lignorum, lapidum, alteriusque materiæ, quid pretii pro iisdem, quantum mercedis operariis & quibus ſolutum ſit; ſed in illorum vendendorum aut in ſolutum dandorum æſtimatione, valore & pretio conſtituendo præſens ſaltem conſiderabitur ſtatus & tempus, æſtimaturque tantum quod reperitur, ita tamen, ut non præciſe ad ſolos reditus & fructus inde percipiendos, ſed ad alias quoque circumſtantias reſpiciatur.

Nov. 8. c. 6. in f. Nov. 15. pr. inf. Speidel. *voc. Anſchlag.* Wehner. *in obſ. voc. Anſchlag der Güter.* Dinner. *de juſto rer. pretio. qu. 2.* Ziegler. *Diſſ. de Mohatra. th. 42.*

Und ſo viel von den fürgelegten 6. Fragen ꝛc. Weilen wir aber aus des Vidui Schrifftlichen Erklärung erſehen, daß er ihm vorbehält ſich des Commodi poſſeſſionis nicht zu begeben, haben wir nur noch dieſes beyfügen wollen, daß falls er nicht acquieſciren, wann die Theilung

jetzo hierauf würcklich wird vorgenommen, sondern noch weiter Controversiam deßwegen moviren wollte, durchaus nullo jure die Possession des dem Stieff-Sohn angefallenen Eigenthums und gebührenden Erbtheils prætendiren könne, noch selbige ihm sub ullo prætextu zu lassen sey.

Welches wir zu verlangter rechtlichen Nachricht unsern Hoch- und Vielgeehrten Herren dienstlich anfügen und negst Göttlicher Schirms-Empfehlung verharren wollen

Unserer Großg. Hoch- und Vielgeehrten Herren

Tübingen den 25. Julii 1689.

Dienst-bereitwilligster
G. S. D. J. D. M. D.

CONSILIUM XXXII.

DE

Appellatione in causa prætensarum usurarum promissarum puncto formalium nulla & deserta.

SUMMARIA.

1. usque num. 20. Brevis casus recensio præmittitur.
21. Quæstio decidenda: an in præsenti casu formalia Appellationis recte se habeant? proponitur.
22. Negando deciditur.
23. Et primo rationes apparenter tales explicat.
24. Appellatio à Procuratore absque mandato, nisi intra decendium à tempore publicationis sententiæ ratihabitio principalis subsequatur, appellatio deserta est.
25. Hoc limitatur nisi Procurator ad totam causam legitime sit constitutus.
26. Applicatur ad casum.
27. & 28. Quæ limitatio & jure Würtemb. obtinet.
29. & 32. Secunda apparens ratio.
30. & 31. De Jure communi & Würtemb. tria fatalia Appellationis, interponendæ sc. introducendæ, & justificandæ s. prosequendæ, observanda sunt.
33. Nunc vera decisionis ratio proponitur.
34. Quæ est quia in hac causa 50. Thaler. excedente appellatio per expressum Statutum Würtemb. ad summum tribunal dirigenda fuisset.
35. usque 40. Sinistra hujus textus explicatio refutatur.
41. Neque hic error cum quis majorem judicem appellare deberet, minorem appellet salvandus erit vel sanabilis est.
42. Per Legem expressam l. 1. §. 3. ff. de Appellat.
43. Et Dd. allegata.
44. Sententia.

1 Ausser dem mir jüngsthin um Ertheilung meines rechtlichen Gutachtens zugesandten, hiebey wieder mit zurückkommenden Gerichts-Actis tam primæ, quam secundæ instantiæ, in Sachen Hrn. Wilhelm Ludwig Wetzels, Geistl. Verwalters zu Neuffen, beklagten Appellanten Eines, entgegen und wider Hrn. Ludwig Albrechten Gerichts-Schreibern des Freyherrlichen Hallweylischen Fleckens Beyhingen am Neccar nomine uxoris Annæ Barbaræ und Annæ Elisabethæ Hannß Bernhard Hertzogen Burgers und Metzgers zu Durlach Haußfrauen cum Curatore Hannß Jacob Beythen Burgers und Wagners allda, so dann Johann Friedrich Stadions, Burgers und Schuhmachers zu Pfortzheim proprio nomine, Klägere und Appellaten andern Theils, ausgeübet, welche mit gebührendem Fleiß durchlesen, habe mit mehrerm ersehen, was massen ermeldte Klägere auf 2 ergangenen Gnädigsten Fürstl. Remissions-Befehl vor Löbl. Stadt-Gericht zu Stuttgardt den 24. Jan. 1681. klagend angebracht, welcher Gestalt die Beklagte den 13. Maji 1672. seel. Johann Conrad Stadions, weyland Geistl. Verwalters und Stadtschreibers zu Neuffen hinterlassener Wittib ihre zu Neuffen stehende Behausung mit aller Zugehör, als Scheuren, Graß- und Wurtz-Gärtlein um 520. fl. dergestalt abgekaufft, daß die ungrade 120. fl. baar erlegt, die übrige 400. fl. aber auf einer ehrsamen Landschafft in Würtemberg zwar 800. fl. besagendes, den jetzo gehenden Zinsen nach auf 400. fl. reducirtes und Jahrs auf Liechtmeß zinsendes Capital mit diesem Geding angewiesen und versichert seyn sollte, zwischen Lichtmeß „1673. biß 1680. also innerhalb 8. Jahren der „Käuffer selbst offerirter massen schuldig seyn „solle die Ablösung solchen Capitals seines Orts „möglichst zu suchen, und nach dessen Erfolg „die 400 fl. cum Interesse der Verkäufferin „oder deren Erben ohne Kosten und Schaden „zu lieffern, wenn aber über Verhoffen die Ab„lösung dessen nicht könnte erhalten werden, soll„te alsdann R. ohn einige Exception nechst ge„nugsamer Assecuration seiner Haab und Gü„ter schuldig seyn, nach Verfliessung der 8 Jah„ren ohne gestattenden fernern Anstand die „400. fl. samt den verfallenen Zinsen ohne Ko„sten und Schaden der Verkäufferin baar zu „bezahlen, auch alle Unkosten fürgegangenen „Contracts halber auf sich zu nehmen, besage sei„ner Obligation;

Weil nun Beklagter die versprochene Zinß 3 aus dem residuo pretii der 400. fl. bißhero abzustatten sich geweigert, dazu er doch in viel Weiß und Weg verbunden und gehalten, nempe 1. ex natura contractus ob admissam moram, 2. ex speciali promissione, 3. ob usum rei, so haben Aa. gebeten in Rechten zu erken- 4 nen, daß der R. die aus besagtem residuo pretii 400. fl. Capital bißher verfallene Zinsen samt

ſamt Koſten und Schaden zu erſtatten ſchuldig ſeyn ſolle.

5 Worauf endlich nach langem Diſputat in po. legitimationis und cautionis den 14. Maji 1684. beklagter N. litem conteſtando geantwortet, daß er zwar beſagten dito Joh. Conr. Stadions Wittib ihre zu Neuffen in der Vorſtadt ſtehende Behauſung mit der Zugehörung um 520. fl. wie das Adjunctum ausweiſe aberkaufft habe, und ſey das Wörtlein cum Intereſſe dem Kauff-Zettul zwar eingeruckt, er habe aber ſolches Anfangs nicht geachtet, ſondern zuletzt als ſie Stadioniſche ſolches geſucht und prætendirt, ſich dazu niemalen verſtehen können, ſondern ſolch erſt zuletzt gefordert Intereſſe gleichbald widerſprochen, wie denn auch deſſelbigen im Gegenfall, wann er mit den Zielern nicht auffkommen könnte, nichts mehr ge-
6 dacht werde. Ferner ſchützt R. vor, wann Aa. reſp. Mutter und Schwieger ſeel. die Zinß mit anbedingt hätte, würde die Forderung nicht erſt bis auf die Letzte angeſtanden ſeyn, ſondern ſie ſelbige gar fleißig als ein bedürfftig und genaues Weibsbild eingefordert haben, ſo aber keineswegs, allweil ſie gelebt, geſchehen, wohl wiſſend, daß der Contract auf keine Verzinſung der Zieler, ſondern alternative, daß ſie entweder an den 800. fl. Landſchafft-Capital nach Verflieſſung der 8. Jahr ſich contentiren, ſelbige in ſolutum annehmen oder hypothecæ loco ſo lang verhafft haben und behalten ſolle, bis er ihr oder ihren Erben von ſeinen andern Mitteln Satisfaction vor dieſe reſtirende 400.
7 fl. geben werde. Nachdem er aber ſie nun gäntzlich dafür befriediget, und die Schuld-Bekänntniß ſie Aa. ad caſſandum ihm deßwegen hinaus gegeben, und dieſe Erläuterung die nachfolgende Wort des Kauff-Zettuls klärlich an Hand geben: Sollte aber wider Verhoffen ich der Käuffer über angeregtes fleißiges Adhortiren berührte Capitals-Forderung nach dem Begehren nicht erlangen können, ich alsdann ohn einige Exception nechſt Darſtellung genugſamer Aſſecuration meiner habenden Haab und Güter ſchuldig nach Verflieſſung der reſervirten 8. Jahr, von anderwärts meinen hin und her ſtehenden und habenden Mitteln ſelbige an Hand zu bringen mich äuſſerſt bewerben, und ohne geſtatteten fernern Anſtand dieſen Reſt der 400. fl. ohne Koſten und Schaden der Fr. Verkäuffern baar abzulegen, bey welchen Worten keines Intereſſe gedacht wird, dahero leicht zu erachten, daß ex parte Aa. ein dolus mit unterlauffen müſſe, bevorab da erſt ex poſtfacto mit einer andern Hand und Dinten das Wörtlein Intereſſe dem Kauff-Brieff ad marginem beygezeichnet worden, können alſo mit Recht nichts mehr an ihne R. prætendiren.

8 Et poſito, der Verſpruch des Intereſſe wäre gantz richtig, ſo doch nicht, ſtünde doch Aa. neben obig ausgeführter Exceptione doli, noch ferner ſtarck entgegen exceptio transactionis, quæ totam actionem extinguit, wie da zeuge Bey-
9 lag lit. B. Deme nach R. dienſtrechtlich bitte, Aa. mit ihrer ohnerheblichen Klage gäntzlich ab- und zur Ruhe zu weiſen und ob litem frivole motam in expenſas zu condemniren.

Auf welches hin Aa. gebeten den Beklagten 10
dahin anzuhalten, daß er in Originali edire, 1. die Obligation, 2. die Quitung der mit Johann Caſpar Zächen gepflogener Abrechnung über 3. Jahr-Gäng empfangener Penſionen, 3. die Quitung Hannß Friedrich Stadions wegen der accordirten 80. fl. dawider ſich R. geſetzet und damit lange Zeit zugebracht, biß endlich die Edition erfolgt, worauff alsdann Aa. 11
repliciret, R. dupliciret und folgends in der Sach beede Theil beſchloſſen, cum oblatione ſi quid facti. Welcher Eventual-Beſchluß 12
vom Hrn. Richter in der den 23. Nov. 1685. auf eingehohlten Rath publicirten Urthel, vor pur angenommen, und ferner erkannt worden, daß 13
Beklagter das begehrte hinterſtellige Intereſſe von anno 1673. ſamt den auf dieſe Sach gewandten Gerichts-Koſten zu erſtatten ſchuldig ſeyn ſolle.

Von welcher Urthel R. Procurator gleich 14
ſtante pede an Löbl. Ober-Gericht zu Tübingen appellirt und Acta & Apoſtolos gebeten, dawider Aa. mit einer Imploration-Schrifft einge- 15
kommen, meldend, daß die ſumma quoad quantum dahin gar nicht appellabel, ſondern vermög *F. W. L. p. 1. tit. 59. §. aber in Sachen.* an das Hochpreyßl. Hoff-Gericht appellirt, und alſo in hac cauſa, worinn die Jurisdictio des Hoff-Gerichts fundirt, das Ober-Gericht übergangen hätte werden ſollen, deßwegen ſie gebeten den Nten ſub pœna executionis zu Vollziehung des Urthels anzuhalten. Es iſt aber 16
Nten zugeſchrieben worden ſich cathegorice zu erklären, ob er die interponirte Appellation wolle proſequiren oder fallen laſſen, der ſich dann ſie zu proſequiren declarirt, dahero ihm die Acta ausgefertigt, ſo auf die den 2. Julii 1686. ihm beſchehene Denunciation den 20. ejusd. Abends vor 10. Uhr allhier bey Hochlöbl. Ober-Gericht eingelegt worden, beſage Actorum ipſorum.

Drauf, nach den 26. Jan. 1687. beſchehener 17
Verabſcheidung, R. Nt. den 4. Aprilis 1687. ſeine Appellations-Klag übergeben, darinn er poſt facti narrationem, weil er die Formalia für richtig gehalten, einige Nullität und 6. rationes iniquitatis prioris ſententiæ kürtzlich deducirt, mit angehängter Bitte zu erkennen und zu ſprechen, daß von dem Richter voriger Inſtanz mit ausgeſprochener Urthel wo nicht nichtig doch übel geurtheilt, wo nicht überflüßig, doch wohl appellirt und in der Haupt-Sach, daß R. N. den Aa. Tt. um ihre gethane Klag nichts zu thun, ſondern gäntzlich davon abſolvirt, hergegen Aa. Tt. dem R. Nt. alle und jede in dieſer und voriger Inſtanz aufgelauffene Gerichts-Koſten zu refundiren ſchuldig ſeyn ſolle.

Aa. Tt. aber haben in ihrer den 24. Febr. 18
1688. extrajudicialiter eingeſchickten Schrifft, præmiſſa facti ſpecie, contra formalia appellationis excipirt, 1. weil Nt. die von ſeinem Anwald interponirte Appellation nicht allein in-

ner halb 10. Tagen nicht ratificirt, sondern auch nicht gebührend prosequirt, indem er erst nach Verfliessung 6. Monathen dieselbe zu prosequiren sich erklärt und also die fatalia weit verstreichen lassen, wohlfolglich sich der Appellation verlustig gemacht.

juxta J. P. W. p. 1. t. 58. §. So auch ein Parthey & p. 1. t. 61. pr.

2. hab R. N. von einer solchen Sach an dieses Löbl. Ober-Gericht appellirt, welche sich über die 50. fl. belaufft und an das Hochfürstl. Hoff-Gericht hätte sollen appellirt werden.

jx. J. P. W. p. 1. t. 59. §. aber von Sachen.

Daß aber diese Sach sich über die 50. fl. belauffe, sey ex libello primæ instantiæ zu sehen, da die Aa. Tt. begehrt, daß der jetzmalige R. N. die aus obbesagtem Residuo pretii der 400 fl. Cap. verfallene Zinß, samt dem verursachten Kosten und Schaden zu refundiren schuldig seyn solle; welche von 1673. bis dahin 1681. schon, ohn Unkosten und Schaden, gethan 180. fl. 3. hab R. N. aus fürgesetztem kundlichen Muthwillen mehr zu gefährlichem Umzug der Execution, Nachtheil und Umtrieb des obsiegenden Theils denn aus habendem Fug und Rechten zu appelliren sich unterstanden, indem er in prima instantia mit dem Kauff-Brieff, Extract des Kauff-Buchs und eigner Obligation überwiesen, dahero nicht appelliren mögen, vi

J. P. W. p. 1. t. 70. §. als da &c.

bey welch gestalten Sachen die Nullitates, so einige obhanden wären, quod tamen negatur, ebenfalls bey diesem Preyßl. Ober-Gericht nicht könnten angenommen werden. Demnach ihr der Aa. Tten Dienstreichl. Bitten zu erkennen und zu sprechen, daß diese Sach bey sothanen Umständen an dieses Löbl. Ober-Gericht nicht erwachsen, dannenhero auch nicht anzunehmen und daß R. N. den Aa. Tten alle verursachte Kosten und Schaden zu ersetzen und gut zu thun schuldig seyn solle.

19 Worauff R. N. replicirt, 1. daß weder jure communi, noch Provinciali Wirtemb. requirirt werde, daß solche Ratification erfolge wann ein Procurator nomine Principalis sui appellire, sondern alsdann nur nöthig wann ein tertius absque mandato appellirt.

J. P. W. p. 1. t. 58. §. So auch ein Parthey. ibi Besold.

2. gehöre ad formalia appellationis interponendæ nicht solche zu prosequiren, und sey N. an schleunigerer prosecutione von dem Richter à quo und dessen actuario verhindert, weil die Acta nicht ausgefertigt worden.

3. bringe keinen Mangel in formalibus, daß, weil die Summa appellabilis sich über 50. fl. belauff, die Appellation nicht an das Löbl. Ober-Gericht, sondern das Hochfürstl. Hof-Gericht hätte geschehen sollen, vi

J. P. W. p. 1. t. 59. §. aber von Sachen &c.

Anerwogen solches per modum consilii, nicht præcepti an Hand gegeben, non obstante voculâ sollen, ceu quæ necessitatem tum demum infert, quando ex adjecta ratione vel aliis circumstantiis aliud non colligitur. Nun sey 2. pro causa movente diese beygesetzt: damit die Unterthanen desto eher zu Erörterung ihrer rechtshängigen Sachen gelangen ꝛc. quæ quia favorem subditorum concernit, illi bene renunciare & appellationem ad judicem judice à quo proxime superiorem interponere possint. Um so mehr 3. weil solches ihnen ausdrücklich zugelassen in

Fürstl. Hofg. Ordn. p. 2. tit. 3. §. 4.

Cui sententiæ 4. expresse subscribat Besoldus fori Wirt. experientissimus

tr. de appellat. c. 4. n. 14.

Darnach auch 5. so wohl bey dem Hof- als Ober-Gericht gesprochen: 6. habe es, posito daß es per modum præcepti ordinirt, nur Statt, quando subditus cum subdito litigat, non si res sit cum extraneo, ex ratione d. §. inserto. 7. und sollte auch gleich im letztern Fall die Appellation quasi per saltum geschehen, so wäre doch die beschehene Appellation nicht nichtig, sondern die Sach von dem Hrn. Oberrichter ad splend. Dicasterium zu remittiren.

Was Letztens de temeritate Appellantis angeführt, gehore nicht ad appellationis formalia sondern materialia, und könne mit Wahrheits-Grunde N. keine temeritat imputirt werden, deßwegen er gebeten zu erkennen und zu sprechen, daß diese Appellations-Sach an dieses Löbl. Ober-Gericht zu recht erwachsen, derohalben von solchem anzunehmen, und darinn rechtlicher Ordnung gemäß nunmehr in materialibus fürzufahren, cum refusione expensarum & imploratione &c. drüb beede Theile respect. duplicando & triplicando submittiret. 20

Uber diese Acta und drinn enthaltene Sache nun meine beywohnende rechtliche Gedancken mit wenigem zu eröffnen, so beruhet es dermalen einig auf diesem Puncten: Ob die formalia appellationis ihre Richtigkeit haben und dannenhero die Sache bey Löbl. Ober-Gericht allhier, als dahin erwachsen anzunehmen, oder ob der Appellaten exceptiones contra formalia appellationis also bewandt, daß deßwegen die Appellation pro deserta zu erkennen, oder die Sach, als an dieses Löbl. Ober- und Appellations-Gericht nicht erwachsen, hin- und abzuweisen? 21

Da ich salvo semper cujusvis melius sentientis judicio, meines wenigen Orts der beständigen rechtlichen Meinung bin, daß Appellaten mit gutem Fug und Recht contra formalia appellationis excipirt, dessentwegen die interponirte Appellation pro deserta in allweg zu erkennen und Appellant mit der Sache, als an dieses Preyßl. Judic. nicht erwachsen, hin- und abzuweisen, folglich die sententia à qua zu exequiren. Und solches zwar nicht der Ursach 1. weil Nt. die von seinem in priori instantia gehabten Anwald interponirte appellation gleich stant. pede nach Eröffnung der Urtheil geschehen intra decendium nicht ratificirt; denn ob es wohl das Ansehen 22 23

haben

24 haben möchte, ob wäre die Appellation deßwegen gefallen und für desert zu halten, vi traditorum

à Carpzovio *p. 1. c. 19. d. 3. & 6.*

ubi dicit, quod non admittatur Leuteratio à Procuratore absque mandato, nisi intra decendium à tempore publicationis sententiæ, re adhuc integra, & antequam sententia in rem judicatam transierit, ratihabitio subsequatur; Sique post decendium interponatur ratihabitio, ea in præjudicium partis adversæ valere nequeat, ceu cui post decendium per sententiam jam fuit jus quæsitum, quod ut tertius lædat, nequaquam permittendum.

l. pen. ff. rem rat. hab. l. 5. in fin. pr. ff. quis ord. in bon. possess. serv. l. 1. §. ult. l. 9. l. 11. pr. ff. qui pot. in pign.

Idem ergo de appellatione dicendum, cum Leuteratio in foro Saxonico recepta & appellatio Jure communi introducta & stabilita iisdem fere juris regulis comprehendantur

Carpzov. *d. p. 1. c. 29. d. 1.*

Sicut quoque idem de appellatione tradit in specie

Joh. Christoph. Herold. Consil. Elect. Brandenburg. *tr. de Jure ratificat. s. ratihabit. part. poster. cap. 3. sect. 3. rubr. de appellat. n. 3. pag. 473.* ubi expresse ait, quod appellatio interposita sine mandato principalis nihilominus sustineatur, si postmodum per principalem ratificetur, sed ratificatio justo tempore & quidem intra decendium fieri debeat, post decendium vero inutilis sit, quoniam jus parti jamdum est quæsitum per sententiam, quæ in judicatum transit.

25 So ist doch dagegen zu erwegen,

quod Procurator ad totam causam legitime constitutus, vi generalis istius mandati, quod ad totam causam peragendam à principali accepit, sententiâ deinde contra eum lata, omnino etiam appellare non modo possit, sed teneatur quoque, imo JCivili etiam causam in secunda instantia prosequi obstrictus sit,

l. 17. C. de procurat. l. 31. §. 2. de neg. gest. l. 8. §. 8. ff. mand. l. 2. ff. an per alium causæ appell. Bachov. ad Treutl. *v. 1. D. 9. th. 3. lit. e.*

modo causa domini non sit notorie injusta

arg. l. 9. §. 6. inf. ff. de adm. & per. tut. Bocer. *cl. 6. D. 6. th. 66.*

Quanquam Jure Canonico sufficiat, si Procurator appellationem interponat, vel impeditus domino sententiam contra ipsam latam esse mature denunciet,

c. pen. in f. x. de Procurat.

Quod moribus hodiernis quoque ita servari notat

Frantzk. *ad tit. ff. de Procurat. num. 35.* Gail. *1. O. 139. n. 11.* Wurmser. *lib. 1. tit. 5. Obs. 9.* ubi limitant, nisi sententia interlocutoria fuerit aut Procurator ad omnes lites in universum datus, tunc enim hodie etiam ad prosecutionem appellationis ipsum teneri.

Et tale generale mandatum ad totam causam agendam sufficere procuratori appellanti, atque si illud acceperit non requiri principalis ratihabitionem ad interpositæ ab ipso appellationis validitatem, agnoscunt quoque Carpzov. *d. def. 3.* & Herold. *cit. loc. n. 6.*

Weil nun in gegenwärtiger Sach des R. Nten 26
in erster Instanz gebrauchter Anwald auch dergleichen general-Gewalt ad totam causam gehabt, so in Actis primæ Instantiæ pag. 10. & 11. enthalten, hat er vermög dessen wohl nomine principalis sui appelliren können, und ist ad interpositæ ab ipso appellationis validitatem keiner special-Ratification vonnöthen gewesen intra decendium post interpositionem ejus.

Welches unsern Fürstl. Wirtembergisch. Land- 27
rechten

p. 1. tit. 58. §. So auch eine Parthey &c.

„ gantz gemäß, als da expresse versehen, daß
„ wann eine Parthey in erster Instantz durch ei-
„ nen Anwald zu recht erschienen und der An-
„ wald von der wider seinen Principal ergange-
„ nen Urthel appellirt, so solle es bey der inter-
„ ponirten Appellation (NB. **ob wohl in**
„ **dem Gewalt nicht** specialiter **und aus-**
„ **druckentlich begriffen, daß der Anwald**
„ **auch** appelliren **solle,**) verbleiben, i. e. soll
die von selbigem interponirte Appellation ohn einige Ratification, vermög des empfangenen general-Gewalts, gültig seyn und bleiben, und dem Principal frey und bevorstehen, solche Appellation gebührlich zu prosequiren; welches 28
klärer erhellet ex conjunctione sequentis paragraphi, huic per particulam adversativam aber, (cujus natura est semper inducere diversitatem in jure & facto, præsertim si non sit adjuncta dictio copulativa,

post Sichardum *ad l. 1. num. 4. C. de rer. perm.* Schurff. *cent. 3. Cons. 1. n. 34.* Strauch. *in Lex. Part. Jur. voce: At, aber &c. ac autem.)*

subjuncti, der also lautet: Da aber ein dritter (& quidem etiam conjunctus

Besold. *Disp. 1.* ad J. P. W. *tit. 99.*)

NB. ohne habenden einigen Gewalt ap-
„ pellirt hätte, ist der Principal schuldig solche
„ interponirte Appellation, bey Verlust derse-
„ ben, innerhalb 10 Tagen (von Zeit, da er die
„ Urthel in Erfahrung gebracht, an zurechnen)
„ zu ratificiren. Gestalten allhier gantz heiter und klar dieser Casus, wo ein dritter ohne habenden einigen Gewalt appelliret, jenem Casui, da ein in prima instantia rechtmäßig constituirter Anwald im Namen seines Principals, wider den die Urthel primæ instantiæ ausgefallen, von solcher appellirt, darinn opponiret wird vi dictæ particulæ adversativæ, daß in diesem Casu, da ein dritter ohne Gewalt appellirt hat, die Ratification der beschehenen Appellation inner zehen Tagen von dem Principal erfordert

werde, in jenem Casu aber, da ein Anwald appellirt, selbe nicht requirirt werde, sondern die interponirte Appellation ohn des Principalen Ratification gültig sey. Deßwegen denn die hier von des R. Nten Anwald interponirte Appellation nicht pro deserta gehalten werden kan aus der Ursach, weil R. Nt. sie nicht intra decendium ratificirt, agnoscente quoque id Besoldo

ad J.P.W. *Disp. 1. th. 94.*

29 Noch auch 2. derentwegen, daß er die à Procuratore interponirte Appellation nicht debito tempore gebührend prosequirt, sondern erst nach Verfliessung 6 Monath selbe zu prosequiren sich erklärt und also die Fatalia weit verstreichen lassen,

J.P.W. *p. 1. t.*

30 Massen bekändt ist, daß wie de Jure communi dreyerley Fatalia seyn, die ein Appellant in Acht zu nehmen, wann er nicht will, daß die Appellation pro deserta erkandt werde, nemlich 1. das fatale interponendæ appellationis, so Jure Novell. indifferenter das Decendium ist, quod & Jure Can. approbatum,

per *Nov. 23. c. 1.* & Auth. *Hodie a. C. de appell. cap. 8. de appell. in 6.*

2. das fatale introducendæ appellationis, quod Judicis discretioni relictum erat, ut is pro locorum distantia terminum vel longiorem vel breviorem introducendæ appellationi præfigeret.

l. 5. C. de appell. c. 4. x. *de appellat.*

Hodie Jure Camerali est VI mensium

Ord. Cam. p. 2. tit. 30.

3. das fatale justificandi & prosequendæ appellationis, quod Jure Civili spatio unius anni, vel si appellans justa ex causa impediatur biennio coarctatum & circumscriptum fuit,

l. ult. §. 4. C. de temp. appell.

31 Also gleichmäßig in Jure nostro Provinciali Wirtembergico dreyerley Fatalia ab Appellante quovis sub pœna desertionis stricte observanda constituiret seyn, nemlich 1. das Fatale interponendæ appellationis, quod perinde ut Jure communi est decendium.

J.P.W. *p. 1. tit. 58. pr. & §. 1.*

2. Das Fatale der 30 Tage von gesprochener Urthel an zu rechnen, in welchem die Gerichts-Acten zu begehren.

J.P.W. *p. 1. tit. 61. pr.*

3. Das Fatale der 20 Tage von zukommener Verkündung, daß die Acta gefertiget, anzurechnen, inner welchen die Acten bey dem Ober- und Hofgericht einzulegen.

J.P.W. *p. 1. tit. 63.*

Welche drey Fatalia R. Nt. allhier wohl observirt und richtig in Acht genommen, besage Actorum, deñ er nach publicirter Urthel gleich stante pede durch seinen Anwald appellirt, auch zugleich die Acta und Apostolos instanter, in-

32 stantius & instantissime petirt, daß es aber mit der Ausfertigung der Acten so lang angestanden, und dieselbe so lang verzögert, ist mehr dem Judici und Actuario als dem R. Nten zu imputiren, denn jene diesem nicht so lang zusehen sollen, sondern selbige beschleinigen terminum breviorem præfigendo; nachdem aber die Ausfertigung beschehen, und R. Nten dieselbe den 2ten Julii 1686. denunciret, hat er die Acta den 19ten ejusd. ausgelöset und den 20sten dito Abends vor 10 Uhr noch in der Stadtschreiberey allhier, also intra 20 dies eingelegt, folglich auch das letztere Fatale observirt, daß dannenhero ex non observatis fatalibus die Appellation nicht angefochten, und pro deserta erkandt werden kan.

Wohl aber wird 3. deßwegen contra for- 33
malia appellationis ab Appellatis excipirt, weil R. Nt. an diß Löbl. Stadt-Obergericht appellirt, da er doch hätte an das Hochfürstl. Hofgericht appelliren sollen, nach Maßgab

J.P.W. *p. 1. tit. 59. §. aber von Sachen &c.*

indem sich die Sach weit über 50 Gulden er- 34
„ strecket, deñ in berührtem paragrapho notan-
„ ter cavirt: Aber von Sachen, so sich auf 50
„ Gulden (den Gulden zu 60 kr. gerechnet)
„ oder darüber belauffen, wie auch von allen
„ Sachen, welche Ehr- und Geführ, Ehehaff-
„ tinnen, Dienstbarkeiten, Grund, Boden, Ur-
„ bar-Lehen, oder sonsten ohnablösige Zinß,
„ item Losungen und dergleichen Gerechtsamen
„ berühren, soll (NB. sequentia verba Paren-
„ thesi huic inclusa desunt vel omissa sunt in
„ editione Jur. Prov. Würt. anni 1653. ex
„ editione ejusdem de anno 1609. supplenda:
„ Den Partheyen NB. von denen an Dorff-
„ Gerichten ergangenen Urtheilen entweder an
„ das ordentliche Stadt-Gericht, oder gleich an
„ unser Hoff-Gericht zu appelliren frey stehen:
„ Von Urtheilen aber (nota hîc & considera
„ naturam particulæ adversativæ aber, quæ
„ qualis sit supra dictum) so in solchen Sachen
„ an unsern Stadt-Gerichten ergangen, NB.
„ soll) gleich an unser Hoff-Gericht ap-
„ pelliret werden; also daß (hæc clausula:
„ also daß, est modificativa, taxativa, restri-
„ ctiva & limitativa præcedentium, inducit-
„ que conditionem & formam præcisam,
„ qua non observata actus sit nullus

Besold. *Thes. Pract. voc. Also daß &c.*

post plures alios Strauch. *in Lex. Part. Jur. voc. Ita quod, ita aut &c.* Richter. *de signif. adverbior. ead. voc.*)

„ in denen Sachen darinnen die Jdiction unsers
„ Hoff-Gerichts fundirt NB. beede Ober-
„ Gericht in unsern Städten Stuttgardt und
„ Tübingen, (damit unsere Unterthanen desto
„ eher zu Erörterung ihrer rechthängiger Sa-
„ chen kommen) übergangen und (ausgeschei-
„ den, was der Untergang halber gleich hienach
„ gesetzt) NB. allein in denen Sachen, so
„ an unser Hoff-Gericht nicht erwachsen
„ mögen, an ermeldte beede Ober-Gericht
„ zu appelliren zugelassen seyn solle. Woraus
„ Sonnenklar erhellet, daß dieses, das man in
„ Sachen sich auf oder über 50 Gulden erstre-
„ ckend von einer Urthel an irgend einem Stadt-

Gericht

Gericht ergangen, wie in gegenwärtiger Sach, nicht erst an eines der beyden in diesem Hertzogthum constituirten Ober-Gericht, sondern gleich rectâ an das Hochfürstl. Hoff-Gericht solle appelliren, pro forma in appellatione ex necessitate juris præcise observanda geordnet, ea igitur non observata, actus omnino erit nullus, & appellans, qui non servavit formam præscriptam, appellatione ceu deserta ac informi merito suo cadet.

arg. l. 44. §. 3. l. 55. ff. de condit. & demonst. l. 1. 2. C. quand. prov. non est necess.

35 Dawider gantz nichts vermag, was R. Nt. pro justificandis formalibus appellationis suæ angeführt, als 1. daß solches nur in d. §. per modum consilii, nicht præcepti an Hand gegeben; denn das contrarium ex ipsis verbis Sonnenklar erhellet und bereits ad oculum de-
36 monstrirt. 2. Daß diese Ratio exprimirt: damit die Unterthanen desto eher zu Erörterung ihrer rechtshängigen Sachen gelangen, qui Subditorum favorem concernat, cui ipsi renunciare queant; massen R. Nt. sich betriegt, wann er vermeynt, daß sothane Ration allein der Unterthanen favorem concernire, und sie deßwegen solcher Disposition renunciren können, denn nicht weniger favor ipsius Reipubl. (cujus vel maxime interest, lites subditorum minui ac abbreviari, quia litium multitudo & diuturnitas ac immortalitas maximum sane Reip. detrimentum est, quo status, potentia, facultates civium imminuuntur, odia & dissensiones oriuntur, omnia in maximas angustias reducuntur, præcipue cum cives Reip. membra sint, & ex illorum ruina non parum Reip. damni accedat

Morla *in Empor. jur. p. 1. tit. 4. q. 2. n. 9.*) als singulorum darunter stecket, deßwegen sie sothaner Disposition keines Weges renunciren können, sondern deroselben nachleben und formam præscriptam stricte observiren müssen, wann sie der Appellation nicht verlustig werden wollen.

37 3. Daß ihnen ausdrücklich zugelassen von den Urtheilen am Stadt-Gericht ergangen an ein Ober-Gericht zu appelliren, ob gleich die Sach auf oder über 50 Gulden sich erstreckt

in Fürstl. Hoff-Ger. Ordn. p. 2. tit. 3. §. 4. ist gantz falsch, denn allegirter §. 4. also lautet: Wiewohl vermög gemeiner Recht gradatim, das ist, von jedem Unter-Gericht an dasselb nächst Ober-Gericht zu appelliren: So wollen wir doch unsern Unterthanen von wenigers Kostens wegen frey gestellt haben, daß sie von den Unter-Gerichten an denselben Ober- oder alsbald an das Hoff-Gericht appelliren mögen: NB. jedoch alles nach Maß und Verordnung unsers Landrechtens p. 1. tit. 59. §. Aber von Sachen ꝛc. nimmt also seine Declaration und Interpretation aus diesem §. aber von Sachen ꝛc.
38 und ist demselben durchaus nicht zuwider.

Deßgleichen ist 4. falsch, quod id Besoldus doceat, denn derselbe *alleg. loc.* nur dieses hat, quod certis casibus judice mediato præterito ad superiorem provocare liceat, & Jure Prov. Würtembergico, pro partium lubidine ad media, (das Stadt-Obergericht zu Stuttgardt und Tübingen) vel summum statim Tribunal appellando procedatur,

F. W. Hoffger. Ordn. p. 2. t. 4. §. wiewohl. &c.

Wie aber und auf was Weyse, ist ex d. §. aber von Sachen ꝛc. ad quem sese alleg. §. wiewohl ꝛc. refert, zu nehmen, nemlich von Urtheilen, die am Dorff-Gericht ergangen, mag man mit Ubergehung des Stadt-Gerichts, gleich an Eins der Ober-Gericht appelliren, wann die Sach mehr dann 20 Pfund Heller und doch nicht 50 Gulden betrifft, wann sie aber sich auf oder über 50 Gulden belaufft, kan man mit Ubergehung des Stadt-Gerichts gleich an das Fürstl. Hoff-Gericht appelliren; doch mögen die Partheyen in diesen Fällen auch an das ordentliche Stadt-Gericht, wann es ihnen beliebet appelliren. Aber von Urtheilen, so in solchen Sachen, die nemlich 50 Gulden antreffen, an Stadt-Gerichten ergangen, soll gleich an das Hoff-Gericht præcise appellirt, und die beyde Ober-Gericht übergangen werden,

vi dicti §. *aber von Sachen &c.*

Daß 5. das Widrige observirt werde, und in 39
contrarium solle gesprochen seyn, davon ist mir nichts bekandt, wird auch N. schwehr fallen, solches zu erweisen, wie er dann kein Præjudicium anführen können.

6. Ist es eine selbst ersonnene Interpretation, 40
die keinen Grund hat, daß ermeldten §i. aber von Sachen ꝛc. Disposition nur statt finde, quando subditus cum subdito litigat, non autem si res sit subdito cum extraneo, denn die exprimirte Ratio in utroque casu ausschlägt, und ist die Dispositio generalis, ist demnach auch generaliter anzunehmen.

7. Vermeynt R. N. daß wann ja nach be- 41
sagtem §. aber von Sachen ꝛc. die Appellation an das Hoff-Gericht gehen sollen, so wäre sie doch itzo deßwegen, daß sie an das Ober-Gericht per errorem geschehen, nicht nichtig und für desert zu halten, sondern die Sach von dem Herrn Ober-Richter ad summum Dicasterium zu remittiren. Aber ein anders zeuget der klare 42
Buchstabe

in l. 1. §. 3. ff. de appellat. ubi JCtus aperte respondet: *Si quis in appellatione erraverit, ut puta cum alium appellare deberet, alium appellaverit, videndum an error ei nihil officiat & si quidem cum majorem judicem appellare deberet ita erravit, ut minorem appellet (sicut hic factum)* NB. error ei nocebit; *Si vero majorem judicem provocavit, error ei nil oberit, & ita multis constitutionibus continetur &c. idem adhuc semel repetitur in eod. §vo.*

Und lehren ein anders die bewährte Rechts-Ge- 43
lehrten;

Ita enim Author *Symphor. tom. 1. part. 2. tit. 17. fol. 323. vot. primo tradit expresse*: Quod si ad minorem appelletur, sive hoc fiat per errorem, sive scienter, sine distinctione appellatio non valet. *l. 1. §. f. de appell.* & ideo post decendium sententia transit in rem judicatam, intra decendium vero adhuc ad judicem competentem appellare licet. Bartol. *ad d. §. pen.* Franc. *ad cap. dilecti. 66. x. de appell.* Idem Auth. *tom. 3. pag. 31.* disertim rursus ait: Si appellatur per saltum omisso medio judice per errorem ad superiorem, non ideo deseritur appellatio, sed causa remittitur ad inferiorem & medium judicem; At ille, qui ad minorem provocat, appellatione cadit. *l. 1. §. si quis de appell.* add. Jo. Melch. Cletzel. *de appell. cap. 4. n. 30.* Coll. Jur. Argent. *lib. 49. tit. 1. th. 12. n. 15.*

Waltet demnach bey mir kein Zweiffel, daß ATti nicht recht und mit Bestand contra formalia excipirt, wohlfolglich den Partheyen nachstehende Urtheil, so ich den Rechten und Actis gemäß erachte, und selbst zu publiciren im Fall obhabenden Richterl. Amts kein Bedencken trüge, zu eröffnen.

Urthel.

44 IN der Appellations-Sache Herrn Wilhelm Ludw. Wetzels, Geistlichen Verwalters zu Neuffen, beklagten Appellanten eins, entgegen und wider Hrn. Ludwig Albrechten, Gerichts-Schreibern des Halweylischen Fleckens Beyhingen am Neckar, nomine uxoris Annæ Barbaræ, und Annæ Elisabeth, Hannß Bernhard Hertzogen, Burgers und Metzgers zu Durlach Haußfrauen cum Curatore Hannß Jacob Beythen, Burgers und Wagners allda, so dann Joh. Friedr. Stadions, Burgers und Schuhmachers zu Pfortzheim proprio nomine Klägere und Appellaten andern Theils, ist allem Fürbringen nach zu recht erkannt, daß dieselbe an dieses Ober- und Appellations-Gericht nicht erwachsen, dannenhero auch nicht anzunehmen, und der Appellant den Appellaten die diß-falls aufgelauffene Unkosten, auf derselben unterschiedliches Darthun, ihrer Zu- und Einrede, und richterl. Moderation, zu entrichten schuldig seyn solle.

Wollte solches meinen Hoch- und Vielgeehrten Herren, zu verlangter rechtl. Nachricht nicht verhalten, unter GOttes Empfehlung verharrend

M. H. H.

Dienstbereitwilligster
G. S. D.

Tübingen den 20. Aug. 1689.

CONSILIUM XXXIII.

Puncto

Stupri & imprægnationis ac in specie delati desuper Juramenti judicialis.

SUMMARIA.

1. SEntentia præmittitur.
2. *Hujus rationes decidendi.*
3. *In causa crim. juram. judiciale deferri non potest.*
4. *Actio præjud. de partu agnosc. & al. & cond. ex can. 1. x. de adult. ut & utilis neg. gest. act. ad repet. à stupratore Puerperii impensas in uno eodemque libello in causa imprægnationis hodie cumulari possunt.*
5. 6. *Ab Actrice imprægnatio, quod à R. commissa, probanda est. Reus enim, ut condemnari queat, vel confessus vel convictus esse debet.*
7. *In semiplen. prob. juram. suppl. tantum locum habet.*
8. *Quæ vero semiplena probatio hic deficit.*
9. 10. *Sufficit h. c. probatio præsumptiva ad semipl. prob.*
11. *Recensentur certi articuli ab Actrice Reo propositi in quos jurare debet.*
12. *Probationis species & judiciale juramentum est.*
13-15. *Quid juram. judiciale sit, ejus effectus & differ. spec. demonstratur.*
16. *Error nominis rei veritati nil præjudicat.*
17. & 18. *Rationes dubitandi.*

Actore enim non probante reus absolvendus.

Et Actori ordinariæ probationi confiso ad judicialis juramenti delationem recurrere non licet.

19. *Judiciale juram. aut præstari aut deferenti referri debet.* 20. *Absque ulla distinctione.*
21. *Et huic juramento in materia etiam imprægnationis locus est per tradita Dd.*
22-26. *Nec obst. tx.* der *de A. 1584.* ausgegangenen Solmischen Lands-Ordn. *t.* von verbottenen und unzuläßigen Ehen, auch heimlichen Verlöbnüssen. *Ex j. n. comm. restringendus venit.*
23. *Quæ Ordinatio & in aliis locis observatur.*
27. *Vita ante acta & quidem lascivia magnam præbet suspicionem in prædicto casu.*
28. *Depositiones testium contra Reum.*
29. *Non omnis inimic. testem juratum facit suspectum.*
30. *Testimoniorum de auditu alieno quisnam effectus?*
31-35. *Ad except. quod alius tq. Pater hujus Prolis ab Actrice jam fuerit nominatus, respondetur.*
36. 37. *Porro excipitur juramenti delationem cessare quoties cessat potestas referendi. Quod v. falsissimum.*
38. *Ante præst. juramenti inprimis h. c. gravis admonitio de vitando perjurio necessaria.*
39. *Præstito à R. juram. quænam sententia definitiva.*
40. *Quo casu volente R. ab A. jur. malitiæ præstand.*
41. 42. *Recusato vero nec relato juram. à R. condemnatoria sententia refusis omnibus expensis sequitur.*

Urthel.

Urthel.

1 IN der Appellations-Sach Johann Hartmann S. Hoch-Gräfflich Solms-Greiffenſteiniſchen und Adel. Hattſteintiſchen Kellers, beklagten Appellanten Eins; Entgegen und wider Annam Catharinam Br. Klägerin und Appellatin andern Theils, bekennen wir Hoch-Gräffliche Stollberg-Königſteiniſche verordnete Regierungs- und Räthe, auf eingeholten Rath fremder unpartheyiſchen Rechts-Gelehrten, allem Fürbringen nach, zu Recht, daß von dem Richter voriger Inſtantz mit ausgeſprochener Urtheil wohl geurtheilt, übel davon appellirt worden ſey, und Beklagter und Appellant ſeines Einredens ungehindert, den ihm von der Klägerin deferirten, und den 4 Julii des abgewichenen 1689ſten Jahrs per Interlocutum approbirten Ayd entweder abzuſchwören, oder der Klägerin zu referiren, ſchuldig und verbunden ſeyn ſolle.

Daß dieſe vorſtehende Urtheil den Rechten und uns zugeſchickten Actis gemäß, bekennen wir Decanus, und andere Doctores und Profeſſores der Juriſten-Facultät bey gemeiner Hochfürſtl. Wirtembergiſchen Univerſität Tübingen uhrkundlich unſerer Facultät aufgedruckten gröſſern Inſiegels.

RATIONES DECIDENDI.

2 DJe Urſachen, ſo uns zu Abfaſſung vorgeſetzter Urtheil bewogen, beſtehen kürtzlich und hauptſächlich in folgenden:

3 Daß wir 1. hier nicht in cauſa criminali, ſed civili verſiren, ubi nempe inſtituta actio præjudicialis de partu agnoſcendo & alendo, cum qua cumulata eſt condictio ex

can. 1. x. de adult.

4 wie in dergleichen imprægnations-Fällen dieſe beyde remedia, ja auch öffters noch dazu das dritte, nempe utilis negotiorum geſtorum actio ad repetendas a ſtupratore impenſas puerperii, aliosque tales ſumptus, täglich in uno eodemque libello alſo pflegen, permittente jure & Praxi imprimis hodierna, cumulirt zu werden, teſte

Bocero *cl. 4. diſp. 2. th. 30. lit. D.*

5 Weil nun Klägerin, deren zu Fundirung ſolcher inſtituirten Actionen, die vorgegebene defloration und imprægnation auf den Beklagten zu erweiſen obgelegen, wohl vermerckt, daß ſie durch die geführte Zeugen, als deren keiner bey dem Actu geweſen ihre Intention dergeſtalten nicht probirt, daß Beklagter auf ſothane Beweiſung ſchlechter Dingen ſine prævio juramento ihr fällig erkennt werden möchte, noch daß ihro zu Ergäntzung der beſchehenen probation das juramentum ſuppletorium zuerkannt werden möge;

6 Quia, ut viro alicui proles tanquam ſua adjudicari poſſit, & ipſe ad ſatisfactionem ſtupratæ præſtandam condemnari queat, requiritur, ut vel confeſſus vel convictus fuerit, quod matrem talis prolis ſeptimo, octavo, nono aut decimo menſe ante nativitatem ejusdem carnaliter cognoverit.

poſt Mart. Uranium Beſold. *vol. 3. Conſ. 140. n. 1.*

Quod vero Reus adeo non confeſſus eſt, ut hactenus etiam conſtanter ſe unquam rem cum Actrice habuiſſe negaverit, nec ulla ratione, quod actricem carnaliter cognoverit, ſtuprumque ei intulerit, directo per teſtes convictus eſt.

Juramentum autem ſuppletorium tum 7
demum alicui deferri conſtat, cum intentionem ſuam ad minimum ſemiplene probavit, tunc enim quod probationi adhuc dum deeſt, juramento ſupplendum, quo ſic integra & plena fiat probatio, veluti communi interpretum conſenſu receptum eſt, & verum eſſe evidenter convincit

l. 3. C. de reb. cred. vid. Vinn. *lib. 1. ſelect. quæſt. c. 44.* Bachov. *v. 1. D. 21. th. 10. lit. A.* Setſer. *de juram. lib. 4. c. 12.* B. D. Lauterbach. *Tr. Synopt. de jurament. §. 6. n. 92.* Mev. *p. 4. dec. 155. & p. 7. dec. 41. n. 2.* Carpzov. *p. 1. c. 23. d. 3.*

Qualis ſemiplena probatio etiam hic deficit, 8
indeque Actrix ſpem deferendi ſibi juramenti ſuppletorii haud magnam concipere potuit; etſi quoque per præſumptiones juris & conjecturas (quarum aliquot hic in actis contra Reum exſtant,) ſemiplenam probationem ad effectum deferendi juramenti ſuppletorii fieri poſſe præſupponatur, juxta doctrinam

Mevii *p. 5. dec. 173. & p. 7. dec. 376.*

præſertim in ejusmodi cauſis, in quibus 9
propter difficultatem probationis probatio præſumptiva ſufficit, qualis eſt quoque cauſa defloration is & imprægnationis, eo quod congreſſus tales, copulaque carnalis plerumque remotis teſtibus in latebris & multum cautè fieri ac expleri ſoleant

Abbas Panormit. *in c. præterea. X. de teſtib.* Maſcard. *de probat. concl. 312. & concl. 452.* Beſold. *d. conſ. 140.*

Nam ut illa doctrina juris obtineat, requi- 10
ritur præſumptiones & conjecturas iſtas

10 valdè urgentes & concludentes esse, quibus animus judicis violenter trahatur ad credulitatem, cujusmodi violentæ ac urgentes præsumptiones defiorationis & imprægnationis à Reo factæ hic non adsunt, ideoque parum spei sibi facere potuit actrix de eo, ut ipsi deferretur juramentum in supplementum.

Weil nun, sagen wir nochmahls, Klägerin diß wohl vermerckt und vorgesehen, als hat sie
11 dem Beklagten über gewisse Puncten das Juramentum Judiciale deferirt, mittelst dessen er schwöhren und selbst sagen solle:

1. Ob nicht wahr, daß er Klägerin Abends als sie ohne Licht gegangen, bey beeden Achseln ergriffen, sie angesprochen mit ihm Unzucht zu treiben, und als sie sich damahls von ihm loß geriffen, sie gebetten, sie möchte ihn doch denn zum wenigsten küssen.

2. Ob nicht wahr, daß er des andern Tags nach der Mittags-Mahlzeit sie auf der Cammer neben dem rothen Vorhang, als sie die Bette wieder abkleiden wollen, auf einmahl ergriffen, auf das Bette geworffen, entblösset, und sie gantz ermüdet.

3. Und ob nicht wahr, daß er sich damahls mit ihr fleischlich vermischt, und sie geschwängert.

4. Ob nicht wahr, daß er ihrer Mutter etliche Gulden an Geld gegeben, daß Klägerin Verpflegung habe, und ihn nicht nennen solte.

5. Ob nicht wahr, daß er ihro gerathen, sie solle das Kind exponiren.

Damit sie also ihre Intention directò durch das ihm R. über diese Puncten deferirte Juramentum judiciale erweisen möge;

12 Est enim juramenti hujus delatio in effectu species probationis

l. 5. §. 2. ff. de jurejur.

Daß es aber dieses, und nicht das juramentum purgationis sey, welches Beklagten deferiret worden, secus ac Reus opinatur, ergibt sich gantz klar daraus, daß es ihm nicht von dem Richter, ad se a suspicionibus, quibus gravatus est, purgandum, sondern von der Klägerin um der Sachen endlichen abzukommen, über obbesagte gewisse von ihr eingegebene Puncten deferiret, und von dem Richter comprobirt worden.

13 Juramentum autem, quod pars parti in judicio, judice comprobante, directè litis decidendæ causa, defert, in specie Judiciale est, & vocatur.

l. 12. pr. C. de reb. cred. Setser. *de juram. l. 4. c. 1. n. 10.* Borcholt. *de jurejur. c. 2. n. 2. seq.* Struv. *Ex. 17. th. 31. seq.* B. D. Lauterbach. *tr. Synopt. de jurament. §. 4. n. 77.*

14 Hocque ille, cui delatum est, non existente justa recusationis causa, vel acceptare, vel deferenti referre potest & debet

l. 34. §. 6. 7. l. 38. ff. de jurejur. laud. Author.

15 Cum juramentum purgationis a judice, vel ad partis instantiam, vel ex officio, deferatur, quando nempe probationes legitimæ deficiunt, tales vero adsunt suspiciones, quæ aliquem suspectum reddunt, non tamen torturæ vel juramento suppletorio locum faciunt.

l. 6. §. 4. C. de his qui ad Eccles. confug. arg. *l. 3. C. de reb. cred. l. 31. ff. de jurejur. l. fin. §. 10. C. de jur. delib. c. 6. 8. 10. 15. x. de purg. can. c. fin. x. de jurej.* Setser. *l. 3. c. 11. n. 11. seqq.* Carpzov. *de Proc. tit. 12. art. 3. n. 1. seqq.* B. Lauterbach. *d. l. §. 3. n. 57. seq.*

Idque nec referri, nec remitti semper ab adversario possit

Setser. *lib. 3. c. 11. n. 8.* Rauchbar. *l. 2. qu. 3. n. 24.*

Und hindert nicht, daß Klägerin Mutter in ihrer ohnumgänglichen Anzeig Num. Act. 34. es zum zweyten mahl Juramentum Purgatio- 16
nis nennet, denn ihr Irrthum rei veritati nicht præjudiciren kan.

Oberwehntes von der Klägerin dem Beklagten deferirte Juramentum Judiciale nun ist von dem Richter a quo billiger Dingen dergestalt approbirt worden, daß Beklagter solches entweder abzuschwöhren, oder ihro der Klägerin zu referiren, schuldig seyn solle, und hat demnach von uns auch keine andere Urtheil als vorstehende Confirmatoria abgefaßt werden können, anerwogen

Ob wohl 2 Klägerin die auf Beklagten aus- 17
und vorgegebene imprægnation im geringsten nicht erwiesen, dahero es ein Ansehen haben möchte, daß Beklagter deßwegen simpliciter zu absolviren von der wider ihn angestellten Klage, in Erwegung

quod actor & reus non possint aut debeant ad imparia obligari, at reus actore intentionem suam probante condemnetur, ita, ut ei non liceat actorem ad juramentum provocare

c. 2. x. de probat.

Ergo ex contrario, actore non probante, reus absolvendus etiam videatur, etsi non juret, etsi nihil ipse præstet, ut est in

l. 4. C. de edend.

Und solches um so mehr 3. weil Klägerin die or- 18
dentliche Beweisung durch Zeugen vorhin übernommen, dadurch aber nichts hauptsächliches zu wege gebracht und erwiesen.

Quando autem actor probationi confisus testes produxit, illosque examinari fecit, nulla interposita protestatione, nec reservata sibi in defectum probationis, juramenti judicialis delatione, ipsi ad ejusdem delationem recurrere non licere, cum se postea in probatione defeciisse deprehendit, plerique interpretum tradunt, ut videre est apud

Octav. Cacheranum Ozaschum *dec. Ped. 11.* Dec. *in c. 2. X. de probat.* & alios plures, quos refert Mascard. *concl. 959. n. 9.* Vincent. Caroc. *de juram. lit. decis. qu. 1. pr. num. 6. per l. 11. C. de jurejur.*

jurejur. ubi Juſtinianus, abſurdum eſt, inquit, cum quis deſperavit aliam probationem denuò ad jurisjurandi religionem convolare velle,

So hat doch 4. dieſer und anderer Schein-Gründe, die noch in groſſer Menge angeführet werden könten, ungeachtet, das von der Klägerin dem Beklagten deferirte Juramentum Judiciale litis deciſorium confirmirt, und er ſolcher geſtalten darzu angehalten werden müſ-
19 ſen, daß er es entweder præſtire, oder der Klägerin als Deferentin referire.

Quia Jure Publico litigantibus, tam actoribus, quam reis, permiſſum eſt, intentionis ſuæ fundamentum conſcientiæ partis adverſæ committere, eique juramentum deferre, & is, cui defertur, jurare, vel deferenti id referre tenetur, quod ſi jurare nolit, nec etiam deferenti delatum ſibi juramentum referre, cauſa cadit, inquit tx.

l. 34. §. ait Prætor. l. 38. de jurejur. l. 9. C. eod.

20 nec diſtinguitur, utrum deferens intentionem ſuam aliquo modo probarit, aut nihil præſtiterit; & num qui juramentum hoc defert, conatus ſit intentionem ſuam probare & in probatione defecerit, aut non; unde nec noſtrum erit diſtinguere, aut caſum legibus non exceptum excipere, ſed cum legibus generaliter loquentibus generaliter loqui

arg. l. 8. de publ. in rem. act. j. d. l. 34. §. 6. l. 38. ff. l. 9. C. de jurejur. l. 35. pr. eod. ibi: omnibus probationibus aliis deficientibus. *l. 25. §. pen. de probat.* ubi ei, cui onus probationis incumbit, licentia conceditur adverſario ſuo de rei veritate jusjurandum inferre abſque ulla diſtinctione, *l. pen. pr. C. de reb. cred. & de jurej.* ibi: vel in principio litis. E. & quo tempore nihildum probatum eſt. *l. ult. §. 10. C. de jur. delib.* ibi: vel per ſacramentum illius, ſi aliæ probationes defecerint.

maxime cum eum in finem juramenti delatio inventa & approbata fuerit, ut probationum defectus hoc modo ſuppleatur.

c. 2. x. de probat. vid. omnino Vinn. *lib. 1. qu. ſelect. 42.* Nebelkræ *dec. 12.* Ant. Teſſaur. *dec. 93.* B. D. Lauterbach. *§. 4. n. 79.* qui rationibus in contrarium adductis ſatisfaciunt ex aſſe, adeoque ad eos remiſiſſe ſufficiat.

21 Et in terminis, ut ajunt, terminantibus, quod in materia defloration is & imprægnationis etiam locus ſit huic juramento tradunt

Mev. *p. 4. tit. 5. art. 1. n. 18.* Caſp. Ant. Teſſaur. in addit. ad Dec. ſui Patris Ant. Teſſaur. *dec. 3.* Ant. Faber. Cod. Sabaud. *lib. 9. tit. 7. d. 6.* Sanden. *l. 1. tit. 10. d. 2.* Beſold. *d. Conſ. 140. qu. ult.*

Und mag hierwider 5. nichts irren der von Beklagten und Appellanten angezogene paſs
22 „aus der Erklärung und Verbeſſerung der „ausgangenen Solmiſchen Lands-Ordnung „bey dem Titul von verbottenen und unzu„läßigen Ehen, auch heimlichen Verlöbniſ„ſen, de anno 1584. Num. Act. 33. lit. A. „per Extractum beygelegt, und alſo lautend: „Im Fall auch aus der Unzucht „Schwängerung erfolgte, und die „Manns-Perſon der Sachen nicht „geſtändig, und keine gnugſame Be„weiſung von der Geſchwängerten kan „fürbracht werden, ſoll er mit dem Eyd „nicht beſchwehrt, noch der Geſchwän„gerten Auſſage in- und bey der Geburt „nicht geglaubt, ſondern von der An„klage und Erziehung des Kinds abſol„virt werden ꝛc. Nach welchem §. daß nicht 23
nur an denen Hoch-Gräffl. Solmiſchen und Hanauiſchen, ſondern auch Mayntziſchen und Burg- und Stadt Friedbergiſchen Cantzeleyen geurtheilt und geſprochen werde, atteſtiret Joh. Schwalb, Not. Cæſ. Juratus caſtri ac civitatis Friedbergenſis Advocatus & Procurator ordinarius. Denn 1. deſſen nicht 24
zu gedencken, daß ex allatis verbis eigentlich nicht zu erſehen, de qua juramenti ſpecie ſelbe reden, welches die antecedentia & conſequentia mehrers werden erleutern können, wiewohl ſie dem Vermuthen und Anſehen nach de juramento purgationis reden, davon doch hier nicht die Frage iſt; So iſt 2. nicht zu 25
præſumiren, daß der Legislator oder Statuens habe ohne expreſse Meldung deſſen ſimpliciter das Jus commune abrogiren und alle ſpecies juramenti, daß deren keines, die, fals aus der Unzucht die Schwängerung erfolgt, derſelben bezüchtigte Manns-Perſon, wann ſie der Sachen nicht geſtändig, abzuſchwöhren ſchuldig ſeyn ſolle, aufheben, ſondern ſtatuiren und verordnen wollen, daß wann die Geſchwängerte nicht ſonſt gnugſame Beweiſung fürbringen könnte, die das factum negirende Manns-Perſon ſchlechter dinge von der Klage und Erziehung des Kinds abſolvirt werden ſollte, denn das wäre ein gantz irraiſonables und abſurdes Statutum, welches nicht nur dem favori partus, ſo die Jura communia auf alle Weiß und Wege zu promoviren ſuchen, ſehr zu wider, ſondern auch den malitiis, dolis ac fraudibus Thür und Thor angelweit öffnete, geſtalten ein jeder, der eine Dürne ſchwächet und ſchwängert nur die That läugnen dürffte, ſo ſtünde er gantz ſicher, weil er durch Zeugen nicht überwieſen und convincirt werden möchte, als die man, wann man dergleichen That begehet, nicht dazu beruffet zuzuſehen.

Tantum ergo abeſt, ut hanc Statuentis mentem fuiſſe præſumi queat, ut potius ſtatutum iſtud ex Jure communi reſtringendum, ut quam minime illud lædat, & declarandum veniat, ut quoad ejus fieri poteſt, Juri communi conformetur.

arg. c. 8. x. de conſuet. Gail. *1. O. 50. n. 8.* Hunn. *Encyclop. Jur. univ. p. 11. t. 2. c. 6. n. 46. & t. 3. c. 7. n. 12. 53.*

26 Wie dann 3. gedachter pass gar füglich also kan verstanden werden, daß wann die Manns-Person der beschuldigten Schwängerung nicht geständig, sie der sich ereugenden Umständen nach vom Richter mit dem Ayde, sonderlich purgationis, nicht beschwehrt, sondern absolvirt werden solle, so fern die Weibs-Person keine gnugsame Beweisung fürbrächte, sondern nur einig und allein auf ihrer blossen Aussage und Beschuldigung bestünde, sonsten aber gantz keine Muthmassungen wider ihn vorhanden wären, zumahlen da sie die Weibs-Person levis ac suspectæ fidei, er der Mann aber homo probæ ac honestæ vitæ,

Quemadmodum tali casu quoque virum juramento non gravandum, nec mulieris asserto etiam jurato credendum esse judicant Ant. Tessaur. *dec. 3. n. 4. vers. sexta.* Sand. *d. def. 2.*

Ist also der Klägerin durch solchen pass im geringsten nicht benommen die ihro de Jure communi zukommende Macht Beklagten das juramentum judiciale zu deferiren, und ist solcher gestalten dasselbe recht und billich à judice à quo approbirt, auch deßwegen wiederum in vorstehender Urtheil confirmirt worden. Um so mehr, weil der Klägerin ausser diesem Fall, daß sie itzo durch unehlichen Beyschlaff Kindes geschwängert, keiner von allen abgehörten Zeugen ichtwas Böses oder Unehrliches nachzusagen weiß, wider Beklagten aber wegen unzüchtigen
27 Lebens nicht wenig Argwohn vorhanden, denn gleichwohl bey ihren abgelegten Ayden aussagen
28 1. Maria Catharina, Conrad Wilden Eheweib, ad art. 1. 2. 3. & 4. daß, da sie mit ihrem Ehemann noch versprochen gewesen, Beklagter ihro ungebührliche Sachen zugemuthet, und auf dem Waitzen-Acker also angefangen: Ob der Schneider (ihr Sponsus) ihr das Braut-Loch gebohrt, sollte es ihn bohren lassen, er wolle ihm ein Vortheil thun, und als sie Waitzen aufgehebt, sie von hinterwerts zwischen seine Beine gezogen, und biß über die Knye entblößt, wie sie aber ruffen wollen, endlich loß gelassen, und habe er, seit sie schon eine Frau, ihr wieder Unzucht zugemuthet, sagend, soll mit ihm hinter den Holtzapffel-Baum gehen, auch sein membrum virile heraus gethan, sie aber sich geweigert, und es ihm mit der Sichel abzuhauen gedrohet. Deßgleichen habe Caspar Endreß Frau zu ihr gesagt, Beklagter hätte es ihro eben wie Zeugin gemacht.

2. Conrad Wild, Schneider, daß nicht nur seine Frau ihm geklagt, daß Beklagter ihro Unzucht zugemuthet, sondern auch Niclas Mengers Frau ihm erzehlt, wie R. unzüchtige Grieffe nach ihr gethan, deßwegen sie nicht mehr in sein Hauß gehen wollte, wann man ihr auch einen halben Gulden vor den Gang geben wollte. ad Art. Prob. 2. & 4.

3. Johann Conrad Walther, Hochgräfl. Hanauischer Pfleger zu Müntzenberg, ad d. art. Prob. 2. & 4. hätte wohl gehört, daß Beklagter beschuldigt werde, etlichen Weibs-Personen Unzucht zugemuthet zu haben, und hätte ihm Joh. Adam Jung erzehlt, wie R. seiner Schwägerin Conrad Wächters Frau mit angesonnener Unzucht zugesetzt, und sie ergalstert, daß sie keinem Menschen ähnlich gesehen; So könnten auch seine und andere Weiber etwas sagen, wann sie nicht besorgten, bey ihren Männern in Verdacht zu kommen.

Und ob wohl Bekl. diese drey vor seine ärgste Feinde ausgiebt, und jene beyde zu losen Leuten machen will in seinen eingegebenen Interrogatoriis, so weiß doch 1. keiner allerdings auf diese beyde eine sondere böse und unehrliche That zu sagen, ausser, daß sie Wildin ein scharffes Maul habe, wann man ihr Ursach dazu gebe. 2. hat
29 Beklagt. keine solche Feindschafft erwiesen, daß man daraus schliessen könnte, daß diese Leute sollten ihren schwehren abgelegten Ayd gar an die Seiten gesetzt, und Beklagten aus Feindschafft etwas nachgesagt haben, so sie gantz anders und
30 falsch zu seyn gewußt. 3. Sind zwar des Wilden und Kellers Aussagen nur testimonia de auditu alieno, so nicht probiren, doch machen sie eine suspicion, dann wann einem so viel von dergleichen Ding nachgesagt wird, ist es gemeiniglich nicht gar nichts; gestalten wann sich einer ehrbar hält, und nicht durch sein Leben zu so üblen Nachreden Gelegenheit gibt, einem nicht leicht von so vielen zugleich solch Dings wird nachgesagt werden, und würde sich hier, was an diesen Imputationibus sey, gezeigt haben, wann die Weibs-Personen selbst gehört, und vernommen worden wären.

Zweytens irret nicht daß Beklagter vorgibt, 31
Klägerin habe ja Anfangs des Hrn. von Hattstein Schreiber vor den Vatter ihres Kinds angegeben, ihm durch den Hrn. Pfarrern, und Johann Niclas Emmeln Leinwebern, schreiben lassen, daß er kommen und sie heurathen solte, der sich auch darzu willig verstanden, besage seiner Antwort an Hrn. Pfarrern sub lit. C. Num. Act. 7. und das Kind daher auf seinen
32 Nahmen getaufft worden; Denn 1. ist nicht erwiesen, daß Klägerin selbst des Hrn. von Hattstein Schreiber vor den Vatter ihres Kinds angegeben, sondern was an ihn geschrieben, und mit ihm gehandelt worden, ist, besage der Zeugen Aussage, aus der Mutter Anstalt geschehen, in Hoffnung er sollte und würde die Klägerin heurathen, und zu Ehren bringen, wie sie, die Mutter, ihrem Vorgeben nach, der Beklagte dessen beredt, und ihn Schreibern daher zum Vatter des Kinds anzugeben persuadirt.

2. Hat sich der Schreiber in berührtem Brief 33
zwar herauß gelassen, Klägerin zu heurathen, und nicht zu verlassen, aber nie gestanden und bekennet des Kindes Vatter zu seyn.

3. Sind zwar etwas verdächtige Worte, 34
wann er in seinem Schreiben gedencket: Es hätte sich des Wesens alles nicht gebrauchet, wann die Anna Catharina, wie sie hinweg gegangen, die Sach gestanden und offenbahret, &c. Item, es schmertze ihn nicht wenig, daß er proh dolor in solchen elenden und betrübten Zustand subito & quidem ex improviso gerathen, &c. Allein ist die Sach doch noch zimlich dunckel,

und

und stehet dahin, was zwischen dem Beklagten und dem Schreiber gehandelt worden, denn der Schreiber in dem kleinen angehefften Zettelein verdächtig setzet: Wann sie es kundbar machen würden, würde er sich drüber betrüben und gar in Krieg gehen, so würde er ihnen nichts gestehen, noch auch itzo, wann er es nicht gern thun wolte; so dann zwischen dem Beklagten und der Klägerin Mutter, zu deren Beklagter so offt gekommen, daß es die Leuthe, so es observirt, wunder genommen, was er doch allzeit bey ihren machte, deßwegen Anna Margaretha, Johann Christoph Leppichs gewesenen Rabenauischen Hoffmanns Wittibe zu Bellersheim auch Klägerin Mutter einmahl gefragt: Was doch der Hattsteinische Keller immer bey ihr machte? die ihme mit weinenden Augen geantwortet: Es wäre unnöthig, daß sie ihr solches offenbahrete, doch wolte sie ihr solches noch schon auf eine andere Zeit sagen, was sie miteinander zu thun hätten;

35 So scheinet fürwahr 4. Beklagten auch nicht seine integritæt commovirt zu haben, dem Hrn. von Hattstein, wie er vorgibt, Klägerin mit dem Schreiber getriebenes Hurenstück zu offenbahren, dann wann er sie deßwegen so aversiret und gehasset, hätte er nicht zugegeben, daß seine Frau zu der Tauff-Suppen gegangen, und sein Söhnlein das Kind aus der Tauff gehoben, noch weniger er selbst so offt zu Klägerin und ihrer Mutter gekommen oder gegangen, daß es die Leuthe wundern dürffen, was er doch bey ihnen zu thun hätte; Ist also Beklagter de facta imprægnatione Actricis nicht wenig verdächtig, wann aber gleich solches nicht wäre, könte er sich doch nicht entbrechen, das ihm von ihr deferirte Juramentum Judiciale entweder zu præstiren, oder ihro zu referiren, per superius allegata Jura.

36 Und obwohl Beklagter einwendet, daß er Klägerin das deferirte Jurament nicht wohl referiren könne, deßwegen so weniger die Delation bestehen, und ihn zu der würcklichen Abschwöhrung dessen adstringiren könne, per tradita

Carpzovii *in Proc. tit. 11. art. 1. n. 86.*
Fabri *in cod. Sabaud. lib. 4. tit. de reb. cred. def. 9. def. 15. n. 7.*

37 So finden wir doch 1. so wenig in Actis, das Klägerin incapabel machte, daß ihr nicht solte Jure das Jurament können referiret werden, als wenig darinn vorhanden, das ihn zur Delation inhabil macht.

2. Ist ein gantz falsches principium: Juramenti delationem cessare, quoties cessat potestas referendi, & hinc illum, cui delatum est juramentum, sese excusare, ac necessitatem illud præstandi evitare posse, si parti adversæ tutò referre nequeat. Cujus contrarium, quod nempe eo casu, delatio juramenti nihilominus valeat, & illud præcise ab eo, cui delatum, præstari debeat, manifeste probavit

post Cravettam, Menochium, Costalium, Duarenum, Ummium, Fachinæum, Sessterum, Franzkium, Brunnemannum & alios B. D. Lauterbach. *Disp. de juramenti relat. th. 90.*

können dem allen nach nochmahls anders nicht erachten, denn daß die vorige interlocutoria Judicis a quo zu confirmiren durch vorstehende Urtheil.

Bequemet sich nun darauff Beklagter, das 38
ihm deferirte Jurament abzuschwöhren, (vor dessen würcklichen Ablegung ihm das Gewissen wohl zu schärffen, die zeitlich und ewige Straff des Meinayds wohl vorzubilden, und er zu verwarnen, ihm selbige nicht über den Halß zu ziehen.

Nam prompti sæpius sunt amatores, postquam explendæ libidinis copiam habuerunt, ad jurandum, ut evitent ignominiam, hinc gravis admonitio de vitando perjurio necessaria, judice

Stryckio *in addit. ad Brunnem. Jus Eccles. l. 2. c. 28. in fin.*)

und negirt mittelst dessen obberührte Puncten, darauf es ihm von der Klägerin deferirt, erhärtet also damit, daß er mit der Klägerin nie in Unehren zu schaffen gehabt, daß darauß das von ihr gebohrne Kind entspringen mögen, noch er desselben Vatter sey, so ist er alsdann, nach beschehenem mündlichen Beschluß in der Sache, zu absolviren, durch folgende Definitivam 39

DEFINITIV.

IN Sachen Rechtens sich haltend zwischen Anna Catharina Br. Klägerin und Appellatin Eines, entgegen und wider Johann Hartmann St. Gräfflich Solms-Greiffensteinischen und Adelich Hattsteinischen Kellern, Beklagten Appellanten andern Theils, ist auf Klage, Antwort, geführte Kundschafft, abgelegten Ayd, auch all ander Gerichtliches Fürbringen, nach gethanem Recht-Satz, genommenem Bedacht und gehabtem Rath ferner zu Recht erkandt, daß Beklagter und Appellant von den wider ihn erhobenen Klagen zu absolviren. Inmassen wir ihn dann davon hiemit absolviren und entbinden, die beederseits auffgeloffene Gerichts-Kosten aber aus Bewegniß gegen einander compensiren und vergleichen.

Referiret er es aber der Klägerin, so ist sie dasselbe præcisè abzuschwöhren schuldig, ni velit, ut reus absolvatur

l. 34. §. fin. de jurejur.

Gleichwie sie auch priori casu, da Beklagter 40
sich resolvirt, es selbst abzuschwöhren, aber, daß Klägerin zuvor das juramentum malitiæ ablege, verlangen thäte, solches abzuschwöhren sich keineswegs entbrechen könte, sondern dasselbe abzulegen in allwege verbunden wäre.

l. 34. §. 4. l. 51. ff. de jurejur. l. 9. C. eod.
Carpz. *p. 1. c. 12. d. 23.*

Wägert er sich aber dasselbe abzulegen, und will es

41 es auch doch nicht der Klägerin referiren, wird er ceu maritus,
vi traditorum à Speidel *voc. Kindsschwängerung*. Richt. *p. 1. dec. 88. n. 13. seqq.* Dn. Collega D. Bardili *in Diss. de satisf. stuprat. membr. 3. n. 36.*
nicht zwar ad dotationem, doch ad partum pro suo agnoscendum & alendum, itemque expensas litis rechtlich condemnirt
per ea, qua tradit Dn. Collega D. Bardili *d. Diss. membr. 7. n. 22. seqq.*
Welches geschehen könte durch nachstehende

Urtheil.

42 IN vorerwehnter Sache zw. ermelten Partheyen ist auf Klag, Antwort, geführte Kundschafft, deferirt- und verwegerten Ayd, auch all ander Gerichtlich Fürbringen, nach gehabtem Rath mit Urtheil zu Recht erkandt, daß Beklagter und Appellant, das von der Klägerin gebohrne Kind vor sein eigen Fleisch und Blut zu erkennen, und biß es sich selbst wird ernähren können, zu unterhalten, auch die seitherige des Kinds Unterhalts- und Gerichts-Kosten auf der Klägerin Appellatin unterschiedliches Darthun, sein des Beklagten Appellanten Zu- und Einred, nach richterl. Mäßigung, zu erstatten schuldig und verbunden seyn solle.
Welche Condemnatoria auch ergehet, wann Klägerin das ihr referirte Jurament abstattete, ausser daß deßfalls die Gerichts-Kosten zu compensiren
per ea, quæ tradit Setser. *de juram. l. 4. c. 9. n. 3.* Faber *in cod. tit. de Reb. cred. it. jurej. def. 1.*
Wolten solches ꝛc. Actum in Collegio nostro, den 18 Martii, 1690.

CONSILIUM XXXIV.

DE

Prætensa servitute viæ, & ideo instituta actione Negatoria.

SUMMARIA.

1. usque 25. PRæmittitur relatio casus.
26. Consideratis processus substantialibus merita causæ ponderanda veniunt.
27. Quadruplica regulariter partibus non conceditur.
28. Prædicto casu primo loco partes possessorium retinendæ summariissimum instituerunt.
29. & 32. Non exiguum possessionis vel quasi commodum, quod adversa pars actoris partes agere & petitorium instituere debeat.
30. Quod & JCtus Cajus in l. 24. ff. de rei Vind. agnoscit.
31. In summariissimo pro actore habetur qui prius venit in judicium. Quid si ambo simul concurrant?
33. Qualis actio in judicium in substrato fuerit deducta?
34. Hujus actionis natura.
35. An hæc actio hoc casu sit fundata?
36. usque 47. Patet ex illius requisitis, quæ ad relatum casum applicantur.
41. Libertas cuique rei tamdiu inesse præsumitur donec contraria qualitas edocta & probata fuerit.
42. Quod verisimile non est, falsitatis imaginem ac speciem habet.
43. Instrumentum ex Archivo publico prolatum regulariter integram fidem facit pleneque probat.
44. & 45. Præsumptio per contrariam debiliorem præsumptionem elidi non potest.
46. & 47. Non semper valet argumentum ab amotione & ablatione sigillorum ad destructionem fidei & firmitatis instrumenti.
48. usque 53. Rei probatam Actorum intentionem exceptione præscriptionis elidere conantur. Et quod ultra 30. an. in quieta quasi possessione hujus servitutis fuerint, per juratas trium testium depositiones probant.
54. Quantum temporis ad servitutis præscriptionem requiratur.
55. Factum tertii aliis nocere vel minime potest.
56. usque 58. Porro Rei adhuc quasdam exceptiones proponunt.
59. usque 85. Ad quas & in primis quidem exceptionem præscriptionis solide respondetur.
60. Servitus viæ discontinua servit. dicitur.
61. Quæ veritate juris quidem Theorica inspecta aut continua servitus longi temporis præscriptione acquiri potest.
62. Praxi vero & ex consuet. distinctio est. Continuæ enim servitutes cum titulo longo, sine titulo vero longissimo tempore 30. vel 40. ann.
Discontinuæ autem non aliter quam tempore immemoriali sine titulo præscribuntur.
63. Ratio hujus allegatur.
64. Et dicta Praxis & consuetudo quibusdam in locis specialibus constitutionibus confirmata: quod ex Jure Bavarico patet.
65. Sex præscriptionis immemorialis requisita recensentur.
66. Quot annis immemoriale tempus definiendum?
67. Quæ verissima opinio?
68. usque 77. An hæc immemorialis præscriptionis requisita in substrata materia locum habeant pluribus explicatur.
70. In dubio aliquis semper familiaritatis & amicitiæ potius quam servitutis jure re aliena usus præsumitur.

71. Jure

71. Jure Canonico in omni præscriptione bona fides requiritur.
72. Quando adesse præsumatur?
74. Belli tempore omnis quiescit præscriptio & possessio per illud tempus ad præscriptionem nulli proficit.
78. usque 85. Reliquæ Reorum exceptiones refutantur.
86. Quid ergo pronunciandum explicatur.
87. Sententia ipsa.
Not. Conferatur & Consilium XXIX. ibique Summaria.

1 ALs uns Decano und andern Doctoribus und Professoribus der Juristen Facultæt bey gemeiner Fürstl. Würtemb. Universität Tübingen hiebey wieder zuruckkommende, zwischen denen Gemeinden zu Wald, Schweinau, Steinabühl und Moßkorb Eines- dann der Gemeind zu Laubenzedel und etlichen Inhabern der sogenandten Gailings-Wiesen, andern Theils, puncto eines von jenen prætendirenden Fahrwegs über erst-beregte Gayling- so dann die Hailige oder sogenannte Mößner-Wiesen, gemeine Nutzung, und Felder des Dorffs Laubenzedel, ad Definitivam usque ausgeübte Acta von Num. 1. biß 118. inclusivè, vor einiger Zeit zugesandt worden, uns darinnen nach Nothdurfft zu informiren, und unser rechtl. Gutachten darüb, cum rationibus dubitandi & decidendi, fürderlich zu ertheilen; So haben wir nicht ermanglen wollen, zu Bezeugung dienst-schuldigster Willfährigkeit, und Beförderung der hochheilsamen Justiz, selbige, so bald es eingefallener Troublen und anderer vielfältiger Hindernissen halber immer seyn mögen, unter Handen zu nehmen, mit gebührendem Fleiß zu durchgehen, und in versammletem Collegio davon reifflich zu deliberiren, fördersist aber mit mehrerm darauß ersehen, wie daß die Gemeind zu Wald, Schweinau, Steinabühl und Moßkorb in der Marggraffschafft O-
2 nolzbach den 23. Julii 1683. geklagt, daß sie von undencklichen Jahren den Weg über die Gaylingwiesen durch Laubenzedel unverhindert gebraucht, im Majo des verwichenen 82. Jahrs aber haben die Besitzere der Gaylingwiesen solch Recht vorm Ober-Amt Guntzenhausen in Quæstion gezogen, allwo nach vorgenom-
3 menem Augenschein das Urthel dahin gefallen, daß die Gemeinden Wald, Schweinau, Steinabühl und Moßkorb bey ihrem so lang ruhig exercirten Recht gehandhabt und benahmten
4 Wegs sich nach wie vor gebrauchen solten. Wobey es dergestalt verblieben, daß berührte Inhabere der Wiesen ihnen Waldern & Consorten nicht nur den Weg qu. von neuem mit Pfählen beschlagen und determinirt, sie Walder & Consort. ihn auch mit Höltzern und andern Materialien zu ihrem Gebrauch völlig mit 50. fl. Unkösten accommodirt, sondern über das zwey Laubenzettler vorm Ober-Amt ausgesagt, daß die Gemein zu Laubenzettel nichts dawider ein-
5 zuwenden. Vor ungefehr 10. Wochen aber haben sowohl die Gemeind zu Laubenzettel, als die Inhabere der Wiesen sie von neuem zu turbiren angefangen, deßwegen sie beym Ober-Amt klagbar einkommen, da ein dem vorigen gantz widri-
6 ger Bescheid erfolgt, dadurch ihnen Waldern & Cons. solchen Wegs Gebrauch gäntzlich abgesprochen, so gar, daß den Laubenzettlern anbefohlen, die gelegte Weg-Höltzer aufzuheben,

Weil sie denn solchen Weg von undencklichen Jahren her ohn Widerred gebraucht, derselb ihnen auch im ersteren Ober-Amts Bescheid adjudicirt von beeden turbirenden Gegentheilen geruhet, ihnen Waldern & Cons. der Weg von neuem angewiesen worden, auch wo sie dessen beraubt seyn solten, wegen Holtz, Mehl und anderm nicht subsistiren könten, oder wenigst ihren Anspan wegen des 4 stündigen Umfahrens gäntzlich ruiniren müßten, als haben sie Ihro Hochfürstl. 7
Durchl. unterthänigst gebeten, sie bey ihrem althergebrachtem Recht gnädig zu schützen, oder wenigstens dem Gegentheil sein dagegen habende Nothdurfft bäldist einzubringen gnädigst anzubefehlen, und Walder & Cons. mitlerweil biß zu Ausgang der Sach bey dem Gebrauch ihres Rechtens zu mainteniren, absonderlich aber die bereits aufgehobene Weahöltzer und Büschel wiederum zu legen, und also pendente lite nichts zu innoviren. Worauf eod. decretirt, daß 8
dafern die Sach angebrachter massen bewandt, die Walder & Cons. bey ihrem bißher gehabten Recht manutenirt werden sollen.

Und weil die Walder sich ferner den 3. und 6. 9
Aug. 1683. beklagt, daß die Laubenzettler, ohngeacht des Decrets, nachgehends nicht nur bey 300 Schritt die Weghöltzer und Büschel aufgehoben, sondern auch zweyen ihrer Gemeind die Wagen aufgehalten, und jedem ein Rad abgerissen, auch solche nicht restituiren wolten; Ist beede dato voriges Decret renovirt, und den Laubenzettlern befohlen und injungirt worden, 10
die Walder & Cons. bey dem strittigen Weg biß zu Austrag der Sachen ruhig bleiben zu lassen, auch die abgenommene Räder ohnweigerlich zu restituiren. Indeß ehe die Laubenzettler mit ih- 11
rer Verantwortung eingekommen, haben die Ober-Amtleuth berichtet, daß die Besitzere der Gailingswiesen den 2. Maji vorigen Jahrs angebracht, daß Walder & Cons. von Wald aus einen Weg über das Wißmad gegen Laubenzettel in die Mühl und ins Holtz machten, wodurch ihnen grosser Schad zugefügt, und zugleich auch Fremden den Weg zu gebrauchen Anleitung geben werde, da doch nie daselbst eine offene Strasse gewesen, die Walder haben sich auf eine Possession und daß vor Jahren (wie im Saalbuch befindlich) deßwegen eine Brück über die Altmühl gangen, wie der Augenschein ergeben, beruffen, darum man vom Ober-Amt einen Verglich aufgerichtet, N. Act. 5. der aber nicht völlig ausgefertigt und den Partheyen ausgehändigt worden, weil die meiste Interessirte nicht drein consentirt, und sich ein alter Recess gefunden, N. Act. 6. 53. vermöga dessen die Besitzere der Wisen vor 150. fl. den Weg zur Ein- u. Ausfuhr erkaufft, den man nicht gleich publicirt, in Hoffnung, die Walder & Cons. würden sich des Weges civiliter bedienen, weil sie aber hernach zu

der Laubenzedler grossen Schaden mit 30 und mehr Wägen gefahren, sey ihnen bedeutet worden, sich des Wegs zu enthalten, biß sie bessere Beweisung ihres Rechten beybrächten, also sey kein Bescheid vor die Walder & Conſ. sondern nur ein gütl. Vergleich tentirt nicht aber perficirt worden ꝛc. Und wann solcher Weg zu einer allgemeinen Straß gebraucht, und allerley Güter, besonders Getrayd, Vieh, Schmaltz und anders drüb geführt und getrieben werden solte, würde der Herrschafft an Dero Zoll- Interesse grosser Abgang und Schaden zugefügt werden; so würden auch die Walder sich nicht erboten haben, wie sie doch gethan, ein Stück Wegs den Laubenzedlern zu ihrer Uberfuhr abzukauffen wann sie des erwehnten Wegs über die Wiesen mit Fug und Recht gebrauchen dürfften.

12 Drauf auch die Gemeine zu Laubenzedel sich dahin verantwortet, daß nachdem den Waldern & Conſ. durch Urtheil und Recht der gantz neuerlich gesuchte Fahrweg aberkandt, und ihnen Laubenzedlern anbefohlen worden, die auf dem qu. Weg gelegte Höltzer aufzuheben, und also der Walder & Conſ. auf ihrem Grund und Boden anmassende Dienstbarkeit zu zernichten, seyn sie doch von neuem drauf wieder gefahren, deßwegen sie ihnen 2 Räder angehalten, ut facilius de facta turbatione constaret. Ihre Felder seyn ab omni servitute befreyet, daher Waldern & Conſ. obliege, ihre prætendirte Dienst-
13 barkeit rechtlich zu erweisen. Aber die Walder cum Conſ. haben nochmahls gebeten den Laubenzedlern die Widerlegung der aufgehobenen Höltzer und Büschel, Reparirung des quæst. Wegs zu injungiren, und sie in ihrer rechtmäßigen Possession vel quasi zu schützen, mit dem Erbieten, daß wann solches geschehen, sie ihnen in petitorio antworten wollten. Welches auch den 13 Octobr. 1683 also decretiret. N.A. 12.

Worauf die Gemeind Laubenzedel und Besitzer der Gailings-wiesen in petitorio Num. Act.
14 14. geklagt, daß sie mit Schmertzen erfahren müssen, daß die Gemeind zu Wald & Conſ. eine neuerliche Fuhrstrassen über ihre von aller Dienstbarkeit befreyete Heiligen oder so genannte Mößner-Wiesen, gemeine Nutzung, und anders suchen wollen, weil aber vor ihr Dorff, dessen Felder und gemeine Nutzung die præsumptio libertatis militire, und das onus probandi dem Gegentheil aufbürde, auch ein solches natura actionis negatoriæ mit sich bringe, als liege der Gemeind zu Wald & Conſ. ob, rechtlich darzuthun, quo jure & titulo sie sich einer solchen unleidlichen servitut auf dem ihrigen anmassen, da doch aus dem Recess de anno 1568 klar erhelle, daß in loco controverso niemand ausser den Possessoribus der Gailing-Wiesen über die Heiligen-Wiesen und ihre Gemeine Nutzung mit Heu- und Gromet-Führen fahren dörffte, und sie solch Recht mit 150. fl. erkaufft, woraus das dominium vel quasi ihrer ab omni servitute befreyter Felder, gemein Nutzung und Dorffweg sufficienter probirt, deßwegen auch das Ober-Amt den zwischen den Besitzern der Gailing-Wiesen und der Gemeind Wald & Conſ. gemachten Vergleich billig cassirt. Gereiche 15
demnach an Ihro Hochf. Durchl. ihr unterthänigstes Bitten, ihre Felder von aller jenseits anmassenden Fahrens-Dienstbarkeit frey zu declariren, und der Gemeind Wald & Conſ. imponiren zu lassen, daß sie sich dergleichen enthalten, und sie Klägere an ihrer Gerechtsame ungekräncket lassen, oder so sie dawider was einzuwenden, solches mit rechtlicher Gebühr ausführen sollen.

Auf welch eingegebene Klag die beklagte Wal- 16
der & Conſ. sich dahin litem contestando verantwortet, quod licet actio negat. se fundet in præsumptione libertatis naturalis & ob præsumpt. libert. transferat onus probandi in reum, so können sie doch nicht sehen, wie klagende Laubenzedler und Besitzer der Gailing-Wiesen sich der natürlichen Libertät berühmen können, indem Beklagter Vor-Eltern, und sie von undencklichen Jahren über den Weg qu. ohn einige contradiction der Kläger gefahren, und bißher in quieta quasi possessione verblieben, so sie durch drey Zeugen erweisen wollen, und hab Michel Weber von Laubenzedel selbst ausgesagt, daß er den Weg, da er zu Steinabühl gedient, mit Holtzführen gebraucht, bey der Beschaffenheit Klägere nicht nun erst zu fragen haben, quo jure & titulo Beklagte sich der servitut auf dem ihren anmassen, quia propria ipsorum patientia est vice tituli. Anlangend den Recess de anno 1568 sey zu wissen, daß die Gailing-Wiesen vor diesem nacher Wald zum Schloß gehört, und also an andere Ort keiner Ausfuhr bedürfft, nachdem aber davon anderwerts hin verkaufft worden, haben die Innhabere derselben einen Weg und Ausfuhr ihnen kauffen müssen, worüber der Recess oder Revers hinc inde ausgehändigt worden, der ihnen Rr. nicht nachtheilig, quia factum tertii aliis nocere nequit. Und folge nicht, die Inhabere der Gailing-Wiesen haben den Weg mit ihrem Heu- u. Gromet führen über die Mößner-Wiesen und gemein Nutzung von den von Lentersheim und dem Heiligen zu Laubenzedel erkauffen müssen, E. haben die Gemeind zu Wald & Conſ. nicht Macht gehabt, drüb zufahren, darffen auch noch nicht drüb fahren, und dürfften dem Recess nach die Inhabere der Gailing-Wiesen mit ihrem Heu und Grometh von dem Dornfurth nicht in und durch das Dorf Laubenzedel fahren, wann es nicht ein gemeiner Weg wäre, weil er ihnen nicht verkaufft worden, doch gestattet man ihnen solchen zu fahren, und Beklagten mißgönnen sie ihn aus lauter Neid und Mißgunst, haben demnach auch die Ober-Amt-Leute nicht Ursach gehabt, was anno 1682 verglichen, und ad Protocollum gebracht, wieder zu cassiren, weniger Beklagte den von undencklichen Jahren her ohne Widersprechung durch langwierigen Gebrauch ruhiglich hergebrachten Weg benehmen können, ob sie ihn gleich nicht, wie jene erkaufft. Sey der pure Ungrund, daß Beklagte den Klägern ohnwiderbringlichen Schaden thun, massen sie ihn nicht immer, sondern insonderheit nur, wann die Alt-Mühl hoch angelauffen, daß sie nicht durchfahren können, gebrauchen', wie ihre

Hauß-

Hauß-Nothdurfft es erfordert, sine injuria, quia non facit injuriam, qui suo utitur jure. Was vom Nachtheil des Zolls angeführt, könne durch gesetzte Schrancken und der Amtleuth Vigilanz præcavirt werden, bitten demnach
17 sie bey ihrer possession vel quasi des Fahrens mit Bau- und Brenn-Holtz, auch Mühl-Getraid gnädigst zu mainteniren ꝛc. cum refusione damnorum & expensarum.

18 Klägere haben hierauf repliciret in einer weitläuffigen Schrifft

Num. Act. 28.

und sind darauf die von Beklagten ausgeschlagene Gezeugen auf Articul und Fragstück examinirt, und ein Augenschein des qu. Wegs vom Commissario eingenommen, dessen Beschaffenheit in Rotulo Examinis umständlich beschrieben und ein Abriß beygelegt.

Num. Act. 47. & 48.

Auf eingekommenen und publicirten Rotu-
19 lum Examinis haben Klägere eine fernerweit unterthänigste Deductions-Schrifft loco exceptionum contra personas & dicta testium &c.

Num. Act. 54.

eingegeben, und darinn ihre Jura nochmahls weitläuffig deducirt, dagegen Beklagte eine unterthänigste Deduction- und Salvations-Schrifft judicialiter überreicht,

Num. Act. 56.

Klägere weiters eine best-gegründete Ableinungs- und Eventual-Submissions-Schrifft übergeben,

Num. Act. 57.

deren Beklagte eine so titulirte best-gegründte Gegen-Ableinungs- und Eventual-Conclusions-Schrifft entgegen gesetzt,

Num. Act. 64.

und beede Theil hinc inde ferner in Schrifften procedirt und verfahren, welche hier per Extractum beyzufügen wir unnöthig gehalten, und es der Kosten halber mit Fleiß unterlassen. Weilen aber Klägere an dem einen gelegenen Steine von den 16. Steinen, damit der Weg
20 quæst. dem Recess de anno 1568. nach, über die Moßner Wiesen biß an den Dornfurth eingefaßt, etliche alte Characteres und unter andern ein D, so ohne Zweiffel den Dobitsch bedeute, observiret, so auch der Castner zu Gunzenhausen gesehen, solcher Stein aber indeß heimlich behauen worden, damit man die Characteres nicht so deutlich kennen möchte, haben sie

Num. Act. 66.

gebeten, jemanden zu deputiren, und drob referiren zu lassen. Beklagte aber haben dergebetenen Deputation und nochmahligen Inspe-
21 ction hefftig contradicirt, weil die 16 Steine bey der erstern Commission gantz genau à Dn. Commissario besichtiget und nichts dergleichen an einigem gefunden worden,

Num. Act. 82.

beneben die ihnen von Klägern injuriose imputirte Behauung des Steins ad animum revocirt, und ihnen deswegen actionem injuriarum reservirt, anbey wider den Castner zu Gunzenhausen & ejus inspectionem excipirt, weil er Judex in priori instantia gewesen.

Darauf Klägere replicirt, daß dazumahl 22
dieser Eckstein auf der Seiten, da die Characteres eingehauen in die Erden gesteckt gelegen; daher der Augenschein, non obstante rerum 23
contradictione, Gerichtlich erkannt, und dem ex officio dazu constituirten Commissario, Martin Caspar Müllern, Gemeinschafftlichen Rath und Landschreibern des Keyserl. Land-Gerichts Burggrafthums Nürnberg gnädigst befohlen worden mit Zuziehung unpartheyisch-Feldverständiger Leute denselben einzunehmen, alles genau zu beobachten, und forderist die Güte unter den Partheyen zu tentiren, in Entstehung deren aber die Steine durch verpflichtete Siebner heben zu lassen, deren Aussagen und was dabey vorgehe, ordentlich zu beschreiben, nicht weniger einen neuen Abriß zu verfertigen und wieder zu referiren sub dato d. 29 Martii 1687.

Num. Act. 87.

Welches alles pünctlich geschehen, und dem Be- 24
fehl in allen Stücken unargwöhnisch nachgelebet, daß dawider von Beklagten vergeblich und umsonst ein und anders excipiret worden, besage der erstatteten Relation und Protocolli

sub Num. Act. 88. & 89.

mit Beylagen; Uff welches hin endlich beede 25
Theil submittirt, und die gesammte Acta zu Ertheilung unsers Rechtlichen Sentiments anhero geschickt worden.

HIerüber nun also Unser Rechtliches Gut- 26
achten und Bedencken verlangter Massen zu eröffnen, so finden wir ratione Processus keinen sonderbaren oder nachtheiligen Mangel, indem derselbe, præsupposita jurisdictionis Incluti Judicii, sive per se, sive per prærogationem, competentia, tam quoad personas, quam quoad actus judicii ad definitivam usque rechtlich ausgeübt, und de substantialibus ejus so gar nichts fehlet, daß auch den Partheyen nur allerdings zu viel, und weit ul- 27
tra quadruplicam zu procediren, indulgirt worden, ad consequentiam Actorum Uns beziehende, schreiten demnach ad ipsa merita causæ.

Da sich ex Actis ergiebet, daß erstlich die Gemeinden zu Wald, Schweina, Steinabühl, und Moßkorb den 23 Julii 1683. das Possessorium retinendæ summariissimum inten- 28
tirt, indem sie angeführet, daß sie von undencklichen Jahren den Weg über die Gailing- und Mößner Wiesen durch Laubenzetel unverhindert gebraucht, biß ihnen vor einem Jahr solch Recht strittig gemacht werden wollen, da sie aber durch Ober-Amtlichen Spruch dabey gehandhabt und geschützt worden, dessen unerachtet sie jedoch de novo im Gebrauch des Wegs von den Laubenzedlern, und einigen Besitzern der Gailing-Wisen, jetzo turbirt werden, derenthalben sie unterthänigst gebeten, sie

bey ihrem alt-hergebrachten Recht gnädigst zu schützen, oder wenigstens dem Gegentheil, seine dagegen habende Nothdurfft bäldist einzubringen, gnädigst anzubefehlen, und sie mittlerweil, biß zu Ausgang der Sach, bey dem Gebrauche ihres Rechtens zu maintenıren, absonderlich aber die bereits aufgehobene Weg-Höltzer und Büschel wiederum zu legen, und also pendente lite nichts zu innoviren lassen. Worinnen sie nach Wunsch durch die den 23. Julii, den 3ten und 6ten Augusti und endlich den 13den Octobr. de anno 1683. ergangene und renovirte Decreta, vermöge deren den Laubenzedlern und mitbeklagten Besitzern der Gailing- und Mößner-Wiesen injungirt, bey befahrender Straffe, die klagende Gemeinden zu Wald, Schweina, Steinabühl und Moßkorb, in dem Gebrauch des strittigen Wegs, weiter nicht zu turbiren, sondern biß zu Austrag der Sachen in petitorio ruhig bleiben zu lassen, auch die aufgehobene Weg-Höltzer und Büschel wieder zu legen, nicht weniger die abgenommene Räder ohnweigerlich zu restituiren, victorisiret, mithin das commodum
29 quasi possessionis erhalten, und dadurch zuwege gebracht, daß nachgehends die Laubenzedler und Besitzere der Gailing- und Mößner-Wiesen haben Actorum partes über sich nehmen, und in petitorio klagen müssen, also ihnen recht zu Nutzen gemacht und heylsamlich zu ihrem Vortheil practicirt, was der alte
30 berühmte JCtus Cajus cautelæ loco an Hand gegeben und gerathen

in l. 24. ff. de rei vindic.

Is qui destinavit, inquiens, rem petere, animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nanciscı possessionem, quia longe commodius est, ipsum possidere, & adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere.

Wie dann den 3ten Decembr. anno 1683. hierauf wircklich in petitorio die Gemeind zu Laubenzedel und Besitzere der Gailing- und Mößner-Wisen, als Klägere wider die Gemeinden zu Wald, Schweinau Moßkorb und Steinabühl, als Beklagte, einkommen, und libellum conventionis eingegeben

Num. Act. 14.

(ob gleich diese vorhin in possessorio summariissimo partes actorum sustinirt, prius ad judicium provocando.

31 Nam & in summariissimo, ubi ad partis instantiam movetur, pro actore habetur, qui prius venit in judicium, & pro reo, qui provocatus fuit, sique ambo simul concurrant pro manutentione, prout possunt, uterque respective actoris & rei jus habet.

post Fontanellum & Pazium Ludov. Postius *tract. mandati de manutenendo Obs. 5. num. 16. 17.*

32 Sed petitorio deinde instituto, is qui ante manutentionem petiit, eandemque obtinuit, quamvis prius alterum ad judicium provocaverit, ad repellendas ipsius inquietationes & molestationes in possessione, sicque actor fuerit, nihilominus postea in judicio super ipsa re, vel jure in ea competente, cœpto, rei partes verè sustinet, perinde ut ille, qui judicium L. Diffamari intentavit, & alterum ad judicium evocavit sub commination tione perpetui silentii, in ipso judicio principali postea cœpto reus est & dicitur

Alexand. *lib. 5. Cons. 103. per tot.* Ludov. Postius *d. l. num. 15.* Georg. Mundius *de diffamation. cap. 5. §. 1. num. 6. seqq.*)

in welchem sie unterthänigst gebeten, ihre Felder von aller jenseits anmassenden Fahrens-Dienstbarkeit frey zu declariren, und der Gemeind zu Wald, Schweinau, Steinabühl und Moßkorb aufzuerlegen, daß sie sich dergleichen enthalten, und sie Klägere an ihrer Gerechtsame und Freyheit ungekräncket lassen, &c. 33
woraus erscheinet, daß sie actionem negatoriam in judicium deducirt, und instituirt.

Quippe cujus naturæ petitum hoc plane 34
conforme est. Illa etenim est actio realis, quæ tribuitur Domino prædii, quod is liberum esse asserit

l. 1. l. 2. pr. l. 4. §. 7. ff. si serv. vindic.

contra quemlibet servitutem in eo prætendentem vel libertatem ejus impetentem

d. l. 4. §. 7. l. 8. §. 5. l. 17. pr. §. 1. ff. eod.

ut prædium respectu hujus adversarii liberum declaretur

d. l. 4. §. 7.

reusque caveat actori, vel nuda promissione, de servitute non amplius usurpanda vel libertate prædii impedienda

l. 7. l. 12. ff. si serv. vind. j. l. 3. C. de verb. signif.

ulterius etiam ad hoc, ut restituat fructus

l. 4. §. 2. ff. si serv. vind. l. 5. §. 7. ff. si usufruct. pet.

& præstet, quod actoris interest, servitutem non fuisse usurpatam aut libertatem prædii impeditam.

dd. ll.

Ob nun solche der Kläger action fundirt 35
und mit ihren Requisitis beweislich dargethan jetzo zu sehen, so seynd forderist die Requisita intentatæ actionis negatoriæ zu mercken, quæ à Dd. præprimis verò à Schneidwino

ad §. 2. Inst. de act. num. 34. seq.

Ita referuntur, ut à parte actoris duo principaliter necessaria esse dicantur 1. nimirum dominium vel plenum vel minus plenum, directum vel utile, vel quasi dominium, vel aliud denique jus in re illa, in qua negatur alteri servitus competere. 2. quod res sit libera & non debeat servitutem; A parte vero rei requiratur attentatus usus, qualis solet cadere in servitutem, per quam impeditur libertas rei

l. 4. §. 7. ff. si serv. vind. Joh. Faber *ad d. §. 2. Inst. de act. num. 32.*

Von

36 Von dieſen Requiſitis nun hat Actor, cui regulariter probatio incumbit,

l. 4. C. de edend.

ex omnium confeſſione zu erweiſen, dominium vel quaſi, aut jus in re, quia actio hæc directò tantum Domino prædii, quod is liberum eſſe aſſerit, competit, utiliter vero etiam aliis jus in re in illo habentibus datur, & ſi hoc non probaverit, reus in ſua quaſi poſſeſſione ſervitutis defendendus eſt.

l. 5. pr. ff. ſi uſusfruct. pet.

Cum autem dominium vel quaſi hoc in caſu non principaliter in judicium deducatur, ſed incidenter ſaltem, ſecundum

Angelum *in d. §. 2. Inſt. de act. num. 13.* & Ferrarienſem *Pract. in forma libelli in act. negat. ſuper verbo: per quandam.*

ſufficit, ſi actor probet, ſe prædium ut ſuum poſſidere, quod liberum dicit, quo probato, ex poſſeſſione præſumitur dominium vel quaſi aut aliud jus in re, ut hoc amplius probare actori non ſit neceſſe.

juxta *Gloſſam notab. in l. 8. §. 3. verb. poſſeſſoris. in fin. ff. ſi ſervit. vind.* Mynſing. *1. O. 19. & dec. 2. Reſp. 11. num. 6. ſeq.*

quod ſi verò non ſit in poſſeſſione, dominium vel quaſi plenè probare cogitur.

Bartol. *in l. quidam in ſuo. 27. ff. de condit. inſtit. act.*

37 Probato ſic verè vel præſumptivè dominio vel quaſi, non cogi actorem probare, rem eſſe liberam, ſed reum prætenſam ſervitutem probare teneri, quia quælibet res libera in dubio præſumitur, exiſtimant

Schneidwin. *add. §. 2. Inſt. de act. n. 36. ſeqq.* Struv. *Ex. 13. th. 49.* Brunnem. *ad l. 5. §. fin. ſi uſusfr. pet. & l. 9. C. de ſervit.* Richter. *dec. 98. n. 63.* Carpzov. *p. 2. c. 41. d. 18. & l. 1. Reſp. 67.*

Welches auch beede Partheyen hier einander geſtehen, in dem Klägere in ihrem Klag-Libell melden, daß vor ihr Dorff deſſen Felder und Gemein-Nutzung &c. die præſumptio libertatis militire, und das onus probandi dem Gegentheil aufbürde, auch ein ſolches natura actionis negatoriæ mit ſich bringe, deßwegen der Gemeind zu Wald & Conſorten, oblige, rechtlich darzuthun, quo jure & titulo ſie ſich ſolcher Servitut uff dem ihrigen anmaſſen ꝛc. Und Beklagte gleichmäſſig in ihrer Litis conteſtation gedencken, daß ob zwar aus den Rechten nicht unbekannt, quod actio negatoria ſe fundet in jure libertatis naturalis & ob præſumptionem libertatis transferat onus probandi in reum; So können ſie doch nicht abſehen, wie Klägere ſich der natürl. Libertæt berühmen können, indem Beklagten Vor-Eltern und ſie von undencklichen Jahren über den Weg quæſtionis ohn einige contradiction der Kläger gefahren ꝛc.

38 Aber wann man es in puncto juris recht beſihet, und genauer examinirt, ſo iſt das contrarium verius, quod nempe actor, ſi ſe in libertate prædii ſui fundet

l. 4. §. 7. ſi ſerv. vind. l. 5. pr. de ſerv. præd. urb.

& adverſarius ſit in quaſi poſſeſſione ſervitutis, uti hic rei, hoc ſuæ intentionis fundamentum quoque probare teneatur,

l. 8. §. 3. Si ſerv. vind. arg. l. 14. de probat. l. 7. §. fin. de lib. cauſa. Vinn. *ad §. 2. Inſt. de act. ad verba: Nam in his agit &c. verſ. notandum autem.* Frantzk. *ad tit. ff. ſi uſusfr. pet. n. 7.* Fachin. *l. 11. contr. c. 56.* Ant Faber. *Cod. Sabaud. lib. 3. tit. 24. d. 8.* Cothmann. *v. 4. Reſp. 1. num. 41.* Mev. *p. 8. d. 292.* B. D. Lauterbach. *Exerc. concl. for. 18. concl. 10.*

Daß er uſum ſervitutis vel turbationem 39
libertatis ex parte adverſa auch probiren müſſe, agnoſciren gleichfalls alle einmüthig, welches zwar leicht zu thun fället.

Dieſes jetzo ad caſum præſentem zu appli- 40
ciren, ſo agnoſciren hier Beklagte ſelbſt, daß Klägere nicht nur Beſitzere, ſondern auch nutzbare Eigenthums-Herren deren Gailings- und Mößner-Wiſen, wie auch mehrer Eigenthums-Herren der gemeinen Nutzung ſeyn, und reſpectu verum ac quaſi dominium haben deren Gailings-Wiſen über dem Trog-Graben, item der hailigen oder Mößner-Wiſen, dann der gemeinen Nutzung diß- und jenſeits des Dorffs Laubenzettel, über welche Stück der Weg und Fahrens-Gerechtigkeit in- und aus der Mühl mit Frucht und Mehl, in- und aus dem Wald mit Holtz von ihnen Beklagten als eine real ſervitut prætendirt, von Klägern aber ihnen nicht zugeſtanden, ſondern ſtrittig gemacht wird, ſind alſo Klägere mit keiner weitern Beweiſung des dominii vel quaſi zu beſchwehren.

juxta Gloſſam *in l. ſicut. §. ſed ſi &c. ff. ſi ſerv. vind.*

Daß aber dieſe ihre Wiſen und gemeine Nu- 41
tzung von der drauf prætendirten Servitut und Fahrens-Dienſtbarkeit befreyet ſeyn, erweiſen Klägere nicht nur durch die für ſie militirende præſumptionem libertatis, quæ cuique rei tamdiu ineſſe præſumitur, donec contraria qualitas edocta & probata fuerit.

arg. l. 8. C. de ſervit. & aq.

als welche durch die quaſi poſſeſſion der ſervitut, darinn Beklagte conſtituirt ſeyn, & inde reſultantem præſumptionem ſervitutis ipſis jure debitæ zimlich geſchwächt wird, und alſo keine ſonders ſtarcke Wirckung hat, ſondern fürnemlich durch den in copiis und letzlich in Originali producirten Receſs

Num. Act. 6.

Anno 1568. zwiſchen Michel von Döbitſch, Amtmann zu Wald, und Jägermeiſtern zu Onolzbach einer, und Margaretha, weyland Friderich von Lentersheim nachgelaſſener Wittib, Wolff Friderich und Hannß Wolffen von Lentersheim, andrer ſeits, über dieſen den

Innhabern der Gailings-Wisen zu Laubenzettel erlaubt- und verkaufften Weg, ihr Heu und Grometh einzuführen, aufgerichtet, daraus zu ersehen, daß den Innhabern der Gailings-Wiesen zu Laubenzettel, uff Interceſſion Weyland Herrn Maragraf Georg Friderichs, und Interpoſition deſſen Amtmann zu Wald, gedachten Michel von Döbitſch mit harter und ſchwehrer Mühe ihr Heu und Grometh von ſolchen Wisen des Sommers zu ihrer Nothdurfft heimzubringen, die Fahrt mit ſothanem Heu und Grometh über die heiligen Wisen und gemeine Nutzung des Dorffs Laubenzettel von der damahligen Dorffs-Herrſchafft vergönnet, und pro 150. fl. Käuff ich gegeben worden, **alſo kein Weg darüber jemand erlaubt**, ſondern von aller Fahrens-Gerechtigkeit und Beſchwehrd gantz frey geweſen, deßwegen dann der Weg, ſo eigentlich der Breite und Weite nach determinirt, verſteint, vermarckt und umſchränckt worden, welches gnugſam anzeigt, daß vorhin allda kein Weg mit irgend einer Sach darüb zu fahren geweſen ſeyn müſſe, ſo ſich noch klärer ergibt, wann in dem Receſs ausdrücklich gemeldet wird:

Demnach Uns, die von Lentersheim, Ihrer Fürſtl. Gnaden Herrn Georg Friedrichen, „Marggrafen zu Brandenburg ꝛc. Amtmann „zu Wald, und Jägermeiſter zu Onoltzbach, „Michel von Döbitſch, vielfältig freundlich „und nachbarlich angelangt und gebeten, daß „wir Ihren Fürſtl. Gnaden zu unterthänigen „Ehren, und ihme Amtmann zu freundlichem „nachbarlichem Willen und Gefallen derſelben Ihrer Fürſtl. Gnaden Lehen-Leuten, deren Lehen-Wiſen, ſo man die Gailings-Wiſen nennet, in das Amt Wald gehörig denſelben „zu gutem, und damit ſie jährlich zu Sommers-„Zeiten ihr Futter, Heu und Grometh deſto bequemlicher zu gelegener Zeit und zu ihrem Gefallen zu Nothdurfft jedesmahl von ſolchen „Gailing- und Lehenwieſen herausführen und „heimſen könnten, Welches ſie doch zuvor „ohne groſſen Schaden anderer Anſtöſſer „nicht können vollbringen, ihnen über unſer, der von Lentersheim, Grund und „Boden ein ewige Fuhr um gebührliche „Bezahlung zu vergönnen und zu bewil-„ligen. Ob uns nun wohl, denen von Lenters-„heim, allerley bedenckliche Urſachen halben beſchwehrlich geweſen, und nicht thunlich ſeyn „wollen, die gebetene Fuhr, ob die gleich um „die Bezahlung geſcheh, zu geſtatten und zu vergönnen, jedoch ſo haben wir Ihrer Fürſtl. Gn. „zu unterthänigen Ehren, ihme Amtmann zu „freundl. nachbarlichem Gefallen, den Innhabern der Gailing-Wiſen ein ewige Fuhr „über unſern Grund und Boden vergönnet, verkaufft, bewilliget und eingeben.

Dann haben die Laubenzettler Lehen-Leut der Lehen-Wiſen, ſo man die Gailing-Wiſen nennet, zu Sommerszeit ihr Futter, Heu und Grometh zu ihrer Nothdurfft zuvor ohn groſſen Schaden anderer Anſtöſſer nicht können heraus führen und heimſen, ſo muß allda kein Weg geweſen ſeyn, den andere und in ſpecie die beklagte Gemeinden täglich mit Frucht und Mehl in- und aus der Mühle, und in und aus dem Walde mit Holtz-Führen gebraucht, maſſen wenn ſolches geweſen wäre, hätten ſie ſich ja des Weges bedienen, und ihr Heu und Grometh ohn groſſen Schaden anderer Anſtöſſer wohl heim bringen können. Und aus was bedencklichen Urſachen wäre es denen von Lentersheim beſchwerlich geweſen, und hätte nicht thunlich ſeyn wollen die gebetene Fuhr mit Heu und Ohmet oder Gromet, auch um die Bezahlung, zu geſtatten und zu vergönnen, wann ein Weg allda geweſen, den andere Gemeinden tägl. mit andern Sachen vergebens gebraucht? Ja, wie iſt glaublich, daß fremde ausgeſeſſene gantze Gemeinden hätten ſollen den Weg und Fahrens-Gerechtigkeit über die Hailigen-Wiſen und gemeine Nutzung des Dorffs Laubenzettel täglich mit Frucht, Mehl, Holtz und dergleichen haben, und die Eingeſeſſene hätten nicht zweymal des Jahrs mit Heu und Gromet darüber fahren dörffen, ſondern den Weg ſo theuer mit harter und ſchwehrer Mühe vor ſich erkaufen müſſen? es iſt ſolches nimmer præſumirlich, und hat keine ſcheinliche Wahrheit. Quod autem veriſimile non eſt, falſitatis imaginem ac ſpeciem habet 42

l. 8. §. 1. Cod. de quæſt. c. 10. x. de præſ.

nam quod non eſt veriſimile, præſumitur falſum, & ideo nec credendum, nec attendendum eſt

poſt alios Barboſ. locupl. *lib. 19. c. 10. ax. 3.*

Iſt nun in loco quæſtionis über die Gailing- und hailigen oder Mößner-Wiſen, auch gemeine Nutzung, biß an den Dornfurth, vorhin kein Weg geweſen, ſondern derſelbe erſt dazumal an. 1568. den Klägern allein ihr Heu und Gromet von den Gailing-Wiſen deſto bequemlicher zu gelegener Zeit und zu ihrem Gefallen heimzuführen vergönnet, bewilliget, und pro 150 fl. verkaufft, ad 20 Werckſchuh in der Breite determinirt, auf beyden Seiten mit Marckſteinen eingefaßt, vermarckt und verſteint, ja gar zu End der Mößner- oder hailigen Wiſen mit einem Thor verwahrt worden, wodurch die Innhaber der Gailings-Wiſen ihr Heu und Gromet geführt, ſonſten aber niemand geöffnet worden, (wie Georg Eyerer, ein Mann von 72 Jahren zu Laubenzettel gebohren und erzogen, ſo jetzo Müller uff der ſogenannten Langweil, und unter die Teutſchmeiſteriſche Herrſchafft gehörig iſt, bey dem letztern Augenſchein, als ein dazu beruffener Feldverſtändiger Anweiſer, auf vorher abgelegten leibl. Ayd, atteſtirt, beyſetzend, daß er ſelbſt vor dieſem Heu und Gromet durch gedachtes Thor geführet, er habe aber nie einen Walder dadurch fahren ſehen, deme Hanß Rüger von Laubenzettel beygeſtimmet ſagend, daß er gar wohl gedencke, daß ein Thor daſelbſt geſtanden,) ſo kan keine andere Gemein prætendiren über den von Klägern erkauften Weg mit

andern

andern Sachen zu fahren, ſondern es ſeyen obgedachte Wiſen und gemeine Nutzung reſpectu aliorum frey von aller Dienſtbarkeit und Fahrens-Gerechtigkeit, vermög oballegirten Receſs de an. 1568. es werde dann die Vergünſtigung und Conſtitution deroſelben nachgehends geſchehen klar erwieſen und docirt von denjenigen, ſo ſolche prætendiren.

Mögen demnach Klägere ihrer Schuldigkeit in dieſem Stück, libertatem prædiorum ſuorum zu probiren, durch producirung ſothanen Receſs de an. 1568. ein Gnügen gethan zu haben, wohl erachtet werden, geſtalten es ein altes
43 Inſtrumentum ex Archivo publico prolatum.

Cujusmodi Inſtrumenta regulariter integram fidem facere, pleneque probare conſtat
ex Auth. Adhæc. C. de fide inſtrum. & traditis Dd. ibid.
Quod in tantum verum, ut procedat, etiamſi ſcriptura ex archivo publico prolata ratione cauſæ efficientis ſ. conficientis non ſit publica, à Notario nempe vel alia perſona publicâ haud confecta, ſed privata, in archivo publico autem depoſita ac cuſtodita hactenus.
d. Auth. ibique Dd. Ahasv. Fritſch. *de Jure archiv. cap. 7. num. 5. ſeqq.* & ibi magno numero allegati.

So mehr, da ihm noch einiger Maſſen adminiculiret die præſumptio, qua quælibet res in dubio libera eſſe cenſetur tamdiu, donec contrarium probetur
arg. l. 8. C. de ſervit.
Und obwohl dieſe præſumption per contrariam præſumptionem ex quaſi poſſeſſione ſervitutis viæ, in qua Rei conſtituti, reſultan-
44 tem in etwas geſchwächt, ſo wird ſie doch dadurch nicht gantz enervirt, zumalen da Beklagte die quaſi poſſeſſion der ſervitut durch ihr importunes ſollicitiren und Anbringen ob hätten die klagende Laubenzettler die ihnen inſinuirte Fürſtl. Decreta unverantwortlich deſpectiret, höhniſch verlachet, und ihnen durchaus nicht zu pariren, ſich vernehmen laſſen, erhalten, und dieſelbe quaſi poſſeſſion ſich gründet in jure in re, quam ipſimet Rei alienam eſſe, & ad Actores pertinere agnoſcunt, hincque juris præſumptio pro actoribus militans eidem reſiſtit.

Quando autem contra poſſeſſorem præſumitur, & præſumptio juris poſſeſſioni vel quaſi reſiſtit
c. cum contingat. 29. x. de decim.
aut poſſeſſio nititur jure in re, quam alienam eſſe conſtat, vel qui poſſidet aut quaſi poſſidet non poteſt rem vel jus, quod in ea prætendit, habere ſine aſſenſu alterius, tum poſſeſſor ſuæ poſſeſſionis vel quaſi titulum edere, conceſſionem ejus, cujus res eſt, probare, & aſſenſum illius, cujus conſenſu habet, demonſtrare tenetur, contra diſpoſitionem
l. 11. C. de hered. petit. volentis neminem de titulo ſuæ poſſeſſionis docere, aut illum indicare & probare teneri. Hartman. Piſtor. *lib. 2. q. 46. n. 6. 8.* Barboſ. *lib. 14. c. 44. ax. 4. & 6.*
45 Daher obgedachte præſumptio libertatis,

quæ ſtat pro prædiis Actorum, ſo weit ſie per contrariam debiliorem præſumptionem nicht elidirt, dem Receſs de anno 1568. noch ein gutes adminiculum gibt, zu dem effect, daß Klägere libertatem prædiorum ſuorum dadurch ihrer ſeits gnugſam probirt zu haben erachtet werden möge, ungeachtet daß der Receſs 46
ausdrücklich vier anhangender Sigel und Pettſchafften, ſo zu Urkund deſſen was gehandelt worden, angehängt ſeyn ſollen, gedencket, kein einiges aber daran gefunden worden, alſo zu præſumiren zu ſeyn ſcheinet, daß entweder die Handlung zu keiner perfection gekomen, oder aber wieder aufgehoben, und per ſigillorum remotionem dem Inſtrument fides, quam facere debuiſſet, benommen worden.

Quia ſigillum dicitur literis, quibus vel ex conſuetudine appenditur, fidem & firmitatem conciliare & præbere,
c. poſt ceſſionem. x. de probat.
vimque conſenſus & confirmationis habere ac eam negotio, de quo loquitur inſtrumentum, cui appenſum, addere.
Bald. *in 2. F.*
Cum igitur in fidem negotii & firmitatem inſtrumenti deſuper confecti hic quoque ſigilla contrahentium appenſa fuerint, ſi negotium ad ſuam perfectionem perveniſſe præſupponatur conſequens omnino videtur remotionem coram illud iterum annihilaſſe vel invalidum reddidiſſe.

Dann wann 1.) das negotium nicht ſollte 47
zu ſeiner perfection gekommen ſeyn, wäre das Inſtrument nicht ſo fleißig aufgehoben, und im Archiv aſſerviret worden, wie geſchehen, ja es zeigen die Num. Act. 53. beyligende alte Copiæ des Reverſes, pariter ex Archivo productæ, daß der Zeit, da ſolche genommen ſeyn worden, das Original noch müſſe die Sigilla gehabt haben, dann in den Copiis das ſignum, quod loco ſigillorum quibus originale munitum, in Copiis pflegt geſetzt werden, np. (L.S.) exprimirt zu finden. 2.) gienge der ab amotione & ablatione ſigillorum ad deſtructionem fidei & firmitatis inſtrumenti & negotii eo contenti formirte Schluß wohl an, ſi certò conſtaret, voluntate contrahentium ſigilla inſtrumenti abſciſſa, reſignata vel ablata fuiſſe, & non vel à tertio ſaltem amota, vel propter vetuſtatem, in ſæpius facta translatione documentorum ex loco uno in alterum, ſponte decidiſſe
arg. l. 1. §. f. ff. de bon. poſſ. ſec. tab. l. 1. de his quæ in teſt. del. l. 23. §. 3. qui teſt. fac. poſſ. Ruland. *de Commiſſ. p. 2. l. 5. c. 30. n. 19. ſeq.* Hoppingk *de jur. ſigill. c. 14. n. 124. 157. ſeqq.*
Aſt cum hic poſterius contigiſſe veriſimilius ſit, quia ſi contrahentes inſtrumentum & eo contentum negotium revocare ac infirmare voluiſſent, ipſum inſtrumentum in magis præjudicialibus locis incidere & cancellare potuiſſent, nihil nocere poterit hæc ſigillorum avulſio, citra illorum voluntatem facta, eo quod communis Dd. concluſio ſit, quod ſi inſtrumen-

strumentum publicum sigillo munitum sit, & sigillum frangatur vel deponatur, fides instrumenti nihilominus duret, teste

Zasio *lib. 1. Cons. 2. num. 35.*

Ita tenet Innocent. in c. inter dilectos. de fid. instr. in gl. super verbo: Publicum. Si donatio, inquiens, fuisset per manum tabellionis scripta & eidem chartæ sigillum appositum, etiam remisso sigillo validum remanet instrumentum. Quod & probat Hostiensis in d.c. iisdem propemodum verbis, addens eo casu Instrum. validum remanere, quantumcunque remittatur vel destruatur sigillum, nisi ex tenore instrumenti appareret, quod ab authoritate sigilli fides ipsius dependeret. Et idem tenet Card. in d. c. vers. Et dicit Innoc. &c. qui putat eam doctrinam pro cautela signandam esse, ut privilegio Doctoratus vel simili subscriptione notarii apponatur; nec non Abbas in d. c. doctrinam Innocentii singulariter notandam esse ajens, & subjungens, accidere tamen interdum, ut sigilla instrumentis pro substantia apponantur, quanquam regulariter saltem ad cautelam majorem apponantur, præsertim in instrumentis publicis, quæ per se fidem & firmitatem obtinent ex conficientis personæ publicæ authoritate publica, non ex sigilli appensione, quippe quæ robur formale dispositioni aut Instrumenti haud præstat ceu cautela abundans

Zas. *d. Cons. 2. num. 36. 37. 38.*

Und demnach Bekl. obgelegen, ihre prætendirte Dienstbarkeit rechtlich zu erweisen, wann sie in jam instituto petitorio obteniren wollen, oder si victoriam reportare velint zu dociren schuldig, quo jure & titulo sie sich über der Klägere Wisen und gemeine Nutzung mit Frucht, Mehl, Holtz und andern Sachen, zu deren fast unerschwenglichen Schaden zu fahren anmassen, ob sie nun solches dergestalt, daß vor sie gesprochen werden könne, præstirt, und also der Kl. erwiesene intentio gantz elidirt, ist jetzo zu sehen.

48 Es fundiren sich aber Beklagte Walder und Cons. principaliter in præscriptione, vorgebende, daß sie vor 30, 40, 50, 60 und mehr Jahren ohn einige contradiction der Kl. den Weg qu. mit Brenn- und Bauholtz, Getrayd, Mehl und andern Dingen gefahren, und bißher in quieta quasi possessione der Fahrens-Dienst- und Gerechtigkeit verblieben, welches sie durch drey Zeugen zu erweisen übernommen, die auch in der Abhör bey ihren abgelegten Ayden so weit

49 pro Reis favorabiliter deponiret, daß ad art. 2. also lautend: Wahr, daß die Gemeind Wald, Schweinau, Steinabühl und Moßkorb vor 20, 30, 40, 50, 60, und mehr Jahren, als sich Menschen Gedencken erstrecken mag, mit ihrem Getrayd, Mehl, Bau- und Brennholtz über diesen durch die Gailings- und Laubenzettler Hailings- oder Mößnerwisen, item durch den Dornfurth und das Dorff Laubenzettel gehenden Fahrweg öffentlich und bey hellem Tag hin und her gefahren und sich dessen gebrauchet.

Testis 1.

50 antwortet: Ja sey freylich vor alten Zeiten gebraucht worden, aber nicht so starck, wie jetzo, weil er gedencke, nun gedencke er von 50 biß 55 Jahren, sey damal ein Bub gewesen von ungefehr 10 Jahren, und müsse man vorher ja auch gefahren haben, weil man nicht leichtlich was neues aufbringen lasse: Sie seyen mit Getrayd, Mehl und Brennholtz drüber gefahren, aber von Bauholtz wisse er nichts, und zwar über die Gailings- und Laubenzettler Hailings-Wisen durch den Dornfurth und durch das Dorff Laubenzettel beym hellen Tag, habe nicht vermerckt, daß sich jemand gescheuet hätte.

Et Testis Secundus ibid.

Er könne nicht mehr sagen als von 34. Jahren, 51
so lang er gedencke, daß die Walder und übrigen Gemeinden darüber gefahren ohne Widerred: Was die Gemeinden gegen einander zu führen gehabt, das habe man auf diesem Weg geführt, sonderlich Mehl und Getrayd in- und aus der Mühl: Das Brennholtz habe man selbig mal noch nicht gebraucht, sondern uff der andern Seiten die Claffter um einen Batzen gnugsam haben können, so sey auch diese 4 Jahr über, da er allda gewohnt habe, kein Bau geführet worden, dahero er kein Bauholtz führen sehen: Was man geführt habe, sey offentlich und beym hellen Tage geschehen, er Zeug selber, sey die Zeit über, da er zu Steinabühl gewohnt, manchmal ohn einige Widerred und ungescheuet, durch die Gailings und hailigen Wisen, auch durch den Dornfurth, und durchs Dorff Laubenzettel gefahren, seyn selbig mal nasse Jahr gewesen, da man so offt nicht fahren können, man habe auch bey solchem nassen Wetter bißweilen auf jener Seiten zu mahlen haben können: Wann es aber dürre Jahr gebe, müsse man öffters durchfahren um der Mühlen willen, so in der Mühlstrassen ligen, sonsten müste man von Wald und den andern Weylern aus biß in die Warnig fahren, woselbst eine grosse Landschafft, und man nicht leicht zu mahlen haben könne.

Itemque Testis tertius ibid.

Ja so lang er gedencke, ein Jahr oder 40 neml. 52
sey man darüber gefahren, habe auch den Weg selbsten offt und vielmals gebrauchet, habe auch dergleichen von den alten Leuten gehört, deren Namen er aber nicht mehr wisse, er habe selbsten Getrayd in die Mühl hinüber und Mehl herüber geführt, was aber das Brennholtz belange, so habe er vor seine Person keines geführt, wohl aber viel Bauholtz zu unterschiedlichen Bäuen, als 1) seinem gewesenen Gevattern zu Schweinau Christoph Auern, 2) Matthäus Fischern zu Moßkorb, 3) einem Namens Lassenhöfer zu Moßkorb; So wisse er auch daß andre Leut mit Bauhöltzern gefahren, indem manchmal etliche Wägen mit Bau-Holtz mit einander gegangen, das was er Sager geführt sey schon vor ungefähr 15 Jahren, manchmal im Sommer, manchmal im Herbst geschehen: Zu Winters-Zeiten aber wisse er sich nichts zu erinnern, daß er jemals mit dergleichen Bau-Höltzern drüber gefahren, wann er nach Bau-Holtz gefahren, sey er mit leerem Geschirr vor Tag uff gewesen

und

und gefahren, mit geladenem Geschirr aber solchen Weg offentl. und bey Tag gebraucht: sey ungescheuet durch das Dorff Laubenzettel durch den Dornfurth, Mößner- und Hailig-Wisen gefahren, wüste sich keinmal zu erinnern, daß er wäre ufgehalten oder umgeschlagen worden.

53 Und ad Prob. 3. & 4. sagen diese Zeugen einmüthig aus, daß sie nicht wissen, daß die Gemein Laubenzetel und die Besitzere der Gailingwisen, wann man im Weg geblieben, und nicht neben hinaus gefahren, dawider jemals einige Widerred gehabt, oder diesen Fahrweg in gemeldter Zeit widersprochen, oder jemanden darauf gepfändet, und sich drüb beschwehrt hätten, auffer was jetz durante lite geschehen, da doch die bekl. Gemeinden solchen Weg jederzeit, ohn Unterschied der offenen und beschlossenen Zeiten wann sie dessen bedürfftig gewesen, oder vonnöthen gehabt, und fahren können, wann nemlich das Wasser nicht zu tief gewesen, gefahren.

54 Bestehen also Beklagte darauf, daß sie per ipsorum diuturnam tot annis, tantoque tempore continuatam quasi possessionem, & actorum patientiam vice tituli existentem, die Fahrens-Dienst- und Gerechtigkeit über diesen Weg qu. legitimè acquirirt.

Cum constet vel longo tempore, i. e. decem inter præsentes vel viginti inter absentes annorum usu diuturno servitutes ita acquiri, ut tq. jure impositæ vindicari queant.

l. 10. ff. si servit. vind. l. 1. in f. ff. de aq. & aq. pluv. arcend. l. 2. C. de servit. & aq. ubi Imp. Antoninus ait, *servitutes tempore acquiri, exemplo rerum immobil. nempe præscript. 10. vel 20. annor.* vel ita nimirum, si servitute ex justa causa sive titulo à non domino prædii, quem tamen dominium esse credebamus, constitutâ per 10. vel 20. ann. continenter usi fuerimus, de quo modo cum rerum corporalium usucapione s. præscriptione servit. communi accipienda

l. ult. C. de long. temp. præscript.

vel verò sic si nullo titulo quidem præcedente, cæterum nec vi, nec clam, nec precario, i. e. domino prædii servientis sciente & patiente, quod hic pro traditione & vice boni initii est, per continuum legitimi temporis spatium servitute usi simus, qui modus servitutum proprius est, de quo

l. 10. ff. si servit. vind. ubi JCt. Ulpianus ita: Si quis diuturno usu & longa quasi possessione jus aquæ ducendæ nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario possedisse.

Quanto magis igitur servitus viæ hic tanto tempore, 10 ac 20 annos longe excedente, præscripta, & mediante tanti temporis præscriptione Reis juste acquisita videbitur?

Und gewinnet durch diese ihre vorgeschützte exception die Sach ihrer seits kein geringes Ansehen zu einer obsieglichen Urtheil.

Belangend 2.) den Recess de a. 1568. sagen Beklagte, daß solcher ihnen nicht zuwider sey, aus Ursach, daß die Gailing-Wisen vor diesem nacher Wald zum Schloß gehört, und also an andere Ort keiner Ausfuhr bedürfft, nachdem aber davon anderwärtshin einige Tagwercke verkaufft worden, haben die Innhaber derselben einen Weg und Ausfuhr ihnen kauffen müssen, worüber der revers hinc inde ausgehändigt worden, der ihnen Beklagten nicht nachtheilig, quia factum tertii aliis nocere nequit. 55

2.) Folge nicht, die Inhaber der Gailingswisen haben den Weg mit ihrem Heu- und Grometführen über die Mößner-Wisen und Gemeinnutzung von den von Lendersheim und dem hailigen zu Laubenzettel erkauffen müssen. E. Haben die Gemeind zu Wald & Consl. nicht macht gehabt drüb zu fahren, dörffen auch noch nicht drüb fahren. Denn ja offt zwey oder drey ein Haus, Acker oder Wisen zugleich besitzen, da einer sein Antheil erkaufft, der andere erheyrathet, der dritte ererbet, aut alio titulo bekommt, deßwegen doch der erste kein bessers Recht, als die andern. Es sey genug, daß sie Bekl. die Fahrens-Gerechtigkeit durch langwierigen Gebrauch, ohn die geringste contradiction der Kl. hergebracht, und solches per juratas testium depositiones docirt. Ja es bestreite ihre asserirte langwierige hergebrachte Fahrens-Gerechtigkeit mehrers ipsa rei evidentia, indem sich bey der in Rotulo Examinis Num. act. 47. pag. 55. beschriebener Besichtigung des Wegs befunden, daß solcher aller Orten ein recht wohlgebahnter Weg oder Fahr-Strassen sey, welcher nicht nur durch wenige Heu- und Ometh-Fuhren, sondern durch den täglichen und langwierigen Gebrauch und andere Fuhren also gebahnet worden. 3) Werde in dem Revers de an. 1568. gedacht, daß das Lendersheimische und Döbitsche Wappen auf die setzende Steine solle gehauen werden, solches befinde sich aber uff keinem der 16 Steine, welches eine Anzeig, daß das Werck zu keiner Perfection gekommen seyn müsse.

Daß 3.) Kl. beschwehrlich falle, wann sich Bekl. diß Weges in- und aus der Mühl, in- und aus dem Wald und sonst bedienen und gebrauchen, thue, sagen Bekl., nichts zur Sache, denn das bringe die Natur der, von ihnen Bekl. durch langwierigen Gebrauch hergebrachten und acquirirten Servitut und Fahrens-Gerechtigkeit mit sich, dadurch die klagender seits angerühmte natürl. Libertæt vorlängst erloschen sey; Und wäre es im Gegentheil Bekl. noch beschwehrlicher, wann sie die Landstraß mit Mehl, Holtz und dergl. fahren müssen, indem dieser strittige Weg mehr nicht als 5525 Schritt austrage, von Ohrenbau auf Wald, und von dar auf Guntzenhausen, so dann fürters an die übrige Ort haben sie 13839 Schritt, müsten also 8361 Schritt weiter fahren, so können sie uff dem strittigen Weg ungehindert vor Tag fahren, wann sie aber die Landstraß führen, müsten sie zu Ohrenbau oder Guntzenhausen auf die Oefnung der Thor warten, könnten also in einem 56 57

Tag nicht wieder zu Haus kommen. Daß aber dieses ihr Fahren über den strittigen Weg der Wisen gäntzl. Ruin nach sich ziehe, sey falsch, und widerlege es der Augenschein selbst, auch habe sich Georg Hetzner von Laubenzettel, da er mit Caspar Krafften von gedachtem Laubenzettel zu Ercker Kiesern und Leonhard Sorgen von Stetten zu Anspach in der Herrieder-Vorstadt gekommen, unter andern ausdrückl. vernehmen lassen: Es schade ihnen nicht einen halben Gulden, wann die Walder & Conf. den strittigen Weg fahren, bringe ihnen auch keinen halben Gulden Nutzen, wann sie ihn nicht fahren, die Sach sey eben zwischen ihnen angefangen, müsse also ausgemacht werden, ut deponunt

Testes 4. & 5tus ad Additionales.

Woraus erscheine, daß Kl. den Weg qu. ihnen Bekl. aus purem Neid und Mißgunst strittig gemacht. 58 Denn daß Kl. 4.) ferner einwenden, wann dieser Weg Bekl. gestattet werde, schleichen sich auch andere mit Vieh, Getrayd, Schmaltz und andern verkäufl. und Zollbaren Gütern durch, wie schon geschehen besage

Num. Act. 44. 45. & 85.

und werde uff solche Weyse der Herrschafft an dero Zoll-Interesse grosser Abgang und Schaden zugefüget, ja endlich gar eine allgemeine Straß darauß gemacht werden; sey ebenmäßig nichts und könne demselben befürchtenden incommodo durch der Amtleut Vigilanz wohl vorgebogen werden.

59 Aber wie scheinbar diese der Bekl. Exceptiones seyen, so halten sie doch, wann man sie genauer besihet, und mit dem, was Kl. darauf repliciren, auch sich nachgehends weiter bey dem anderwärtigen Augenschein insonderheit gefunden conferirt, nicht den Stich, dann so viel die erste Haupt-Exception à præscriptione servitutis petitam, darauf sie ihre gröste Hofnung und starckes Fundament setzen, belangt, so ist unlaugbar, daß die Fahrens-Dienstbarkeit seu servitus viæ, darum hier die Strittigkeit 60 ist, eine servitus discontinua sey, cujus usus nempe sine hominis facto minime consistere potest, imo nullus fere est, sed unice per operam humanam habetur, unde, quia homo non assiduo, sed ex intercapedine operatur & agit, usus ejus discontinuus est, & interdum exercitium illius quiescit, perque intervalla temporum interpolatur, perinde ut in itinere, actu, aquæ haustu

per l. 14. ff. de servit.

61 Ob nun zwar veritate Juris Theorica inspecta nicht weniger die servitutes discontinuæ, ratione usus exercitii nempe, als die continuæ longi temporis præscriptione acquirirt werden, wie solches überflüßig erwiesen ex JCtis Gallis & Germanis nostris,

Duaren. *ad l. 10. ff. si serv. vind.* Connan. *l. 4. Comm. Jur. Civ. c. 12.* Coras. *ad l. 14. de serv. & l. 5. miscell. c. 5.* Franzk. *ad tit. ff. de serv. n. 54.* Sutholt. *Diss. 5. aph. 52.* Bachov. ad Tr. *v. 1. D. 17. th. 8. l. A.* Meier. *in C. J. A. lib. 8. tit. 1. th. 38.* Manz. *de serv. q. 1. n. 68.* Vinn. *qu. select. lib. 1. cap. 31.* Schiferdeg. ad Ant. Faber. *lib. 1. tr. 5. in præf.*

So ist doch in Foro plerubique usu & con- 62
suetudine die sententia inter servitutes continuas & discontinuas distinguens, & illas cum titulo longo, sine titulo verò longissimo tempore, 30. vel 40. ann. nimirum, has autem non aliter quam tempore immemoriali sine titulo præscribi statuens, recipirt, darnach nicht nur in Teutschland, sondern auch anderer Orten, in hohen und nidern Gerichten, auch in ipso Augustiss. Cam. Imperii nostri Judicio, quod nunc post nefandum Gallor. excidium antiquæ urbis Imperialis Spiræ, sedem suam Wezflariæ constituit, täglich gesprochen wird.

Nam nimis iniquum & durum esse censent, 63
ut dominus, qui ex jure dominii fundatam intentionem habet, servitutem perpetuam ideo tolerare cogeretur, quod per illud tempus longum vel longissimum 30 ann. alter aliquoties, & sæpius licet, ivit per fundum illius, cum id seu vi, seu clam, seu precario, seu vicinitatis occasione, s. familiaritatis causa fieri potuerit, visumque est, nec cum bona fide aliqeum, qui ejus titulum non habet, hoc posse 30 annis prætendere, ideo nec præscribere. Igitur haud aliter sine titulo præscriptionem admiserunt, quam si per tempus, cujus non extat memoria, quis servitute usus esset. Quam sententiam ut rationi naturali conventiorem, æquiorem, communiorem & tum alibi, tum in Camera Imperii, Praxi forensi receptam, in foro diu versati & hinc nominis celebritate maxime conspicui Practici laudant & sequunt. consulendo ac judicando.

vid. Molina *de justit. & jur. tr. 2. disp. 70. n. 7.* Joh. del Castillo *de usufr. c. 68. n. 7.* Ant. Gomez *tom. 2. var. res. c. ult. n. 26.* Covarr. *lib. 1. var. res. 17. n. 11.* Padilla *ad l. 2. C. de serv.* Balb. *de præscript. 2. part. part. 4. princ. q. 1.* Schneidw. *ad §. ult. Inst. de serv. n. 15.* Schlieffius & Hahn. ad Wesenbec. *ad ff. tit. de serv. n. 5.* Guid. Papæ *dec. 573.* Zanger. *de exc. p. 3. c. 10. n. 180.* Brunnem. *ad l. 2. C. de serv. & ad l. 14. ff. de serv. n. 3. 4.* ubi addit, *se non suasurum, ut à communi sententia in pronunciando quis recedat, nisi alicubi receptum, ut omnes servitutes longo tempore acquirantur.* Modest. Pistor. *v. 1. Cons. 7. n. 5.* Mynsi. *4. O. 53.* Gail. *2. O. 66. n. 7.* Mev. *p. 9. d. 164.*

Daß also was wider diese sententiam, in 64
cathedra ex veris licet Juris Principiis disputirt wird, alles vergebens ist, weil die distinctio in foro Praxi, usu & consuetudine plerisque in locis eingeführt und approbirt, ja auch theils Orten Constitutionibus Provinc. specialiter confirmirt ist, uti de J. Bavar. id test.

Manzius *d. l. n. 65.* ibi: *Die andere Grund und Dienstbarkeiten deren Gebrauch nicht stets und ohn Unterbruch ist, sondern in des Menschen Ubung steht, vverden durch Verjährung anderst nicht erlangt, dann in solcher langen*

Zeit,

Zeit, vvelche über Menſchen Gedencken ſich erſtrecket.

Wann man nun hoc præſuppoſito conſideriret ob die formalia requiſita præſcript. immemorialis hier zugegen und erwieſen, ſo wird ſich finden, daß ſolches nicht iſt, denn da wird erfordert,

ut per illos, qui ex jure præſcriptionis ſe in ſervitutis uſu defendere volunt, articuletur & probetur 1.) ſemet actus poſſeſſorios ejus ſervitutis exercuiſſe, ſeu in poſſeſſione vel quaſi iſtius ſervitutis fuiſſe, & quidem tali, quæ qualificata ſ. congrua ſit iſti juri, quod præſcriptum fuiſſe oſtenditur. 2.) Actus ad præſcriptionem tendentes factos eſſe ſciente vel patiente eo, cujus fundus fuit, per quem itum eſt, cum illa ſcientia & patientia in præſcriptionibus longioris temporis pro titulo ſit, ideo alius titulus non requiratur. 3.) Actus illos poſſeſſorios exercitos fuiſſe jure ſervitutis ſive ea mente & modo, quod utentes in alieno fundo ſervitutem ſe habere, ideo facere exiſtimarent. 4.) Continuam fuiſſe poſſeſſionem. 5.) quietam, pacificam & non interruptam. 6.) per tempus immemoriale exercitam. Quot vero annis tempus hoc definiendum inter Dd. haud con-
66 ſtat. Sunt, qui centenarium & immemoriale tempus uno eodemque modulo metiendum eſſe volunt, eo, quod 100 anni hominum memoriam non videantur excedere illudque moraliter infinitum ſit, quod hominum excedit memoriam, quam opinionem communis ferme Dd. Schola tenet

v. Cynus *in l. 2. C. de ſervit. n. 9.* Cæpolla *de ſerv. præd. inſt. cap. 19. n. 5. 6.* Ant. Gabriel. *l. 5. comm. opin. tit. de præſcript. concl. 1. n. 78. 80.* Maſtrill. *dec. 114. n. 46.* Weſenbec. *ad tit. de uſucap. n. 7.* ibi Hahn. Farinac. *qu. 69. num. 144.*

Ab his ſeceſſum facit Hugo Grotius *de J. B. & P. l. 2. c. 4. num. 7.* cum prudentioribus, ut loquitur, JCtis reputans non plane idem eſſe tempus memoriam excedens cum centenario, ſed magis potius, hancque opinionem etiam defendunt

Felin. *in c. 17. x. de præſcript.* Covarruv. *in c. poſſeſſor. 2. part. relect. §. 3. n. 8.* Menoch. *l. 2. Conſ. 17.* & alii.

Imo nonnulli perſuadere nobis ſatagunt, immemoriale non dici, cujus initium quocunque modo oſtendi poſſit per inſtrumenta, vel per literas vel per alia quæcunque documenta.

Sed vid. Weſenbec. *Conſ. 2. num. 82.*

Alii præciſe ad tempus immemoriale minus requirunt tempus quam centum annos ut Gloſſa *ad c. 15. x. de præſcript.* Gravetta *de antiquit. temp p. 4. §. abſolutis. 6. pr.*

67 Veriſſima autem opinio habet, quod tempus immemoriale neque præciſe centenario majus, neque minus, neque etiam par ſit, ſed illud dicatur, quod excedit memoriam hominum, qui veneranda canitie præditi eo tempore vivunt, quo aliquid controvertitur, nec tamen ſe id aliter unquam vidiſſe, neque etiam à majoribus ſuis aliud unquam audiviſſe, quin eorum tempore, & ſic ultra hominum memoriam, communem famam & vocem eorum, qui veriſimiliter ejus rei ſcientiam habuerunt vel ſcire potuerunt, fuiſſe, ita ab antiquo ſervatum, reosque viâ per loca inter partes jam controverſa, ſine ulla actorum contradictione, ſemper uſos eſſe, deponunt

Gloſſa *in c. 1. de præſcript. in 6.* Fulv. Pacianus *de probat. l. 1. c. 49. num. 17.* Chaſſan. *ad Conſtit. Burgund. tit. de Juſtices. §. 2. & tit. de foreſts. §. 2.* Mynſing. *1. O. 30.* Klock. *tom. 1. Conſ. 15. num. 12.*

Was nun das erſte Requiſitum, quod np. 68
Rei actus poſſeſſorios prætenſæ ſervitutis jam olim exercuerint, belangt, ſo melden zwar Klägere, daß die von Bekl. angegebene langwierige poſſeſſion vel quaſi der prætendirenden Fahrens-Dienſtbarkeit ein purum putum figmentum ſey, und wollen ihnen durchaus gantz keine poſſeſſion vor oder nach dem 30 jährigen Krieg, ſondern einzig und allein die neuerliche turbation in ihrer wohlhergebrachten Freyheit, zugeſtehen; Es teſtiren aber im Gegentheil de pluribus, tum à ſe, tum ab aliis, ſcientibus actoribus, exercitis actibus poſſeſſoriis die drey erſten Gezeugen der Bekl. in ihren ob-referirten depoſitionibus, quæ cum corporali juramento ab iis ſint confirmatæ, non omnis planè fides ipſis denegari poteſt.

Klägere opponiren zwar, ſie ſeyen einander contrair und vacilliren &c. meritiren alſo keinen fidem. Aber wir wollen ſetzen, daß durch ihre Auſſage die quaſi poſſeſſio oder actus poſſeſſorii rechtlich erwieſen worden, auch zugeben, daß die Actus allegati dergeſtalt qualificirt ſeyn, uti ex iis ſervitus prætenditur, ja noch ferner concediren, daß per ipſorum depoſitiones erwieſen, daß ſothane actus poſſeſſorii ſcientibus & patientibus actoribus, (qui quidem huic conſtanter contradicunt,) exercirt ſeyn, quia vix imaginari licet, quomodo ignorantibus dominis factum ſit, quod ſub eorum oculis evenit, folgl. das erſte und andere requiſitum richtig ſey; So iſt doch das 69
dritte requiſitum, actus nimirum illos poſſeſſorios exercitos fuiſſe jure ſervitutis, ſive ea intentione & mente, quod utentes via per loca jam controverſa ſervitutem ſe habere, ideo facere exiſtimaverint, durchaus nicht dargethan, denn keiner deren abgehörten Zeugen ſagen können, quo jure quove titulo die Gemeind Wald, Schweinau, Steinabühl und Moßkorb mit Getrayd, Mehl und Holtz über dieſen durch die Gailings- und Laubenzettler Mößners-Wiſen, item durch der Gemeind Laubenzettel und Schlunaerhof gemeine Hut, ſo dann durch den Dornfurth und das Dorff

Laubenzettel hindurch gehenden Weg gefahren, ob es jure servitutis, oder jure familiaritatis & bonæ vicinitatis gratia geschehen? sondern geben hierinn ihre Unwissenheit an Tag, wann sie ad Art. Prob. 11. Interr. Spec. 4tum: Ob Zeugen dessen ein rechtmäßigen Titul, oder daß Beklagte des Fahrens berechtigt gewesen, anzeigen können, und woher sie solches wissen? antworten, & quidem Testis 1. Er könne nicht sagen, daß die Walder und übrige Gemeinden ein Recht dazu gehabt, (oder zu haben vermeynt) das könnte er aber sagen, daß sie niemahls umgeschlagen worden; Testis Secundus. Davon wisse er gar nichts, ob die Walder und andere es mit Recht gethan, das einige wisse er, daß sie diesen Weg ohne Stritt getrieben; So gar wohl seyn können, wann sie ihn gleich jure familiaritatis nur gebraucht, und Klägere es ex bona vicinitate geschehen lassen, zumahl da er nicht starck von ihnen gebraucht worden, juxta depositionem Testis primi ad Prob. 2.

Ac testis tertius ad d. Int. 4tum: Er wisse es nicht anderst, als daß ers von alten gehört habe, daß man diesen Weg vor Alters so getrieben, und das wisse er auch vor seine Person so lang er gedencke, welches ein Jahr vierzig. Und ad Prob. 3. & 4. Interr. Spec. 21. Ob die Gemeind Laubenzettel dergleichen Fahren zu gestatten schuldig gewesen? Sagen alle 3. Gezeugen einmüthig, daß sie solches nicht wissen, der dritte setzt zwar hinzu, wann sie es nicht zu leiden schuldig gewesen, würden sie es ja abgeschafft haben, allein ist dieses keine ex certa scientia facta depositio, sondern ex proprio testis judicio formirte præsumptio minus concludens, weil es wohl seyn kan, daß sie es aus gutem nachbarlichen Willen verstattet und zugelassen oder gelitten, zumalen in der 30jährigen Kriegs-Zeit, da alles offen, ja Gärten, Aecker, Wisen, und anders zu überfahren fast jedermann frey gewesen, von welcher Zeit die Zeugen testiren. Und ob sie wohl ad sequens Interrog. 22. nichts davon wissen wollen, daß es den Bekl. nur aus gutem nachbarlichen Willen vergönnet und zugelassen worden, so geben sie doch keine andere ration, als weil sie nichts davon gehört, so keine
70 concludens ratio ist; Und weil sie gleichfalls nicht wissen, daß Bekl. den Weg quæst. jure servitutis gebraucht.

In dubio vero aliquis semper familiaritatis & amicitiæ potius, quam servitutis jure re aliena usus præsumitur

Koppen *dec. 57. num. 57.*

Qui autem non jure servitutis, sed tantum bonæ vicinitatis, vel familiarit. jure re alienâ usus, nunquam præscribit, etsi vel per mille annos plures actus possessorios exercuerit.

Balb. *de præscript. 2. part. 4. part. pr. q. 1. num. 3.* Cæpolla *de servit. rust. præd. c. 20. num. 1.*

So wird billich erachtet, daß Beklagten obgelegen gewesen, besser und klärer als geschehen, zu erweisen, daß sie die actus possessorios, davon die Testes zeugen, jure servitutis exercirt, zumahlen da 1.) die præsumptio in diesem stück wider sie streitet, indem, wie obgemeldt, vor diesem ein groß beschlossenes Thor zu End der Mößner-Wisen, so niemand als den Inhabern der Gailings-Wiesen zu Laubenzettel zu Einführung ihres Heu und Grometh geöffnet worden, gestanden, und damit der Weg qu. verwahrt gewesen, welches Thor sonder Zweifel erst im 30jährigen Krieg wegkommen, und also die damahlige Inwohnere der Flecken Wald, Schweinau, Steinabühl und Moßkorb wohl gewußt, daß sie bona fide über den von Klägern vor sich zu ihrer Nothdurfft und Bequemlichkeit das Heu und Grometh heimzubringen so theuer erkaufften, und biß dahin mit dem Thor verwahrten freyen Weg keine Fahrt servitutis jure prætendiren können, hätten sie es aber nichts destoweniger jure servitutis gethan, wären sie offenbarlich in mala fide constituirt gewesen, und hätten consequenter die servitut nicht præscribiren können, gestalten bekannt

quod Jure Canonico nulla procedat præ- 71
scriptio cum mala fide, maximè si initium habeat vitiosum, & cum mala fide conjunctum

c. ult. de præscript. c. 2. de reg. jur. in 6.
ibi Brunnem.

nec minus juxta communem rectioremque JCtorum sententiam præscriptioni immemorialis temporis, quam alii, mala fides obstet

Mynsi. *4. O. 6.* Gilken *de præscript. p. 2. m. 2. c. 1. n. 6.* Cæpolla *de S. P. U. c. 24. n. 7.* Fichard. *v. 2. Cons. 148. num. 18.* Franzk. *l. 3. Res. 1. num. 270.*

Et quamvis ex tanti temporis lapsu bona 72
fides adesse præsumatur & hinc ejus articulatio ac probatio non sit necessaria, attamen, ubi probatio in contrarium extat vel de mala fide aperte & manifesto constat, præsumptionem illam cessare & expirare necesse est.

Mascard. *de prob. vol. 1. concl. 225. n. 24.* Cravetta *de antiq. tempor. tit. 4. §. materia. num. 21.* Zanger. *de except. p. 3. c. 10. num. 105.*

Daher Beklagte auch 2.) den Weg quæst. der Zeit nicht so starck gebraucht wie jetzo, deponente ita teste 1mo ad Prob. 2. Massen sie das Brennholtz selbig mahl, nach Aussag Testis secundi ad d. Prob. 2. noch nicht gebraucht, sondern uff der andern Seiten die Claffter um einen Batzen gnugsam haben können, desgleichen auf jener Seiten auch öffters gemahlen, daß deßwegen 3.) Herr von Creylsheim in seinen Interceßionalibus für seine Unterthanen zu Laubenzettel attestirt, daß er als Fürstl. Ober-Amtmann zu Gunzenhausen nie nichts von diesem Weg gehört, daß er den Waldern & Cons. zustehen, und zu fahren erlaubt seyn sollte.

Noch weniger aber, als diß dritte, ist das 73
vierte, fünffte und sechste Requisitum erwiesen, continua nempe, quieta, pacifica, non interrupta, & per tempus, cujus non existit memoria, habita & exercita possessio; Denn obwohl Testis ad art. Pr. 2. aussagt, daß Bekl. der

Weg

Weg vor alten Zeiten gebraucht, weil er gedencke, von 50 nemlich biß 55 Jahren, deßgleichen Testis 2. ibid. daß so lang er gedencke (von 34 Jahren nemlich) Beklagte den Weg gefahren. Itemque Testis 3. ibid. so lang er gedencke (scil. von 40 Jahren) sey man drüber gefahren; So fällt solche Zeit doch 1.) in den 30jährigen Krieg hinein, oder seynd gleich die ersten Jahre auf den anno 1648. erfolgten Westphälischen Frieden, da es noch nicht viel besser, als in währendem Krieg selbst ergangen, in währendem Kriegs-Wesen aber und in den ersten Jahren hernach, ist bekannt, daß aller Orten, und, der Kläger Meldung nach, auch zu Laubenzettel wenig Leut gewohnt, und man über alles fahren dürffen, daß also solche Zeit wenig zu considerиren und zu rechnen, insonderheit, da gantz klar in Rechten versehen

74 quod hostilitatis ac belli tempore omnis quiescere debeat præscriptio, consequenter illius temporis possessio nulli proficere ad præscriptionem

c. ex transmissa. 10. verbis: præscriptione hostilitatis tempore non currente. c. cum nobis 2. ibi: *cursum præscriptionis impediunt. de præscript. j. c. qua actione. c. 16. q. 3. add. Rec. Imp. de anno 1654. §. So viel nun die Capitalia &c.*

75 2.) Zeugt ihrer keiner de continuatione possessionis ad tempus litis hujus motæ, haben auch davon nicht zeugen können, weil Testis 1. in seinen Buben-Jahren von Steinabühl wegkommen, jetzo zu Cronheim wohnend, und unter den Herrn Bischoff zu Eychstädt gehörig; Testis secundus auch mehr nicht, als vier Jahr zu Steinabühl gewohnt, und vor 30. Jahren schon von dorten nach Unter-Schwatningen weggezogen, der dritte aber wohnet zu Voggendorff und gehört in das Vogt-Amt Wiesenbruck, wie lang er aber von Wald, da sein Vatter gewohnt, schon weg, ist ex Actis eigentlich nicht zu sehen; So ist sothane continuatio possessionis, pace plane restituta, facta so weniger zu præsumiren, als klärer ex ipsorummet reorum confessione in Protoc. Num. Act. 89. p. 32. & prædictorum trium testium depositione ad Prob. 4. Int. 10. ist, daß Beklagte selbst erst anno 1683. die Weg-Höltzer und Büschel gelegt, nachdem die Laubenzettler bey dem Ober-Amt geklagt, daß Beklagte Walder & Consort. von Wald aus einen allgemeinen Weg über das Wißmath gegen Laubenzettel in die Mühl und nach Holtz neuerlich genommen, dadurch aber den Wisen grosser Schaden zugefüget und zugleich solcher Weg von Fremden gebrauchet würde, deme sie Kläger länger nicht zusehen könnten; Die Beklagte aber sich auch damahls zwar auf die possession, doch nicht auf eine so langwierige und viel Jahr continuirte possession, sondern insonderheit auf das Saalbuch und Augenschein, so da gegeben, daß eine Brück über die Altmühl vor diesem gewesen, beruffen. Welches, weil es sich so gefunden, und dafür gehalten worden, daß die Bruck solches Fahrens halber da gewesen, das Ober-Amt verursacht, die Beklagte bey dem Weg uff gewiße Maaß zu schützen, wie zu sehen aus dem Recess und Verglich de 2. Maji 1682. Num. Act. 5. biß sich hernach ein anders und daß die Bruck nur zu Einführung des Heu und Oehmts gebaut gewesen, ergeben, da solcher Recess wieder vom Ober-Amt uffgehoben, besage Num. Act. 7.

3.) So bezeugt Testis tertius ad Prob. 4. 76
Int. 12. daß Herr von Zocha, der Walder Herrschafft, den Weg qu. den Waldern & Cons. einmal verbotten gehabt, desgleichen hat er auch den Besitzern der Gailing-Wisen befohlen, zu End der Gailing-Wisen bey Anfang der Mößner-Wisen ein Schrancken aufzurichten, und mittelst Zuschliessung dessen den Bekl. das neuerliche Fahren zu verwehren, dazu dann das Holtz schon auf dem Platz gelegen, haben also Bekl. nicht quietam & pacificam possessionem gehabt, sondern es ist selbe verbis & facto interrumpirt worden.

4.) Ist durchaus kein tempus immemoriale, quo Rei hac via usi, hier probirt, denn keiner deren Zeugen 77
deponirt, daß er von seinen Majoribus nie anders gehört, als daß die Walder & Cons. stets über Menschen Gedencken auch vor dem 30jährigen Krieg den Weg qu. mit Getrayd, Mehl und Holtz gebraucht, und daß es communis & publica, omnium eorum, qui verisimiliter ejus rei notitiam habuerunt vel scire potuerunt, vox gewesen. Testis tertius sagt zwar, er habe es von Alten gehört und berufft sich auf einen, so Rupp geheissen und hiebevor auch zu Wald gewohnet.

ad Prob. 2. Int. 3.

Das ist aber ad probandam temporis immemorialis præscriptionem nicht gnug per superius tradita.

Weil nun auf solche Weis die Haupt-Exce- 78
ption der Bekl. à temporis immem. præscriptione petita fällt, mögen es die andern gar nicht ausmachen, und ihnen den Obsieg Rechtens zuwege bringen, allermassen selbige von schlechter Importanz und Wirckung, denn was die andere belanget, antworten Kl. wohl und recht, daß doch in allweg aus dem Recess de a. 1568. sich also lasse schliessen per bonam & necessariam consequentiam: Wann die Walder & Cons. über die quæst. Wisen und Laubenzettler gemeine Nutzung durch den Dornfurth damahls schon ein Fahrweg von Alters, durch langwierigen Gebrauch hergebracht gehabt hätten, hätte solcher den in Laubenzettel wohnenden Besitzern der Gailingwisen mit Recht nicht können denegirt werden noch sie nöthig gehabt, sich so drum zu bemühen, und so viel dafür zu geben; „ Und wäre freylich gnug, wann Bekl. per juratas testium depositiones docirt, daß sie die Fahrens-Gerechtigkeit durch langwierigen Gebrauch von undencklichen Jahren her erlanget, allein ist solches durchaus nicht zu rechtlicher Gebühr geschehen, wie bey der ersten Exception zur Gnüge remonstrirt. Es 79
hat auch sothane asserirte Fahrens-Gerechtigkeit

keit nicht mehrers bestättiget der Augenschein, denn woher es gekommen daß der Weg qu. bey der in Rotulo Exam. pag. 55. beschriebener Besichtigung einer gebahnten Strassen gleich gesehen, ist ex Actis offenbar, weil nemlich Bekl., wie sie selbst gestehen müssen, darüber dem Pfarrherrn mit 20 und mehr Wägen kurtz vor der Besichtigung und eingenommenem Augenschein Holtz geführet, dadurch er dergestalten gebahnet worden, daß er sich wohl müssen also præsentiren, worinn sie aber dem an. 1682 aufgerichteten Recess Schnurstracks zuwider gehandelt.

80 Die dritte Exception widerlegt der letztere auf Obrigkeitl. und Richterlichen Befehl durch Herr Müllern, Gemeinschafftl. Rath und Landschreibern des Kayserlichen Land-Gerichts des Burg-Grafthums Nürnberg, mit Zuziehung unpartheyisch Feld-verständiger Leute vorgenommene und ordentlich beschriebene Augenschein, dabey sich erfunden, daß, wie die Abriß „lit. F. & G. bezeugen, Wappen und Namen „in die Steine gehauen gewesen, inner so lan„ger Zeit aber durch Regen und anderm dermas„sen abgefretzt, oder auch durch vermuthetes „boshafftes Behauen dergestalt verdunckelt, „daß die Characteres nicht so deutl. mehr kön„nen erkannt werden, doch zeigen sich von dem „Namen Lentersheim noch zimlich klar die „Buchstaben LENTER. item das D. von des „Michel von Döbitsch Namen, wodurch der von Kl. producirte Recess de an. 1568. mehrere Krafft und Wirckung der Kl. intention, und daß das Werck seine Perfection erlangt, völlig zu erweisen bekommt.

81 Und weil solcher Gestalt Kl. ihrer Wisen und Güter Freyheit zur Gnüge dargethan, Bekl. aber die prætendirte servitut uff solchen, dadurch die Freyheit erloschen seyn solle, keineswegs, wie sich gebührt erwiesen, widersetzen sich Kl. billich der Bekl. ungerechten Anmassung, und ihnen zumuthender höchsten Beschwehrlichkeit, zumahlen da die Bekl. die Landstrasse haben, welche sie fahren können, so in anderthalb Stund nur weiter an die Ort, wohin sie fahren, als dieser Weg quæstionis, wie die Walder und Consortes bey dem letzten Augenschein selbst bekannt; juxta relationem Commissarii pag. 29. Protocolli sub Numero Act. 89.

82 Und obwohl ihnen solches etwas beschwehrlicher, ist es doch Kl. viel beschwehrlicher dergleichen wider Recht anmassende ewige Dienstbarkeit zu deren offenbaren, von dem Commissario in besagtem Protocollo auch bezeugten mercklichen, ihr und ihrer Wisen Ruin fast nach sich ziehenden Schaden, der desto grösser, weil das Dorff Laubenzettel an einem sumpfigten wässerigen Ort gelegen, testibus Actis, zu leiden, ja höchst unbillich, daß Bekl. solches wider Recht prætendiren.

83 Was des Georg Hetzners und Caspar Krafften Reden anlangt, können selbe der gantzen Gemein und Inhabern der Wisen nicht præjudiciren, und mag wohl seyn, daß es ihnen kein halben Gulden Schaden bringt, weil sie keine Wisen da haben, ist aber gnug, daß es andern Gemeinern schade.

Endlich daß bey Gestattung dieses Wegs al- 85
lerhand Schleiche und Defraudationes der Herrschafftlichen Zölle vorgehen, und durch der Amtleut Vigilanz nicht gnugsam præcavirt werden können, hat die bißherige Erfahrung bezeugt, und reden davon die Exempel und Acta Num. 44. 45. & 85. worauf wir uns beziehen geliebter Kürtze halben, daher dann so weniger Bekl. der ihnen ohne dem nicht zustehende Weg zu gestatten, sondern sie uff die gemeine Landstraß zu weisen.

Was nun deme nach bey sothaner der Sa- 86
chen Bewandniß, da Kl. ihre intention zu rechtlicher Gebühr erwiesen, selbe durch der Bekl. Exceptiones nicht elidirt, für eine Urtheil abzufassen und zu publiciren, ergibt sich von selbst, unsers Erachtens nemlich kan, salvo tamen melius sentientis Judicio, keine andere, als nachstehende Urtheil, die wir den Actis und Rechten gemäß zu seyn befinden und im Fall obhabenden richterlichen Amts selbst zu publiciren kein Bedencken trügen, den Partheyen eröffnet werden.

Urtheil.

IN Sachen Rechtens sich haltend zwischen der Gemeinde Laubenzettel und Besitzern der Gailing-Wisen, Klägern Eins; Entgegen und wider die Gemeind Wald, Schweinau, Steinabühl und Moßkorb, Beklagte andern Theils, wird auf Klag, Antwort, eingelegte Document, geführte Kundschafft, eingenommenen Augenschein, und all ander Gerichtlich Fürbringen, nach gethanem Rechtsatz, genommenem Bedacht, und eingehohlten Rath auswärtiger unpartheyischer Rechtsgelehrten, mit Urtheil zu Recht erkannt, daß der Klägere Wisen und Felder von der beklagter Seits drauff anmassender Fahrens Dienstbarkeit frey, und deßwegen Beklagte sich des Fahrens darüb gäntzlich zu enthalten, auch Klägere in ihrer Freyheit künfftig hin ungekränckt zu lassen, und deshalber caution de non amplius illos in libertatis suæ usu impediendo zu bestellen schuldig und verbunden seyn sollen, die auffgeloffene Gerichts-Kosten aber werden aus Bewegniß gegen einander compensiret und verglichen.

Wolten solches ꝛc. Actum in Collegio nostro d. 22. Maji 1690.

CONSI-

CONSILIUM XXXV.

DE

Pignore ſeu hypotheca juncto contractu antichretico.

SUMMARIA.

1. *Sententia.*
   2. & 3. Rationes decidendi.
4. *Creditor antichreticus, cui re oppignorata invicem uſurarum liberè & indeterminatè frui conceſſum eſt, ſine ulla rationum reddendarum lege fructus omnes percipiendo ſuos facit.*
5. *Quid ſi modum legitimum uſurarum excedant?*
6. *Sunt qui putant rationem fructuum perceptorum eſſe reddendam. Ex adductis tribus rationibus.*
7. *Sed contraria ſententia verior.*
8. *Et ad diſſentientium rationes reſpondetur.*
9. *Applicatio ad ſubſtratum caſum.*
10. *Ratio decidendi ſecunda.*
11. *& 14. Ex communi Dd. ſententia creditor antichreticus tributa ſolvere tenetur.*
12. *Ratio hujus allegatur.*
13. *Idem jus in uſufructuario de prædio dotali, vidua nobili de prædio ipſi in dotalitium aſſignato.*
15. *Si vero expreſſo pacto cautum fuerit ut tributa à creditore ſoluta debitor ſuo tempore reſtituat, huic omnino ſtandum.*
16. *Quod probatur per LL. expreſſas.*
17. *Et ad caſum applicatur.*
18. *Caſu ubi immenſus & immodicus legitimam uſurarum quantitatem multum exſuperans exceſſus ſe exſerit, quænam obſervanda?*
19. *Tertia & quarta deciſionis ratio.*
20. *Cujus ultimæ vel maxime in hoc conſiſtit: quod inſtrumento ſe ad aliud referenti regulariter non credatur niſi conſtet de relato illudque ſimul producatur & exhibeatur.*
21. *Duo excipiuntur caſus.*
22. *usque 27. Reliquæ ad documentorum editionem moventes rationes recenſentur.*
25. *Quod mihi non nocet alteri vero, quocunque modo ſit, prodeſt, illud eidem haud denegandum æquitas omnino poſtulat.*
26. *& 27. Aut inſtrumenta edenda ſunt aut corporali juramento probandum ſe illorum copiam non habere.*
28. *Caſu quo reus & actor per ſententiam quid obtinent, expenſarum compenſationem fieri æquum eſt.*
29. *A condemnatione in expenſas termini circumducti ut quis liber dicatur, parti adverſæ hoc notificare debet.*

Urthel.

1 IN Reſtitutions-Sachen ſich haltend zwiſchen Johann Sylveſter Rotenberger, vormals Beklagten jetzo Imploranten Eins, entgegen und wider Tobias Imanuel Lembcken vormahls Klägern jetzo Imploraten andern Theils erkennen und ſprechen von GOttes Gnaden Wir Friedrich der Dritte, Marggraff zu Brandenburg, des Heiligen Römiſchen Reichs Ertz-Cammerer und Churfürſt ꝛc. ꝛc. ꝛc. auf eingehohlten Rath auswärtiger unpartheyiſchen Rechtsgelehrten allem Fürbringen nach zu recht, das vorige den 28. Nov. 1689. publicirte Urthel in ſo weit zu reformiren, daß Beklagter und Implorant nicht gehalten das innhabende Gut Hohenholtz nebſt den aus Soltenitz genutzeten Höfen nach Anlage einer gewiſſen und billigen Arrhende zu berechnen und dasjenige, was er oder ſein Vatter an Melioration und Contribution von Jahr zu Jahr verwandt und ausgezahlet oder an Zinſen und ſonſt zu fordern zu haben vermeint allemal zu ſpecificiren, jährlich von der Penſion abzuziehen, und ſolcher Geſtalt die Berechnung der Obſervance gemäß förmlich einzurichten, ſondern er ohn Berechnung der aus ſothanem Jure antichretico beſeſſenen Gut genoſſenen Früchten ſein forderendes Capital ſamt den erweißlich angewandten Meliorationen und von dieſem Gut bezahlten Contributionen, wie ſolche im Verglich de anno 1654. verſprochen, von dem Imploraten, wann er als Lehnfolger das Gut wieder löſen will zu erfordern befugt und berechtiget ſey, Kläger und Implorat wollte dann auf ſeine Koſten und Gefahr erweiſen, daß die Nutzung des Guts die jährliche Landläuffige Zinſen des prætendirten Capitals weit übertroffen, und Implorant daran ein gar groſſes Uebermaß gehabt; So dann 2. daß Beklagter und Implorant wegen des achten Prætenſions-Puncten ſeine Befüganiß dazu eigentlicher zu dociren nicht verbunden; Indeme aber vorgedachte Urthel zu confirmiren, daß nemlich Bekl. und Implorant wegen der ſub N. 1. & 2. fol. act. 59. angegebenen beeden Poſten die von denen Cedenten erhaltene Urkunden nebſt den

Cessionibus oder aufgerichteten Verglichs- und Contracts-Recess, item wegen des Mütterlichen den Ehe-Recess in Originali zu ediren oder daß er solche schrifftl. Document nicht bey sich, noch einige Wissenschafft davon oder dieselbe gefährlicher Weise habe von Handen kommen lassen, vermittelst Eides zu erhalten schuldig; Und wann so dann diese Documenta gerichtlich producirt seyn, oder Bekl. und Implorant obermeldten Eid abgeleget, auch beede Theil ferner, was sie zu Behuff der Sachen weiter nöthig erachten, beygebracht und geschlossen haben werden, darinn ferner ergehen und geschehen solle, was recht ist. Inmassen wir die Urthel solcher gestalten respective reformiren und confirmiren, die Unkosten aber gegen einander compensiren und vergleichen, ausser den Klägern und Imploraten zuerkandten expensis termini circumducti, dabey es auch sein Bewenden hat, wie sie in voriger Urthel zuerkandt seyn.

Daß diese Urthel den Actis und Rechten gemäß, bekennen wir Decanus &c. &c. Actum in Collegio nostro d. 16. Junii 1690.

RATIONES DECIDENDI.

2 Die Ursachen, so uns zu Abfassung vorstehender Urthel in Sachen Tobias Immanuel Lembken contra Johann Sylvester Rotenberger, bewogen haben, bestehen kürtzlich in folgendem. Erstlich, daß wir die vorige den 28. Nov. anno 1689. publicirte Urthel dahin reformirt, daß Beklagter nicht gehalten, das innhabende Gut Hohenholtz, nebst 3. Bauren- und 2. Cossaten-Höfen in Soltenitz, nach Anlag einer gewissen und billigen Arrhende zu berechnen, und dasjenige, was er oder sein Vatter an Meliorationen und Contributionen von Jahr zu Jahr verwandt und ausgezahlt oder an Zinsen und sonst zu fordern zu haben vermeint, allemal zu specificiren, jährlich an der Pension abzuziehen und solcher gestalt die Berechnung der Observance gemäß einzurichten, sondern er ohne Berechnung der aus sothanem jure antichretico besessenen Gut genossenen Früchten, sein forderendes Capital, samt den erweißlich aufgewandten Meliorationen, und von diesem Gut bezahlten Contributionen, bey Reluirung dessen von Imploraten zu exigiren befugt und berechtiget sey, dazu hat
3 uns bewogen, daß obbemeldtes Gut Hohenholtz samt den Höfen zu Soltenitz in dem den 22. Junii 1654. zwischen weyland Christian Gerhard Lembken, und Tobias Rotenbergern, jetzigen Bekl. und Imploranten seel. Vattern, aufgerichteten Verglich, Liquidation- und Punctations-Recess, den beede Theil samt ihren Beyständen und Litis Curatorn für das Churfürstl. Neuen Stetinische Burg-Gerichte in Originali gebracht, und nicht allein zu confirmiren, sondern auch dem Burg-Gerichts-Buch zu inseriren und in forma probante ihnen hinwieder zu extradiren gebeten, auch solches nicht allein, sondern auch noch ferner nachgehends anno 1681. Tobias Rotenberger seel. den Churfürstl. Consens darüber erhalten, ausdrücklich zur Hypotheck oder Pignore cum pacto antichreseos ihm Rotenbergern verschrieben und eingeraumt worden, wie zu sehen ex §. wann nun gegen meine obspecificirte Prætensiones gehalten wird erstlichen das wenige, was ich von gedachten dritten Soltenitzschen Lehn-Particul seel. Sylvester Lembken innen habe, besitze, nutze und gebrauche, „als nemlich das obbeschriebene Busch-„Gut Hohenholtz nebst denen zweyen ge-„dachten Höfen zu Soltenitz, worzu noch „gehörig die dritte Huffe, Bölckens Huffen Antheil, das Felland, zwene Kotzen mit ihren Ge-„höfen und Ländereyen, Krueghuffen Antheil, „Kampe, und was sonsten die Großmutter noch innen hat, und unter dieser Hypotheck in Abnützung seyn soll, und hiernächst dazu „fallen muß ꝛc. So wird sichs im Wercke also-„bald ausweisen, daß mein Prætensions-Capital weit höher sich erstreckt, als das Abnutzungs-Capital ausbringen kan ꝛc. & §. daß „demnechst das gantze vätterl. Lehens-Particul „cum omnibus pertinentiis &c. nicht allein „nach wie vor meine expressa hypotheca „ad plenariam reluitionem usque seyn „und bleiben, sondern auch das übrige, was noch „dran ermangelt und dazu gehört, so theils noch „in andern Händen, krafft dieses aber hiemit „gleicher Hand cediret, übergeben, abgetreten, und zum Genieß- und Abnutzungs-Gebrauch zugeeignet seyn soll. „Ob nun wohl solch beschrieben Lehens Partic. „noch weit nicht so hoch in æstimatione, „als sich meine obige Prætensions-Posten erstrecken, so bin dennoch des gutwilligen Erbietens, daß ich dasselbe eben wohl denen „Herren Gebrüdern zum Besten vor obspecificirte angenommene Schuld- und Forderungs-„Posten Jure antichretico expresso annehmen, davor nutzen, und gebrauchen solle und „wolle, daß ich gleichwohl mit sothanigem Lehn-„Gut, wie in allen andern Stücken, also auch im „Gehöltze als mit meinem proper-eignen Gut, „Dnn. affinium concesso plenissimo jure, ohn „jemands Einreden, Hinderniß oder turbiren, „allerdings als sie selbst zu schalten und zu walten „haben solle usq; ad prædict. reluitionem &c.

Nun ist bekannten und offenbahren Rechtens 4
quod creditor antichreticus, cui re oppignorata in vicem usurarum liberè & indeterminatè frui concessum est, ut hîc Rei defuncto Parenti, sine ulla rationum reddendarum lege, & absque ulla injustitiæ nota ac labe fructus omnes percipiendo suos faciat, sive sint naturales, sive civiles, sive ex re sola natura

tura operante naſcantur, ſive ad illos pro-
5 ducendos hominis quoque induſtria requiratur, etiamſi modum uſurarum legitimum in aliquo excedant, (quem eos hic, deductis expenſis & oneribus, ne quidem attingere Reus conſtanter aſſerit, & in dicto Transactionis Inſtrum. & Receſſu quoque dicitur)

l. 11. §. 1. de pign. l. 11. l. 14. l. 17. C. de uſ.

modò fructus fuerint incerti, quorum ſcil. æſtimatio & proventus tempore variare ſolet, & debitore facultas reluendi pignus non adimatur, ut hic, tunc enim ob varietatem pretii, quod diverſis temporibus diverſum eſſe ſolet, & incertum fructuum proventum, qui ſæpe fruſtratur agricolas, aliqua h. juris latitudo admiſſa, creditorique indultum eſt, ut ex propenſa & expreſſa debitoris indeterminate jus antichreſeos concedentis voluntate fructus omnes lucretur, licet legitimum uſurarum modum quoque aliquo modo excedant, ſi ſaltem tolerabilis, nec nimus & immodicus fructuum ſit exceſſus, (nam ſi fructus percepti immodicè & nimiùm uſurarum modum excederent, (quod ſi Actor & Imploratus hic obtenderet, illud ei probandum incumberet) ex æquitate res moderanda & ad æqualitatem reducenda foret, neque creditori cum inſigni & intolerabili debitoris læſione & injuria in infinitum fructus pignoris lucrari, & in fraudem legitimarum uſurarum debitorem gravare permittendum eſſet.

arg. l. 12. §. 2. de admin. tut. poſt Cujac. Tabor *de alter. tant. p. 3. art. 11. th. 11.* Carpz. *p. 2. c. 30. d. 41.* B. D. Lauterb. *Diſp. de Jure Antichreſ. th. 47. 48.* Hagen *de uſu uſurar. c. 11. n. 231. ſeqq.*)

6 neque teneatur perceptorum fructuum rationes reddere. Tametſi enim contrarium, creditorem antichreticum nempe ad rationes reddendas obſtrictum eſſe, videri poſſet ex eo 1.) quod creditor non ſuo ſed debitoris nomine poſſideat

l. 36. ff. de acquir. poſſ. l. 15. §. 2. ff. qui ſatisd. cog.

& pignoris tantum ſit adminiſtrator Mund. *vol. 2. Conſ. 9. n. 64.*

2.) quod creditor accepti pignoris rationes in tantum reddere teneatur, ut ne quidem per pactum ipſi rationum redditio remitti valeat, ne hoc modo creditorum avaritiæ & malitiæ feneſtra aperiatur, ex doctrina Carpzov. *p. 1. c. 32. d. 28. 29.*

3.) quod etiam uſufructuarius ad rationes reddendas obligatus ſit

l. 1. §. 4. ff. uſufr. quemadm. cav.

7 Attamen verius eſt creditorem antichreticum de fructibus in vicem uſurarum perceptis nullas rationes reddere teneri. Eſt enim velut Procurator in rem ſuam, atque fructus uſurarum loco perceptos ſtatim ſuos facit, eorumque verus eſt dominus, proinde tanquam liber rerum ſuarum moderator & arbiter ad rationum examen vocari nequit. Sicut hoc quoque omnes fere Dd. agnoſcunt & confirmant, præjudiciisque illuſtrant.

v. Rauchb. *p. 1. q. 20. n. 37.* Mev. *in Diſc. lev. inop. deb. cap. 4. ſect. 11. n. 23. 31 40.* Carpz. *d. p. 2. c. 30. d. 40. & Pr. cr. p. 2. q. 92. n. 75.* Hagen *d. tr. c. 11. n. 229.* Heeſer. *loc. comm. de rat. reddit. loc. 1. n. 161.* B. D. Lauterbach *d. Diſſ. th. 56.*

8 Quæ verò de creditore ad rationes reddendas obſtricto ſupra adducuntur, intelligenda tantum ſunt de creddore ſimplex pignus habente, absque percipiendorum in vicem uſurarum fructuum poteſtate. Is n. cum non ſuo, ſed debitoris nomine fructus percipiat, non poteſt non ad rationes reddendas obligatus eſſe, quemad. quilibet alius rei alienæ adminiſtrator.

Heeſer. *d. loc. 1. n. 41. & 88. ſeqq.*

In d. l. 1. §. 4. ff. uſufr. quemadm. cav. autem non dicitur quod uſufructuarius de fructibus perceptis rationes reddere debeat, ſed tantum, quod res ipſa utenda fruenda conceſſa recte in teſtatum redigatur, ut inde poſſit apparere, an & quaten. res illa facta ſit deterior.

9 Kan demnach Beklagter und Implorant nicht angehalten werden, das Jure antichretico innhabende Buſch-Gut Hohenholtz ſamt den Höfen zu Soltenitz nach Anlag einer gewiſſen Arrhende zu berechnen, ſondern wann Kläger daſſelbe wieder löſen will, iſt er das darauff hafftende Capital, ſine prævia rationum redditione de fructibus perceptis à Reo faciendâ, zu bezahlen ſchuldig.

10 Fürs ander iſt in beſagtem Receſs auch wegen der Melioration und Contributionen ausdrücklich verſehen, daß alle Melioramenta, die „dem Lehen zum beweißlichen Beſten erheiſchender Nothdurfft nach angewendet werden, heut „oder morgen den Hrrn. Gebrüdern (von Lembken) ad repoſcendum cum intereſſe, auſſerdem, was droben ausbeſcheiden, mit angerechnet, alſo dieſelben von ihnen allerdings, als wann „ſie ſie ſelbſt ins Werck gerichtet, vor genehm gehalten werden ſollen. Desgleichen Kriegs- und „Lands-Steuren, wie nicht weniger die auf dem „Gut hafftende Schulden, ſo er (Rothenberger) „beweißlich abſtatten werde oder müſſe, ſollen die „Gebrüdere von Lembken und Lehenfolgere bey „Reluirung gleichfalls cum intereſſe wieder zu „erſtatten ſchuldig ſeyn. Derowegen dann Beklagter und Implorant die erweißlich angewandte Melioration, ſo die Nothdurfft erheiſchet hat, ſamt den von dieſem Gut ausbezahlten Contributionen, ohne vorhergehende Berechnung deſſelben nach Anlage einer gewiſſen und billigen Arrhende, (doch daß die den producirten Quitungen nach entrichtete Kopff- und Viehſteuren, item wegen der Trebbenſchen Huffen und anderer Güter bezahlte Contributionen vorher davon ſeparirt werden,) von Imploraten, als rechtmäßigen Lehens-Succeſſore des Compaciſcenten, ſothaner Verſchreibung nach, bey vornehmender Wiederlöſung des Guts zu erfordern und zu repetiren berechtiget. Und ob zwar ſonſt wohl der Contributionen, Huffen- und Landſteuren, Schatzungen, und dergleichen Beſchwerden Entrichtung, ex communi Dd. 11 ſententia, dem Creditori antichretico aufgebür-

bürdet, und dafür gehalten wird, daß ihm dergleichen onera rebus fructuum cogendorum cau-
12 sa paratis imposita, sie seyen ordinar oder extraordinar, abzutragen obliege, weil es fructuum onera seyen, ab illo præstanda, qui rem possidet, & fructus percipit

l. 2. C. de annon. & trib. l. 13. ff. de impens. in res dot. fact. l. 7. §. 2. l. 27. §. 3. ff. de usufr. Carpzov. *p. 3. c. 16. d. fin.*

13 Gleichwie sie dahero auch der Usufructuarius de prædio usufructuario, der maritus de prædio dotali, und vidua nobilis de prædio ipsi in dotalitium assignato, tragen und entrichten müssen.

per txx. alleg. Carpz. *d. l. & l. 1. tit. 10. R. 105.* Besold. *th. Pract. voc. Steur.* Elbert. Leon. *de usufr. c. 15. n. 4.* Ziegler. *de Jur. Maj. l. 2. c. 3. n. 36. seq.* Klock. *de contribut. cap. 11. n. 223.*

14 Atq; creditorem pignoratitium omnino talia onera agnoscere & solvere teneri, adeò, ut si convenerit inter debitorem & creditorem, ut creditor onus tributi prædii pignorati non agnosceret, sed ejus solvendi necessitas debitorem spectaret, tamen conventio ista fisco non præjudicet, nec ipsum removeat, quo minus is tributa à creditore exigere queat, apertè quoque respondet JCtus Papinianus

in l. 42. ff. de pact.

15 So ist doch kein Zweiffel, daß, wenn der Creditor antichret. sich mit dem Debitore verglichen und einig worden, daß weil die Nutzung des eingeraumten Pfand-Schillings den schuldigen jährlichen Zinß kaum erreicht, der Debitor die von darunter begriffenen Gütern forderende contribution und andere dergleichen Beschwerden auf sich nehmen, und über sich ergehen lassen solle, der creditor befugt sey, die von ihm als possessore per Fiscum, der sich an ihn hält, exigirte und bezahlte contribution wieder von dem debitore zu repetiren.

16 Hoc enim ita clare decisum est in

l. 52. §. 3. ff. de pact. ubi JCtus Ulpianus pactum, inquit, ut si quas summas pp. tributiones prædii pignori nexi factas creditor solvisset, à debitore reciperet & ut tributa ejusd. prædii debitor penderet, justum, ideoque servandum est.

Facit eò & *l. 6. C. de pignor.* ubi dicitur, in summa debiti computari etiam id, quod pp. possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum vel quodlibet aliud necessarium obsequium præstitisse creditorem constiterit.

Exigi igr. poterunt tributa, similiaq; onera, a cred. neque Fiscus ob tale pactum deb. proprietarium sequi & convenire tenetur, poterit. tn. creditor qui tq. possessor ea solvere necesse habuit, illum convenire, ut restituat, quod pignoris nomine solutum est ab ipso, uti hoc prolixius prosequitur

Ægid. Thomat. *de Coll. §. Pauperes. n. 37. p. 505. seq.* Ziegl. *de Jur. maj. d. l. 2. c. 3. n. 38.* ubi præjud. JCt. Witt. consentiunt Mev. *in Discuss. levam. inop. deb. c. 4. sect. 11. n. 32.* & Lauterb. *disp. de jur. antichres. th. 55.* qui ajunt, cred. antichret. si aliud pacto non expressit, hæc onera in se recepisse censeri ac credi.

Ist demnach wohlfolgl. Bekl. und Iant. von 17
Klägern undlaten allhier ob pactum expressum inter illius patrem & hujus antecess. cui agnationis jure in Feudo successit, initum, wohl befugt neben seinem prætendirten Capital die erweißliche Meliorationen, und von dem Pfand-Schillings Weise oder jure antichret. ingehabten Gut bezahlte Contributionen wieder zu erfordern, ohn daß er dasselbe nach Anlag einer gewissen und billigen Arrhende zu berechnen, und alsdann dasjenige, was er Bekl. oder sein Vater an Meliorat. und Contribut. von Jahr zu Jahr verwandt und sonst zu fordern zu haben vermeint, allemal zu specificiren, jährlich von der Pension abzuziehen, und solcher gestalt die Berechnung der Observance in Arrhenden gemäß förmlich einzurichten schuldig; Es wäre denn, daß Kläger und Iat auf seine Kosten und Gefahr zu erweisen getrauete wider die vor den gerichtl. confirmirten Verglichs-Recess militirende starcke præsumption, daß ein Schleich zwischen den Paciscenten vorgangen wäre, und die Nutzung des Guts die jährl. Land-läuffige Zinsen des prætendirten Capitals weit übersteige, und Iant daran ein gar grosses Ubermaß habe, weßfalls darauf zu kommen, ob dergleichen immensus & immodicus legitimam usurarum quantitatem mul- 18
tum exsuperans excessus vorhanden, ein unpartheyis. æstimation per rerum peritos Æstimatores vorzunehmen seyn würde, welche zu sehen hätten 1.) ad prædia in antichresin data. 2.) ad prætensæ sortis quantitatem. 3.) ipsos fructus, qualis illi fuerint, quosque fructus prædia oppignorata tempore ἀντιχρήσεως contractæ juxta communem usum ferre potuerint, quosq; durante antichresi tulerint, und 4. die labores, culturam, curam & impensas à cred. factas zu considerirẽ hätten, ex quorum omnium collatione denn ohnschwehr zu æstimiren, qualis fructuum excessus vorhanden oder nicht.

Rauchb. *p. 1. q. 20. n. 43.* Mev. *d. l. n. 21. seqq.* B. D. Lauterb. *d. disp. th. 48.*

Daß 3.) Bekl. und Iant. wegen des 8. Puncten mit weiterer Beweisung nicht zu beschwehren, wie er dazu befugt sey, wird sich aus folgendem erbrechen.

Daß wir 4.) aber die vorige Urtheil in dem Arti- 19
cul confirmirt, daß Bekl. und Iant. der pag. Act. 59. angegebenen beeden Poste wegen angezogene Verglichs und Contracts Recess nebst den cessionibus zu ediren schuldig seyn solle, ist der Ursach geschehen 1.) daß das producirte Liquida- 20
tions- und Punctations-Instrument de anno 1654. sich auf jene beede Verglichs- und Contracts- Recesse de anno 1651. & 1652. sub N. 1. & 2. expresse beziehet und referiret, nun ist bekannt, quod instrumento se ad aliud referenti regular. non credatur, nisi constet de relato, illudque simul producatur & exhib.

l. 77. de hered. inst. Auth. si quis. C. de ed. l. 31. de cond. & demonst. Gilcken *ad d. Auth.* Gail. *2. O. 1. n. 15.*

nisi

21 niſi forte referens expreſſe & ſpecifice totum illud complectatur quod relato continetur, vel à Principe aut inter easdem perſonas confectum ſit

Rutger Ruland. *de commiſſ. & commiſſ. p. 2. l. 5. c. 35. n. 8. 9.* Boer. *dec. 247. n. 3. & dec. 281. n. 8. 9.* Ariſm. Tepat. *in Epit. deciſ. tit. 217. c. 11. pr.* Maſcard. *de probat. concl. 923.*

quarum exceptionum neutra huc directo & adæquate ſic quadrat, ut propterea à regula hic ſit recedendum.

22 2.) Prætendirt Beklagter und Implorant die beede Pöſte ſuo modo ex jure ſibi ceſſo pro tantarum ſummarum a ſe facta ſolutione, deßwegen er deſto billiger angewieſen wird, die Authentica Inſtrumenta Ceſſionum zu produciren, mittelſt deren ceſſionem ſibi legitime factam zu dociren, und alſo ſeine Perſon deſto beſſer zu recht dadurch zu legitimiren

Brunnem. *tr. de ceſſion. act. c. 5. n. 15.* Lentz. *de ceſſ. act. cap. 17. membr. 9. n. 16. ſeqq.* imprimis vero Alphonſ. de Olea *de ceſſion. jur. & act. tit. 6. qu. 9. per tot.* cum infinitis ibi alleg.

23 Umb ſo mehr 3.) als Klägern an production dieſer Inſtrumentorum gelegen wäre um ſich daraus nach Gnüge zu informiren, und zu ſehen, ob nicht der ſub. Num. 8. geforderte poſt unter den ſub N. 2. geforderten 1400. fl. ſchon ſtecke weil des Obriſten Criſpin und des Major Sylveſter Lembcken Schweſter an Briesen verheyrathet geweſen, wann der achte poſt, wie Kläger und Implorat es verſtehet, von der Mutter Schweſter Ehegeldern herrührete, wiewohl wir die achte Prætenſion nicht anders anſehen, als daß es des Tobias Rothenbergers itzigen Beklagten und Imploranten Fr. Mutter Ausſteur Gelder ſeyn, deren quantum nach proportion oder Gröſſe der Vater Schweſter Ehegelder die ſie aus denſelben Lehn empfangen, gerechnet wird, ſo leicht wird können erkundigt werden aus der Zeit der Verheyrathung des Beklagten und Imploranten Fr. Mutter mit ſeinem ſeel. Vater, dann wann ſelbige A. 1640. geſchehen, von der Zeit aus dieſem Poſt die Zinſen pag. Act. 60. gerechnet, doch aber nachgegeben, werden, ſo iſt gantz wahrſcheinlich, daß die achte Prætenſion des Beklagten und Imploranten Fr. Mutter Ausſteur in quanto nach proportion der Vater Schweſter Ehegelder gerechnet ſey, deßfalls es denn keiner weitern Erklärung hierbey vonnöthen, noch Beklagter u. Implorant damit, daß er die Befügniß zu dieſer Prætenſion eigentlicher docire ferner zu behelligen, indem er der Sohn, conſequenter heres, und daher die Befügniß am Tage.

24 4.) Kan Beklagter und Implorant ſothane Inſtrumenta, gleich wie auch wegen des Mütterlichen den in voriger Urtheil zu ediren injungirten Ehe-Receſs, wann er ſie in ſeiner Gewahrſam und Handen hat, und nicht ſonſt was darhinter ſteckt, ja ohn einig Præjuditz ediren, und ſoll es deßwegen zu mehrer Beruhigung des Klägers und Imploraten billig thun,

derenthalben wir ermeldten Ehe-Receſs auch wieder mit zu produciren der Urtheil inſerirt.

Quod enim mihi non nocet, alteri vero vel 25
in tantum ſaltem prodeſt, ut magis quietus & ſecurus in conſcientia reddatur & videat, nihil injuſte ab ipſo exigi, illud eidem haud denegandum æquitas omnino poſtulat

arg. l. 1. §. 5. de aq. & aq. pluv. arc.

hat er ſie aber nicht in Handen, noch gefährli- 26
cher Weyſe von Handen kommen laſſen, iſt er ſolches eydlich zu beſtättigen verbunden

per tradita Carpz. *in Proc. tit. 14. art. 4. n. 65.* Berlich. *p. 1. concl. 45. num. 84.* Mev. *p. 7. dec. 281. arg. l. fin. C. de fid. inſtrum.*

daß wir 5.) weiter der Urtheil angehängt, daß 27
poſt productionem aut juratam illorum Inſtrumentorum penes ſe exiſtentiæ negationem beede Theil damit angehöret werden ſollen, was ſie ferner zu Behuff und Erleuterung der Sachen vorzubringen haben, hat der Urſach ſeyn müſſen, weil die Inſtrumenta, wann ſie producirt werden, wohlvermuthlich zu neuen Fürträgen Urſach und Gelegenheit geben werden, wann ſie aber gleich nicht producirt werden

„ könnten, und alſo der Liquidations und Pun-
„ ctations-Receſs de Anno 1654. allein pro
„ norma & cynoſura des Beklagten und Im-
„ ploranten gemachten Prætenſionen gehalten
„ werden müßte, wie er denn nicht kan verwerf-
„ fen, ſondern als ein judiciali authoritate con-
„ firmatum & ipſius Sereniſſimi conſenſu
„ corroboratum Inſtrumentum auch in iis
„ partibus ac prætenſionibus, in quibus ſe ad
„ alia Inſtrumenta refert, in j ratò aſſerto
„ horum defectu, weil das quantum gleich-
„ wohl ex relatis darinn klar exprimirt, in
„ vim Inſtrumenti Publici ad effectum ple-
„ næ probationis angenommen und von Be-
„ klagten und Imploranten, als legitimo Feudi
„ ſucceſſore in allweg quoad expreſſas in eo
„ prætenſiones agnoſcirt werden muß

per tradita Mev. *p. 5. dec. 246. ſeq.* Stryk. *de Feud. Pomer. c. 2. n. 22. 25.*

ſo würde doch unter beeden Theilen wegen der melioramenten und bezahlten Contributionen nach des Imploranten eigner Bekänntniß, noch liquidation zugeleget, die von andern Gütern entrichtete und in den producirten Quittungen mitenthaltene contributiones von der vom Gut quæſt. bezahlte Contribution ſepariret, und inſonderheit wegen der in den gravaminibus art. 56. erſt eingebrachten Prætenſion des großmütterlichen Zubringens à 1800. Waſſenbergiſcher Thaler Kläger und Implorat vorher nothwendig gehört, und was er darwider einzuwenden vernommen werden müſſen, ehe man der Sachen gäntzliche Entſcheidung per definitivam geben könnte.

Die Compenſation der Unkoſten hat der 28
Sachen Beſchaffenheit, da pro parte Implorant, pro parte Implorat obtenirt, erheiſchen.

Tali enim caſu expenſarum compenſationem fieri æquum eſſe judicant

Arism. Tepat. *tit. 269. cap. 2. verſ. pro rata.*

rata. Menoch. *de A. F. Qu. lib. 2. caſ. 177. n. 25.* Steph. Aufrer. *in addit. ad Capell. Tholoſ. dec. 223. n. 6.* Hunn. *in Encycl. Jur. Univ. p. 2. t. 22. c. 4. n. 50.* daß wir es aber bey den vorhin zuerkandten expenſis termini circumducti haben bewenden laſſen, iſt ex hac cauſa geſchehen, daß wir nicht finden können, daß Beklagten und Imploranten hierinn unrecht geſchehen, denn ob er gleich nicht doloſe ausgeblieben, ſondern juſta impedimenta gehabt, deßwegen er nicht erſchienen u. rechtmäßig prorogationem termini geſucht,
29 auch erhalten, ſo iſt er doch darinn negligens geweſen daß er Imploraten daſſelbe nicht notificirt, damit er gleichfalls zu Haus bliebe, und nicht vergeblich auf angeſetzt geweſenen Termin einen ſo weiten Weg mit groſſen Köſten reiſete, ſo er in allwege thun ſollen, ſich à condemnatione in expenſas termini circumducti zu befreyen, wie er es vorhin gethan, beſage Actorum pag. 25.

Haben dem allem nach nochmals anders nicht erachten können, als daß die Urtheil vorſtehender maſſen ſalvo cujusvis melius ſentientis judicio abzufaſſen, welches wir zu verlangter rechtlichen Nachricht dienſtlich anfügen wollen

Act. in Colleg. noſtro d. 17. Jun. 1690.

CONSILIUM XXXVI.

DE

Reſtitutione pignoris Judicialis in bonis ſententiæ ac mandato judicis parere detrectantis illius exequendi cauſa conſtituti.

SUMMARIA.

1-15. Factum paucis recenſetur.
16. & 31. Et quid de jure hoc caſu reſpondendum explicatur.
17. Inſtrumentum per Notarium publicum confectum plenam facit probationem & fidem, etſi Notarius vel teſtes ex poſt deceſſerint vel alias non ſint ad manum.
18. Confeſſio propria toties quoties verbis & liberis ad Principem inprimis latis, imo & in Inſtrumento publico parti adverſæ inſinuato reiterata, extrajudicialis licet majorem vim habet quam ullæ aliæ probationes, & ſuperat probationes, quæ fiunt per publica inſtrumenta & juratas teſtium depoſitiones.
19. Per ſolutionem, non debito modo ac formâ, inprimis non in valore & æſtimatione, quæ tempore contractus fuit, & ad quam contrahentes omnino reſpexiſſe, ſeſeque obligaſſe videntur, factam, debitor ab obligatione vel minime liberatur.
20. Debita liquida paratam executionem habent.
21. Debita in moneta Imperiali & juxta tenorem obligationis, eo in valore, qui contractus tempore fuit, ſolvenda.
22. Per præjudicia Cam. Imp. probatur.
23. Immiſſiones, occaſione Mandatorum de ſolvendo S. C. in cauſis debitorum, impetratæ, differunt ab immiſſione quæ fit ex primo decreto ob nudam debitoris contumaciam.
24. Et magnum ſane in jure habent effectum.
25. Per traditionem & apprehenſionem prædii, fundi vel caſtri & illæ etiam res, etſi ſeparatim non occupatæ ſub poſſeſſionem tranſeunt.
26. Conſuetudo debitoris eſt cenſura, norma & regula poteſtatis immiſſi creditoris.
27. & 29. Pignus judiciale niſi pleniſſime creditori ſit ſatisfactum recuperari non poteſt.
28. Secus in pignore Prætorio per immiſſionem ex primo decreto factam ob debitoris contumaciam conſtituto.
30. Quomodo a primo tempore factæ immiſſionis rationes reddendæ?
32. Minor contra alium minorem tanquam æque privilegiatum regulariter non reſtituitur in integrum.
Multo minus Monaſterium, cui ſaltem ad exemplum minorum ſubvenitur.
33. Exceptio dictæ regulæ.
34. Ad ulteriores pro obtinenda in integrum reſtitutione rationes reſpondetur.
35. & 36. Debitor qui beneficio §. Soviel nun &c. 172. Receſſ. Imp. de an. 1654. gaudere vult, ſe per belli calamitates non ſolvendo factum, probare tenetur.
37. Explicatur, §. 36. Receſſ. Imper. noviſſ. quomodo intelligendus?
38. Contumacia & appellationem & reſtitutionis in int. implorationem excludit.

Reichs-Wohlgeborne Gnädige Herren.

1 Als uns denen zur Juriſten Facultæt bey gemeiner Fürſtl. Würtemb. Univerſitæt Tübingen verordneten Decano und andern Doctoribus u. Profeſſoribus wieder mitkommende, vor Hochpreißlichem Kayſerl. Reichs-Hoff-Rath zwiſchen dem Kloſter St. Mariâ Magdalenâ Clariſſer Ordens in Regenſpurg Imploranten an einem; entgegen und wider die von Ellrichshauſen Imploraten am andern Theil, puncto geſuchter Reſtitution wider die d. 10. April (31. Martii) 1656. 2 ad Mandata Cæſareæ Majeſt. beſchehene Immiſſion derer von Ellrichshauſen in dem Zehenden zu Utzwingen cum pertinentiis, ausgeübte Acta à Num. 1. biß 33. incluſive überſandt worden, darüb unſere beywohnende rechtliche Meynung, was für eines

Aus-

Ausgangs man sich Imploratischer seits hierinn von Rechts- und Billigkeit wegen zu getrösten, kurtz decisive zu eröffnen; So haben wir nicht ermangelt, so bald es anderer Geschäffte und eingefallener Verhinderungen
3 halber seyn können, selbige mit behörigem Fleiß zu durchlesen, und daraus forderist ersehen, daß
4 weyl. Hannß Adam, Heinrich Conrad, Hannß Christoph und Hannß Wolff von Ellrichshausen dem Sebastian Saurzapfen zu Holenstein ihren grossen Zehenden cum jure Patronatus & pertinentiis zu Utzwingen, so sie und ihre Vorfahren von der Burggraffschafft Nürnberg zu einem rechten Ritterlichen Mannlehen gehabt und getragen, damahls aber von dem Durchlauchtigen Fürsten und Herrn, Herrn Georg Friedrichen, Marggraffen zu Brandenburg ꝛc. ꝛc. gegen Lehenmachung anderer Güter frey und eigen zu machen versprochen, für 7400. fl. Rheinischer grober guter Reichs- und Lands-Währung zu kauffen gegeben in Anno 1601. von den Verkäuffern gleichbalden die tradition vel quasi beschehen, von dem Käuffer aber nicht gleich die völlige Bezahlung erfolget, noch, ungeachtet der vielen Anmahnungen und gewechselten Schrifften völlige Satisfaction gegeben, sondern allerhand Ausflüchte gesuchet worden,
5 biß Ao. 1622. das Geld unerhörter massen aus Geitz und Eigennützigkeit gesteigert, und im valor erhöhet worden, so daß der Thaler 10. fl. gegolten, da selbiger die Zahlung der noch restirenden 4575. fl. in solchem valor, den Thaler pro 10. fl. gerechnet, thun, die von Ellrichshausen aber nicht annehmen wollen, deßwegen der Käuffer Saurzapff haud facta parti adversæ denunciatione, loco incongruo, pecunia insufficiente, omissis debitis requisitis, an statt vorbesagter 4575. fl. 39. Kr. 7. Hlr. und davon vertagten Interesse besage des Instrumenti sub Num. Act. 32. lit. C. producti 427. gantze u. 74. halbe Thaler zusammen 464. Rthlr. in dem
6 Oettingen-Wallersteinisch. Rent-Amt deponirt, worwider man Ellrichshausch. Seiten solenniter protestirt, laut erst allegirten Instrumenti, und nachgehends Ao. 1636. ein Kay-
7 „serl. Mandat wider die Saurzapffische Wit„tib u. Erben erlangt, berührten Rest des Kauff„schillings samt den à tempore moræ verfalle„nen Zinsen, in solchem valor, wie zur Zeit des „getroffenen Contracts gewesen, zu bezahlen u. „daß solches geschehen, innerhalb 2 Monath von „Zeit der Insinuation zu bescheinen, welches „Mandat der Saurzäpffisch. Wittib u. Tochter einer conventualin in dem Kloster zu St. Clara in Regenspurg insinuirt, und weil nichts erfolgt, d. 1 Martii 1649. auf Anruffen des Johann Friedrichs von Ellrichshausen renovirt, nachdem aber auch hierauf nichts geschehen, d. 18. April 1653. zum andern mal wiederhohlet, und ernstlich befohlen worden, den vorigen rechtmässigen ausgegangenen Kayserl. Befelchen mit der würcklichen Contentirung des Supplicanten gehorsamst zu geleben und zu pariren, widrigen Falls man schärffere Proceß erkennen und ergehen lassen werde, inmassen dann auf nicht geleistete Parition, ja so gar mit Hindansetzung alles schuldigen Respects refusirte Acceptation solch Kayserl. Rescripts, d. 31. Decembr. ermeldten 1653. erst Herrn Graffen Jochim 8
Ernst zu Oettingen, nachmals den 21. Sept. 1655. Herrn Graffen Albrechten zu Hohenloh-Kirchberg und der Reichs-Ritterschafft Schwäbischen Krayses im Viertel am Kocher Kayserliche Commission dahin auf„getragen, daß sie Frau Annä Christinä „Saurzäpffin noch einen peremptori„schen Termin zu der ihr vorhin zum öff„tern anbefohlenen Bezahlung bestim„men und ansetzen, dafern aber wider „Zuversicht sie selbige inner der Zeit nicht „wircklich leisten, sondern damit noch „ferner saumig er scheinen würde, als„dann die Immission, jedoch auf vorher„gegangene Citation der Interessenten, „insonderheit der Aebtißin zu St. Clara, „als der Saurzäpffisch. Tochter, in sotha„nen Zehenden zu Utzwingen, das Jus „Patronatus und pertinentien fürneh„men, den Joh. Friedrich von Ellrichs„hausen in die verkauffte Stück und Gü„ter wircklich einführen, auch darinn „handhaben und schützen sollten, welche
d. 10. April (31 Martii) 1656. von den Hrnn. 9
subdelegirten in loco realiter, wegen nicht erfolgter Satisfaction, vorgenommen und vollstreckt, dabey von der Aebtissin und des Klosters zu St. Clara Anwalden, negst Reservirung aller weitern rechtl. Nothdurfft, und Protestation, daß in der Religion und andern es im alten Stand gelassen, und nichts verändert werden möchte, expresse gemeldet worden, daß, weil seine Principalin vermög des Kayserl. Rescripti allein propter contumaciam zu dieser Immission condemnirt, in causa principali aber noch niemalen gehört, sie die Hauptsach gehöriger Orten durch rechtl. Weg austragen und ersetzen lassen werde, besage des über die Immission aufgerichteten besonden Instruments sub Num. Act. 31. gestalten in Ao. 1657. erfolgt, daß ob wohl Ellrichshausischer Seiten man vermeynt, es würde nun nach beschehener Immission dabey so lang sein unveränderliches Verbleiben haben, und sie in der Possession und Nutzung so lang unangefochten sitzen, biß die gäntzliche und völlige Zahlung cum omni causa geschehen, dem zu gegen das Kloster St. Clarä zu Regenspung nomine der Saurzäpffischen Tochter, als ihrer Conventualin, Restitutions-Klag erhoben, und sich 1) auf eine Quit- 10
tung, ohn Zweiffel den Kauff-Brief meynend, beruffen, vermöge deren die Schuld völlig bezahlt, 2) excipirt, daß die restirende Gelder ao. 1623. bey dem Gräffl. Oettingisch. Rent-Amt deponirt auf beschehene Aufkündung und Forderung der Bezahlung, welche zu thun Saurzapff ein Capital bey Oettingen aufgekündigt, und den Thaler ebenfalls pro 10. fl. annehmen müssen. 3) Opponirt es beneficium Recessus

de Ao. 1654. vi cujus Capitale tempore immissionis nondum exigi, tresque partes usurarum cassari debuissent. 4) non debuisse fieri immissionem, ceu sublatam per R. I. de ao. 1654. §. 36. 5) könne es keine Execution tanquam ex debito liquido seyn, weil aus gegentheiliger ao. 1636. übergebener Klag erscheine, daß solche Schuld ratione depositionis factæ noch altiorem indaginem erfordere, und stehe dergleichen Execution der §. indaganda entgegen, zumalen da die in §. So viel nun ꝛc. erforderte Æstimation unterlassen, und die Immission allein pro parte debiti geschehen sollen. 6) fundire sich der füreilende Proceß in contumacia, so doch nicht begangen, weil des Saurzapffen vidua nur Usufructuaria, die nicht zu antworten schuldig gewesen, das Kloster nie citirt, sondern nur die Conventualin. 7) Posito, daß einige contumacia begangen, so competire doch Pio
11 Corpori restitutio in integrum. Derentwegen es denn gebeten, daß die præsumirte Contumacia alsbald wieder aufgehebt, das Kloster ex jure minorum in integrum restituirt, demselben der Zehend zu Utzwingen cum jure patronatus & pertinentiis nomine ihrer conventualin wieder eingeraumt, die von Ellrichshausen perceptorum fructuum nomine zur gebührenden Rechnung angehalten, und ihm gleichwol wann er sich der Ansprach nicht begeben will, wider die Conventualin, oder das Closter ordentlich zu klagen auferlegt werde, worauf alsdann gebührend solle geantwortet werden ꝛc.

12 Wider welche Klage Joh. Friedrichs von Ellrichshausen Kinder Vormunder endlich den 17. Dec. 1668. einkommen, und exceptionem plurium consortum s. interessentium opponirt, salvo jure quovis, die Legitimation des Klosters urgirt, u. ferner deducirt, wie Ellrichshausen den Zehenden zu Utzwingen bisher innegehabt, gebe das Rescriptum Cæsar. Immissionis darinn den constituirten Commissariis befohlen, Ellrichshausen in die Possession einzuführen, und drin zu schützen, ohn einige Limitation, welches auch also von ihnen verrichtet worden, der Effect solcher Immission nun sey bekandt, wann zumal in 12 oder mehr Jahren kein Parition geschicht. Den jährlichen Ertrag zeugen die jährlichen Rechnungen, und habe gegentheiliger Anwald bey der ExecutionsCommission selbst gestanden, daß der Zehend qu. wenig ertragen. Daß Gegentheil als contumax debitor absq; solutione & præstatione præstandorum restitutionem der Güter begehre sub prætextu, daß es in causa principali nie gehört worden, sey ungereimt, indem doch der Saurzapff, seine Tochter und mit ihr das Kloster die Schuld agnoscirt, jener in reproba moneta deponirt, diese ein anders nomen dafür offerirt, per Rescripta Cæsarea aber die Bezahlung in dem valor, der zur Zeit des Contracts gewesen, zu thun injungirt, und als selbige nicht erfolgt auf so viel wiederhohlte mandata, post commissam contumaciam die Immission in die verkauffte und hypothecirte Güter geschehen, also kein læsio vorhanden, conseq. auch kein restitutio in integrum zu indulgiren. Und sollte sich Gegentheil billig scheuen, contra notorietatem zu sagen, daß der Kauffschillig à 7000. fl. völlig gezahlet, weil die Acta und drin enthaltene confessio & agnitio debiti de contrario zeugen, es auch die Immission so weit approbirt, als es die zulässige Beneficia dawider nicht apprehendirt, sondern nur gebeten, die Religion und andere jura in statu quo zu lassen. Gantz unbillig und unrecht sey post tantum tempus nova gravamina ad invalidandas sententias, ad cassandam immissionem einzubringen, und einen neuen Proceß zu intentiren. Was von der dem Kauffbrief inserirten Quittung wegen des völlig bezahlten Kauff-Schillings Gegenseits angebracht, sey von Ao. 1601. biß 1622. gnug ap. Commissarios ventilirt, und des Schuldners Erben sufficienter vorgelegt, daß solch Vorgeben falsch und nichtig, sonst Saurzapff nicht 4575. mit 464. Rthlr. deponendo abzustatten begehrt. Was ex Rec. Imp. de 1654. angeführt, werde in so weit acceptirt, als dadurch die Schuld vor liquid, und die depositio für untüchtig agnoscirt werde, es werde Gegentheil auch den §. anreichend die künfftige Zinß, und die Exceptiones drin gesehen haben, darunter diß debitum de jure gehört, und also völlig zu bezahlen. Daß contra morosos & vere contumaces, imo ad tria Rescripta & Commissionem ad exequendum inobedientissimos debitores nicht sollten immissiones ex primo vel secundo decreto erkennt werden sey in R. I. de 1654. nicht cavirt und testire ja das contrarium quotidiana Praxis. Werden Saurzäpffische Erben Friedens-Schlußmäßige Zahlung thun, so wollen Ellrichshausch. Vormünder auf besagtes Capital der 4575. fl. davon verfallenes Interesse und Kosten sich mit ihnen wegen des Empfangs aus den Gütern deductis deducendis berechnen, u. des Zehenden cum pertinentiis, vor aber nicht, mit Einwilligung der Consorten, impetrato decreto Magistratus, begeben. Daß die Immission in den gantzen Zehenden sine prævia taxatione geschehen, komme daher, weil der gantze Zehend cum pertinentiis pignoris jure afficirt, u. nicht erklecklich, das Interesse davon zu haben, weil also in rem obligatam die Immission geschehen, sey nicht widerrechtl. gehandelt, wie dann auch dem Gegentheil facta solutione & redditis rationibus perceptorum redituum der gantze Zehend cum pertinentiis solle restituirt werden, daß aber pars adversa nicht gehört, sey falsch, und bezeugen die Actu das contrarium. So zeugen auch die ergangene Rescripta Cæsarea & Relationes de facta eorundem insinuatione tum viduæ, tum Filiæ debitoris, deren sich das Kloster, ausser was bey der Commission geschehen, gar nichts angenommen, ob es wohl um alles gewust; die gesuchte restitutio in integrum finde nicht statt ob deficientem enormem læsionem ex imprudentia vel impedimento vel dolo adversarii profectam, præsertim cum contumacibus haud subveniendum, es sey dazu nicht mit der Conventualin, weniger mit dem Kloster, sondern mit einer persona seculari,

cular, mit dem Saurzapffen neml. contrahirt worden, dessen facta heredes, cujuscunq; conditionis, zu præstiren haben. Welchem nach die Ellrichshausische Vormünder allerunterthänigst gebeten, den Gegentheil cum refusione expens. abzuweisen, und die arme Ellrichshausische Pupillen bey ihrem Rechten allergerechtigst zu schützen, oder aber weil sich das Closter selbst zu Frieden-Schlußmäßiger Satisfaction (Ellrichshausische sich gleichfalls zu der Berechnung, salvis salvandis, declariren) erbietet, solches re ipsa zu præstiren anzuhalten, und den andern Interessenten dazu zu denunciren ꝛc.

13 Auf welches hin, nach zerschiedenen hinc inde weiter gewechselten Schrifften, und endlich beschehener Submission in der Sachen, vor völliger derselben Entscheidung, mehrere und genauere Nachricht und Erkundigung von einem und andern einzuziehen, nochmahls den 12.
14 May 1673. eine Commission, (erstlich zwar auf die vorhin geweßte Kayserliche Commissarios, nachgehends aber auf des Closters allerdemüthigstes Anruffen,) auf Herrn Bischoff zu Eichstet und Herrn Graffen zu Oettingen, allergnädigst erkandt, zu untersuchen, wie viel der Zehend jährlichen ertragen habe und jetzo noch ertrage, und so dann die Abrechnung und Liquidation zwischen beeden Partheyen fürzunehmen, wie hoch die Ellrichshausische Erben und zuvor ihr Vatter den Zehenden jährlich genossen? und ob dahero etwas, auch wie viel an dem geklagten Kauffschilling noch rückständig sey? Welche hierzu ihre subdelegirte Räthe nach Utzwingen geschickt den 11.(21.) Nov. d.A. 1673. und ist von dem was durch sie ausgerichtet worden, allerunterthänigste Relation zu höchst-löblich Käyserl. Reichs-Hoff-Rath erstattet, worauff die Sach biß in
15 An. 1689. geruhet, da sich das Closter über den von Ellrichshausen lite pendente beschehenen Verkauff des Zehenden beschwehrt, solchen zu annulliren, und in der Sachen zu sententioniren, gebeten; Ellrichshausischer Seiten aber regerirt, daß man den Zehenden qu. nicht improbæ versationis causa sondern conditionatè und niemanden zu Schaden alienirt, wie bedürffenden Falls per exhibitionem contractus empt. vendit. darzuthun, und im übrigen allerunterthänigst gebetten worden auf die allerhöchst-respectirliche Com- und Immissions-Rescripta, die darauff ergangene Relationes, Decisiones, allergehorsamste Remonstrationes die Rechts-gegründete und sonderheitlich in lit. C. fürgestellte refutationes partis adversæ narratorum auch billigmäßige oblationes in allergnädigste Consideration zu ziehen, und den darinn enthaltenen petitis in Kayserlichen Gnaden zu deferiren.

16 Uber diß alles nun, und was in sothanen Actis sonst weitläuffig deducirt, verlangter massen, unsere, daß-verständiger Meynung gantz unvorgreiffliche, Rechtliche Gedancken kurtz zu eröffnen, so können wir anders nicht erachten, denn daß die Ellrichshausische Vormünder den Rechten nach tröstliche Hoffnung zu einem obsieglichen Ausschlage der Sachen tragen, und eines gedeylichen Ausgangs gewärtig seyn mögen, in so weit, daß verhoffentlich von Röm. Käyserlich Majestät die Ellrichshausische Pupillen bey der beschehenen Immission und dadurch erlangten Possession des Utzwingischen Zehenden cum pertinentiis werden allergnädigst und gerechtigst so lang geschützet und manuteniret werden, biß das Closter ihre völlige Satisfaction so wohl wegen des noch ausständigen Rests von dem in A. 1601. zwischen Hannß Adam, Heinrich Conrad, Hannß Christoph und Hannß Wolff von Ellrichshausen, und Sebastian Saurzapffen verglichenen Kauffschilling à 7400. fl. als der davon betagten Zinsen, so durch bisherige Niessung des Zehenden nicht mögen erhoben werden, und unbillig durch so weitläuffigen Process causirten Unkosten, werde gethan haben.

Dann pro primo, obwohl im Kauff-Briefe enthalten, daß Käuffer den Kauffschilling à 7400. fl. dem Verkäuffer an baarem Geld, und dann mit einem Schuld-Brief um 2840. fl. alsbald bezahlet, und zu sichern Handen gestellet habe; So hat doch der Käuffer Sebastian Saurzapff nachmahls selbst, vermöge des, über die von Ellrichshausen beschehene Protestation wider die in A. 1623. von ermeldten Käuffern gethane Deposition, aufgerichteten Instruments, sub lit. C. Num. act. 32.

(quod tanquam Instrumentum Publicum, 17
per Notarium Publicum adhibitis juris solennitatibus confectum, plenam, certam ac evidentem facit probationem & fidem, inducitque veritatem apertam, etsi Notarius vel testes, qui in illo conficiendo ac perficiendo adhibiti decesserint, vel alias non sint ad manum, ut sua depositione contestentur rem ita actam esse, sicut tenor instrumenti continet,

c. 1. & 2. X. de fide instrum. Mynsing. ibid. *n. 24.* Lanfranc. *in c. 11. X. de probat.* Joh. Kœpen *p. 1. dec. 46. n. 3.* Honded. *l. 1. Cons. 23. n. 37. & Cons. 86. n. 1.*)

bekannt, daß er nicht nur 2840. fl. sondern weit ein mehrers noch, nemlich 4575. fl. den Verkäuffern annoch in A. 1623. schuldig, gestalten er in seiner ermeldtem Instrument inserirten Requisition anfänglich ausdrücklich meldet, daß, als er von des Hrn. Marggraffen Joachim Ernsts Fürstlichen Gnaden in verlittenem 1622sten Jahre sich mit dem Gelde gefaßt zu machen gnädig erinnert worden,

er zu solchem Ende bey Oettingen 3000 fl. aufgekündet, solche Summ NB. zu samt dem Uber-Rest würcklich zu erlegen ꝛc. indefinitè anzeigend, daß er über die dazu aufgekündete 3000. fl. noch restiret, in sequentibus aber wird hernach der schuldige Rest definite exprimirt und gesagt, daß solch noch schuldige Geld 4575. fl. 39. kr. 7. hl. seye, welches er hab an 464. Rthl. bey Wallerstein, hinter welcher Gräfflichen Herrschafft die bona vendita situirt, coram Notario & testibus
18 lassen deponiren. Weil nun die confessio propria, toties quoties, verbis & literis, ad Principem imprimis datis, imò & in Instrumento Publico parti adversæ insinuato, reiterata ac geminata, extrajudicialis licet, omnium probationem, (perinde ut judicialis cui quippe toties repetita & geminata extrajudicialis effectu æquiparatur, ut constans est Dd. sententia & scribunt

Joh. Bapt. Caccialup. *in l. admonendi. de jurejur. num. 186.* Vincent. de Franchis *dec. 191. num. 7.* Sichard. *ad l. 1. C. de pact. n. 23. & ad l. 3. C. de reb. cred. n. 19.* Mynsing. *Resp. 1. n. 8. & Resp. 18. num. 36.*)

optima, efficacissima, majorem vim habens, quam ullæ aliæ probationes, & superans probationes, quæ fiunt per Publica Instrumenta & juratas testium depositiones

Mynsing. *d. Resp. 1. n. 6.* Gail *2. O. 116. n. 2.* Steph. Gratian. *tom. 3. discept. for. c. 543. n. 5. & tom. 4. c. 728. n. 4.*

Und hier ipsius debitoris clara, perspicua toties reiterata confessio de tanta summa pro decimis Utzwicensibus sibi venditis adhuc Anno 1623. debita vorhanden, ist dadurch die Schuld plenissimè und mehr als überflüßig erwiesen. Zumahl da Käuffer Saurzapff auch 2. sich von solcher Schuld zu liberiren obgemeldte Summ der 4575. fl. der Verkäuffere Erben zu ihrem höchsten Nachtheil, seinem aber des Käuffers grossem Vortheil mit gesteigerter Müntze zu bezahlen anerbothen, und als sie solche Bezahlung in gesteigerter Müntz, (den Thaler nemlich zu 10. fl. gerechnet) nicht annehmen wollen, selbige an 464. Rthl. (so den Thaler pro 10. fl. gerechnet noch 65. fl. weiter thut als 4575. fl. so vielleicht noch weiters vertagte schuldige Zinsen gewesen) bey dem Gräfflich Oetingischen Wallerstei ischen Rent-Amt coram Notario & testibus deponirt, in Meynung sich dadurch ab obligatione sua zu liberiren, hätte nun Käuffer Saurzapff sich nicht ad tantam summam annoch schuldig und verbunden gewußt, so würde er so thöricht nicht gewesen seyn, und dieselbe zu bezahlen anerbothen, dazu ein Capital aufgekündiget, und als das offerirte Geld nicht wollen angenommen werden, selbiges hinterlegt, und sich noch protestando dazu verwahret haben.

19 Weil aber 3. die Hinterlegung des vom Käuffer Saurzapffen agnoscirten noch zu bezahlen habenden Schuld-Rests nicht debito modo ac forma, insonderheit nicht in valore & æstimatione, quæ tempore contractus fuit, & ad quam contrahentes omnino respexisse, seseque obligasse videntur, geschehen, hat sie auch nicht die Würckung nach sich ziehen können, daß der Käuffer dadurch von seiner Obligation liberiret worden, sondern es ist nach wie vor für die Haupt-Summ, Interesse und allen erfolgten Schaden kräfftig und beständigst obligirt verblieben, per latè deducta in ob allegirtem Instrumento, & tradita

Gail. *2. O. 36.* Myns. *4. O. 1.* Schultz. *tr. de oblat. obsignat. & depos. pec. c. 4. n. 8.* Sixtin. *de Regal. l. 2. c. 7. n. 149.* aliorumque longa serie adductorum à Goswino ab Esbach ad Carpzov. *p. 2. c. 28. d. 5.* B. D. Lauterbach *Diss. de Depos. Jur. th. 22.*

Ist nun 4. der Käuffer Saurzapff eigner Bekändtniß nach Annno 1623. noch 4575. fl. schuldig gewesen, und selbige nach gethaner Hinterlegung der 464. Rthl. annoch schuldig verblieben, hat auch zu deren Bezahlung tanquam confessus & satis convictus per illud Instrumentum Publicum à Notario confectum executive können angehalten werden, 20
argumento traditorum

à Matth. Colero *de Proc. Execut. p. 3. c. 2.*

so ist kein Zweiffel, daß höchst-billig und gerechtigst wider sein Saurzapffen Erben, & causam ab iis habentes, auf unterthänigstes Ellrichshausisches Suppliciren Anno 1636. das Mandatum de solvendo decernirt, und dahin ergangen, daß, weil den Rechten und der Billigkeit gantz gemäß, daß besagter von Ellrichshausen wegen des ausständigen Kauff-Schillings in solchem valor, der zur Zeit des Contracts gewesen, contentirt und befriediget werde, sie denselben mehr berührten Rest am Capital, samt den à tempore moræ verfallenen Zinsen, dem Contract gemäß, alsbalden bezahlen und gut machen, und daß solches geschehen inner zwey Monathen den nechsten von der Einhändigung an zurechnen, am Kayserlichen Hoff darthun und bescheinen sollen, und da demselben nicht pariret worden, sothanes Mandatum zum andern und drittenmahl Anno 1649. und 1653. renovirt, auch endlich auf noch nicht erfolgte Parition, Anno 1656. Commission ad immittendum erkannt, und die Immission würcklich vollzogen worden, indem bekannt, daß in dergleichen Fällen, da einer verbothene oder gesteigerte Müntz 21
(ut quæ ne monetæ quidem nomine digna est,

arg. l. 24. §. 1. ff. de pignor. act. ibi Brunneman. *n. 5.* Menoch. *de A. I. Qu. l. 2. cons. 232. n. 24. seq.*)

wider die Müntz-Ordnung und tenorem obliga-

ligationis zahlet und erlegt, Mandata sine clausula de solvendo pecuniam in moneta Imperiali, & juxta tenorem Obligationis
22 eo in valore, qui fuit tempore contractus, statt finden und zu ergehen pflegen, uti plura hanc in rem præjudicia, & quod aliquando quoque pecunia reproba soluta fuerit confiscata, refert

Schwanemann. *Obs. 125. n. 10.* Gylman. *voc. Mandata S. C. pag. 191.* Blum. *in Proc. tit. 34. n. 108. seqq.*

Und ist demnach diese Immission 5. nicht nur allein ob contumaciam debitoris, sondern auch zugleich und fürnemlich ex causa & pro executione judicati, in rem venditam, cujus pretium nondum ab emptore integre solutum, & hinc illud ejusdem heredes, re diu tradita, quantocius una cum usuris ex mora debitis solvere, ex propria emptoris confessione aliquoties iterata & per Instrumentum publicum probata, per emissum mandatum jussi & quasi condemnati erant, vel sane pro condemnatis habebantur, geschehen, hat also nicht nur speciem Pignoris Prætorii permissionem ex primo decreto factam constituti, sondern vielmehr Pignoris Judicialis, in bonis sententiæ ac mandato judicis parere detrectantis illius exequendi causa constituti, folglich ist deren Krafft und
23 Würckung nicht nach der Art und Natur deren Immission, quæ fit ex primo decreto ob nudam debitoris contumaciam eum in finem, ut tædio rerum suarum ab alio detentarum affectus veniat, & debitori respondeat, nudamque rei detentionem saltem transfert, non veram possessionem, ad quam transferendam secundum sequi debet decretum,

Wesenbec. *§. de damn. infect. n. 6.*

zu dijudiciren, sondern es ist vielmehr von deren Effect und Würckung zu statuiren und zu urtheilen aus der sonderbahren Qualität und Eigenschafft, die dergleichen Immissiones, die auf solche abgelassene und insinuirte Mandata de solvendo S. C. in causis debitorum liquidorum, wann der Schuldner denselben weder Parition leistet, und den Creditorem contentirt, noch ichtwas dawider excipirt und einwendet, sondern gantz still sitzet und schweiget, erkannt werden und ergehen, Usu fori, Praxi, & observantiâ bey des Heil. Röm. Reichs Cammer-Gericht, und andern der Chur-Fürsten und Stände Hoff- und Land-Gerichten, angenommen, darinn bestehend, daß dadurch die immittirte Gläubiger 1) den
24 rechten wahren Besitz der Güter, worinn sie gewiesen werden, erlangen, also, daß sie pro veris possessoribus zu achten, und alle die Remedia, Rechte, Wohlthaten und Beneficia haben, so in Rechten den Besitzern zuständig und erlaubt seyn, darinn sie gleich seyn den Immissis ex secundo decreto, qui possessores fiunt, & sibi possident.

vid. Cothman *v. 3. Resp. 37. n. 34. seq.*

2do) Erlangen sie durch die Immission ein unterpfändliches Recht, und besitzen die Güter als ihr Unterpfand, obgleich dieselbe vorhin ihnen nicht verpfändet. 3) gelanget an die immittirte Creditores durch die Immission, und dadurch auf die transferirte Possession, zugleich auch die Administration und Verwaltung der Güter, so sie unbehindert selbst, oder durch einen andern verrichten mögen, krafft welcher denen Immissis Creditoribus alles dasjenige zustehet, und erlaubet ist, was zur Verwaltung gehörig. 4) bekommen sie den Genieß der Güter also, daß sie alle dazu gehörige und davon fällige Früchte, Pacht, Heür, Zinß, und wie es Namen haben mag, einnehmen, und auf ihre Forderung und Prætension, forderist aber auf die ihnen schuldige jährliche Zinsen rechnen und behalten mögen, wie das auch ein effectus immissionis ex secundo decreto ist.

l. 16. ff. ut in posses. eat. Coler. *de Proc. Execut. p. 3. cap. 12. n. 27.*

Und stehet den Immissis Creditoribus frey, ob sie der Güter Genuß selbst behalten und berechnen, oder einem andern dieselbe gegen eine jährliche Pension überlassen und einthun wollen.

l. 8. §. 1. ff. de reb. author. jud. possid.

Und solches stehet ihnen nicht nur zu in denen Gütern, worinn sie immittiret, sondern auch in allen deren pertinentien und Zubehörungen. Denn gleichwie bey der Oppignoration eines Gutes alle dessen pertinentien unter dem Unterpfande mit begriffen seyn, also wann die Immission in ein Gut erkannt und verrichtet, so erstreckt sich die Immission und deren Würckungen gleichfalls auf alle dessen Zugehörungen, also, daß der Immissus Creditor sich deren annehmen, sie genieссen und gebrauchen möge, ob er gleich nicht in alle und jede in particulari würcklich eingesetzt und angewiesen wäre,

argumento ejus, quod de traditione & apprehensione prædii, fundi vel castri tradunt, eam nimirum comprehendere & transferre omnes istius partes integrantes, membra, appendices & pertinentias simul, ut, accepto illo, hæ simul sub possessionem transeant, etsi separatim non occupatæ, ut post alios adstruit 25

Rosenthal *de feud. cap. 6. concl. 15. num. 5.*

modo ab aliis vacua eorum sit possessio, cum jam occupata ex aliorum immissione, vel acquisitione alia, transire nequeant.

l. 18. §. 1. ff. de acq. poss. Schrader *de feud. p. 5. c. 2. n. 25.*

Nachdem nun 5) in solchen allen und jeden die

die Gläubiger den Genieß haben sollen, so muß ihnen auch folgen und bleiben, was zu demselben gehörig oder von nöthen, demnach sie sich der dazu gehörigen Dienste und Frohnen, der Scheuren, Kästen, und anderer Behältnissen zur Einsammlung und Verwahrung der Früchten, der Wohnungen, und was sonst die Administratio, vel fructuum perceptio ohnentbehrlich erfordert, gleichfalls zu bedienen haben, welches alles darnach zu ermessen, wie zuvor von dem debitore oder seinetwegen die eingeraumte Güter besessen seyn.

26 Consuetudo enim debitoris est censura norma & regula potestatis immissi creditoris

Salicet *in l. 3. C. de pign. act.*

Diesen der immissorum creditorum Rechten und Macht ist auch das mit anhängig, daß sie die Bedienten, so zur Verwaltung und Frucht-Niessung von nöthen, nach Belieben und Nothdurfft bestellen und einsetzen mögen, ingleichen ist mit dazu gehörig, dasjenige nützlich anzurichten, was sonst zu einer guten Frucht-Niessung erfordert wird.

Welche Rechte und Macht auch ohn allen Zweiffel hierfalls die von Ellrichshausen durch diese Anno 1656. beschehene Immission in den Utzwingischen Zehenden, und dessen pertinentien, erlanget, dahero kan 6) das Closter zu St. Clara in Regenspurg, von des Käuffers Saurzapffens Erben & nominatim à Filia
27 ejus, causam habens, die Possession sothanen Zehendens nicht eher recuperiren, bis der Urtheil oder deren ergangenen Käyserlichen höchst-respectirlichen Mandatis de solvendo, quæ hic vim sententiæ habent, ein völliges Genügen geleistet, und der Rest des Kauff-Schillings in valore pecuniæ, qui tempore contractus fuit, samt dem jährlichen Interesse, und causirten Unkosten, völlig bezahlet werden.

28 Notum quippe est, quod, quamvis in Pignore Prætorio per immissionem ex primo decreto saltem ob contumaciam debitoris latitantis factam constituto, debitor intra annum veniens recuperare possit tenutam reficiendo expensas & cavendo de judicio sisti

Auth. Et qui jurat. C. de bon. auth. jud. possid.

29 Attamen in Pignore Judiciali, quando nempe facta est immissio pro executione judicati, aut ejusmodi mandatorum, quæ judicati vim habent, reus volens recuperare possessionem non audiatur, licet offerat expensas & satisdationem, nisi solvat
[illegible]demnatus aut pro con-
illud in quo con[illegible]or ex fructidemnato habetur, vel credit[illegible]
bus bonorum, in quorum possessionem missus est, plene satisfactionem obtinuerit.

post Bartol. & Dd. *in l. properandum. §. fin. autem reus C. de judic.* Negusant. *de pignor. membr. 3. num. 2. seqq.* Christin. *vol. 4. Dec. Belg. 164. num. 10.* Brunneman. *ad l. 1. C. si in causa jud. in fin.*

Es sind aber 7. die Ellrichshausische schul- 30
dig die à primo tempore factæ immissionis von Zehenden qu. jährlich gehobene Nutzungen und Früchte, so sie, über Abzug der aufgewandten Unkosten und nöthigen Ausgaben, bekommen und genossen, forderist an dem Interesse abzukürtzen, ja wann sich selbige Nutzungen über das quantum des schuldigen jährlichen Interesse erstreckten, wären sie auch verbunden und gehalten, die Ubermaß an dem Capital abzurechnen, und würde das Capital in quanto dadurch so weit gemindert, und aufgehoben, als sich die Ubermaß erstreckt, imò, wann sie so viel an Nutzungen gehoben hätten, daß nicht nur das gantze Interesse, samt den Kosten und das Capital selbst, dadurch gäntzlich absorbirt wäre, sondern sie auch noch ferner über diß alles ein zimliches und Ergiebiges gezogen und empfangen hätten, könnte gar die Condictio indebiti statt finden, und mittelst denselben diese Ubermaß zurück gefordert werden.

arg. l. 26. §. 1. ff. de condict. indeb.

Deswegen, damit man auf einen rechten Grund und Fuß komme, ob und was noch am Kauff-Schilling und Interesse, item den verursachten Kosten, restire, oder was durch die aus dem bis dato innegehabten Zehenden, über die auf die Früchte oder der Güter Erhaltung gewendete Kosten, und sonst davon gehende nothwendige Ausgaben, würcklich gehebte und behaltene Abnutzungen daran abgegangen und bezahlet worden, eine richtige Abrechnung vorzunehmen, und erstlich darinn der bekannte Rest des Kauff-Schillings als ein Capital zu setzen, so unsers Erachtens, vermög des öffters allegirten Instrumenti Publici lit C. Num. Act. 32. producti, 2840. fl. seyn wird, hernach die hiervon jährlich gefallene Zinsen in computum zu bringen, und von den jährlich vom Zehenden gefallenen, und, über Abzug der Kosten und nöthigen Ausgaben, würcklich gehobenen Früchten abzurechnen seyn werden. Hat der Ertrag des Zehenden, deductis deducendis, denn sich höher beloffen, als die jährliche Zinsen von den 2840. fl. Capital gethan, so ist dasjenige, was von den Früchten und Nutzungen noch über dieselbe geblieben, 3) an den in A. 1623. schon verfallenen gewesenen Zinsen, so 1725. fl. davon mit Recht keine neue Zinsen weiter gefordert werden können, und 4. an den vom Gegentheil temerariè causirten Unkosten abzukürtzen, auch also weiter die Rechnungen richtig einzurichten, um zu sehen, ob und was noch am Capital und Interesse ausständig.

Wohin

Wohin 8. Ihro Kayserl. Majest. auch unzweifflich gezielet mit der letztern den 12 May Anno 1637. decernirten Commission, so sie dem Herrn Bischoffen zu Aichstädt, und Herrn Graffen Albrecht Ernsten, nachmals Fürsten zu Oettingen aufgetragen, zu untersuchen, wieviel der Zehend zu Utzwingen jährlichen ertragen habe und jetzo noch ertrage, so dann die Abrechnung und Liquidation zwischen beeden Partheyen fürzunehmen, wie hoch die Ellrichshäus. Erben und zuvor ihr Vater den Zehenden jährlich genossen, und ob dahero etwas, auch wie viel an dem Kauffschilling noch ruckständig sey? woraus wir nichts anders conjecturiren können, dann daß allerhöchstgedachte Ihro Röm. Kays. Majest. nach Dero höchstpreißlichsten Justitz-Eifer allergnädigst dahin incliniret haben, die Ellrichshausisch. Pupillen nicht ehender, den ihnen eingeraumten Zehenden zu quittiren, und dem Closter wieder abzutreten, anzuhalten, biß klar und offenbar, daß sie um alle ihre rechtmäßige Prætension an Capital, Interesse und causirten Unkösten völlig contentirt, und aus den gehobenen Nutzungen vor das alles Satisfaction erhalten. Weil aber die bey der Hoch-Löbl. Kayserl. Commission fürgelegte Rechnungen nicht bey den uns überschickten Actis enthalten, können wir auch darüber unsere Gedancken nicht eröffnen, noch was darinn für paßirlich oder nicht paßirlich gehalten werden möchte, anzeigen, weniger ob was, und wie viel man noch Ellrichshausisch. Seiten Jure fordern, und daher, biß solches Quantum auch abgetragen, oder aus der Abnutzung des eingegebenen Utzwingischen Zehendens gehoben, in der Possession und bey dem Genuß erstermeldten Zehendens ruhig gelassen zu werden, mit Fug und
31 Recht suchen und prætendiren mögen; In genere aber können wir so viel wohl sagen, daß wir den Rechten nach dafür halten und glauben, daß, wann aus ordentlicher biß zu itziger gegenwärtigen Zeit gestellter Rechnung sich ein gewiß Residuum wird ergeben, oder zeigen, daß noch was vom Capital des verglichenen Kauffschillings, dessen richtig berechneten Interesse, oder von denen vom Gegentheil causirten Unkosten, im Ausstand unbezahlet sey, Ihro Kayserl. Majest. zuversichtlich vor dessen Abtrag und Bezahlung die Ellrichshausische Pupillen nimmer zu Abtretung der Zehenden condemniren, sondern sie vielmehr bey der einmal gerechtigst erlangten Immission und Genuß des Zehenden qu. biß zur völligen Bezahlung, allergnädigst manuteniren, noch sich die vom Gegentheil pro impetranda restitutione in integrum ad exemplum minorum angeführte Ursachen, selbige zu concediren, bewegen und commoviren lassen werden, zumahlen da dieselbe hier vom Closter contra Pupillos gesuchet wird;

Cum enim minor contra alium minorem 32
tanquam æque privilegiatum regulariter non restituatur in integrum
l. 11. §. 6. ff. de minor.
multo minus Monasterium, cui saltem ad exemplum minorum subvenitur per privilegium à persona minoris ad illud productum & extensum à Jure Canonico
in c. 1. x. de restit. in integr. c. 3. c. eod. Clem. un. eod. Besold. *Cons. 81. n. 24. 50.*
contra pupillos & minores antiquius privi- 33
legium habentes restituendum erit. Et quanquam regula illa minorem contra minorem non restitui, fallat si minorum unus de damno vitando, alter de lucro captando certat, tuncque restitutio illi omnino contra hunc detur, attamen nec ex hoc in proposito Monasterium sibi spem ullam obtinendæ restitutionis in integrum ante satisfactionem promittere poterit, quin imo potius inde omni spe potiundi hujus beneficii frustrabitur, quia utique ipsum manifesto de lucro captando certat, dum confessum ab authore, à quo causam habet, debitum solvere detrectat & ante præstitam satisfactionem bona, in quorum possessionem pupilli creditores præviis tribus Rescriptis & Mandatis Cæsareis sunt immissi, recuperare intendit & allaborat.

Gestalten dieselbe rationes 9. also bewandt, 34
daß sie von schlechter Krafft und Würckung, denn daß das Closter 1. vorgibt, es sey der gantze Kauffschilling völlig bezahlet, vermöge der Quittung im Kauff-Brieff enthalten, das widerlegt gnugsam der Erfolg der Sachen selbst, da besage der Acten Käuffer nicht nur tacite per oblationem & depositionem pecuniæ debitæ, sondern auch expresse disertis verbis, non tantum ore prolatis, sed scripto etiam ad perpetuam illius memoriam consignatis & in instrumentum publicum à Notario in plenam rei fidem relatis selbst ultro bekennet hat, daß er Ao. 1623. noch 2840 Gulden am Kauffschilling schuldig, so dann am Interesse noch so viel, daß es zusammen 4575 ausmache, zu deren Summ Bezahlung er sich auch dicto anno offerirt, aber solche in reproba moneta thun wollen, deßwegen dieselbe von der Verkäuffer Erben nicht angenommen worden, drauff er das Geld zwar deponirt, aber, weil die Depositio multis modis mangelhafft, hat dieselbe keine Würckung haben, noch den effectum liberationis à debito nach sich ziehen können, ungeachtet daß Saurzapff von Oettingen den Rthlr. auch pro 10 Gulden angenommen, denn solches den Ellrichshäusern nicht præjudiciren können, daß sie es deßwegen auch so hätten annehmen müssen, fällt also hierdurch zugleich die erste und andere Ursach.

35 Belangend die dritte Ursach aber, daß vermöge des jüngst-publicirten Reichs-Abschieds in §. So viel nun ꝛc. *172.* tempore immissionis das Capital noch nicht aufgekündigt werden können, oder doch wenigst des Saurzapffen Erben das beneficium particularis solutionis angedeyen und drey Theil der Zinsen sollen cassiret werden; So ist ex ipso textu d. §. So viel nun ꝛc. zu sehen, daß solch beneficium nicht indistincte allen Debitoribus gegeben, sondern allein denen, die durch den Krieg also von Mitteln gekommen oder durch hohe Aufwachsung der Pension und Zinsen dermassen beschwehrt, daß ihnen unmöglich ihrer Obligation ein Genügen zu thun, und das schuldige Capital zusammt den völligen Zinsen zu bezahlen, diejenige aber, bey denen es solche Beschaffenheit nicht hat, sondern die ihren Creditoribus mit Reichung der Pensionen und Zins, auch Bezahlung des Capitals zuhalten können, und ob sie wohl das Ihrige auch unter dem Kriegswesen mit andern erlitten, dennoch solvendo geblieben, sich solchen Beneficii nicht bedienen mögen, sondern ihre Creditores zu befriedigen verbunden seyn. Diese Qualitatem, se per belli calamitates non solvendo factum, nun muß der Debitor,
36 qui hoc beneficio vult frui, erweisen, ut probant & præjudiciis confirmant

Rhodingius adauctus *in Pand. Camer. lib. 1. tit. 12. cap. 3. pag. 239.* Blum. *in Proc. Cam. tit. 34. n. 204 205.* Hahn. *ad §. Indaganda. Instrum. Pac. Osnabr. & Monast. ac Const. Imp. Ratisb. anno 1654. von Schuld-Sachen &c. §. Setzen demnach &c. N. 1. pag. 72. n. 41. seqq.* Textor. *ad Rec. Imp. noviss. Disp. 14. th. 37. 38. 39.*

so hierfalls durchaus nicht geschehen, noch jemahlen vielleicht wird geschehen können, inmassen man sich bey der Commission vor der würcklichen Immission Ellrichshäusisch. Seiten erbohten, alsbald die Media zu weisen, wovon die Bezahlung sowohl am Capital als Interesse zuvor beschehen können, und noch könne, und sey eben der Zehend qu. eines deren Mitteln, welchen man sich gleichsam in solutum anzunehmen offerirt. Wird also diß Beneficium Recessus novissimi vergeblich angezogen.

37 Gleiche Bewandniß hat es auch mit dem, daß man sich darauf bewirfft, es hätte keine Immission geschehen sollen, weil per eundem Recessum Imp. §. *36.* die immissiones ex primo & secundo decreto gäntzlich aufgehoben und verbothen; Aber es redet solcher §. allein de immissionibus ex primo & secundo decreto, quæ fiunt ob contumaciam saltem debitorum latitantium, und werden mit Nichten die immissiones, quæ fiunt alias ob omissam cautionem in casibus lege approbatis velut ex causa damni infecti, ventris vel legatorum servandorum nomine &c. item pro judicati executione dadurch aufgehoben, gestalten selbige noch tota die erkandt und würcklich vollzogen werden.

v. Text. *add. Rec. Imp. nov. disp. 4. th. 31. 32.*

Weil nun diese Immission auch nicht nur ob nudam contumaciam, sondern zugleich pro quasi judicati triumq; rescriptorum & mandatorum læsa reorum, quibus nec paritio præstita, nec ulla opposita exceptio, executione geschehen, stehet selbiger der allegirte §. *36.* R. J. novissimi nicht entgegen.

Und ist es 5.) freylich eine Execution in causa debiti liquidi ungeacht der beschehenen Depositon, cujus intuitu, Gegentheils Meynung nach, die Schuld noch altiorem indaginem zu erfordern scheine, denn daß solche Depositio pecuniæ in reproba moneta contra Edictum monetale aliasque Imperii Constitutiones facta gantz keinen Effect und Würckung haben können, ist Sonnen-klar und offenbar, und erfordert deßwegen die Schuld keinen altiorem indaginem, sondern hat gar wohl, deren unangesehen, intuitu des Käuffers eigner offtmals mündlich und schrifftlich, in zerschiedenen an Verkäuffere und deren Erben, auch an weyland Hrn. Marggraff Joachim Ernsts zu Anspach Fürstl. Gnaden abgelassenen Schreiben, wiederhohlter, und lit. C. instrumentirter ausdrücklicher Erkänntniß derselben, die durch die erfolgte Oblation und Deposition des Gelds, wiewohl in verbothenem Valor, mehrers bestärckt worden, für liquid gehalten, auch deren Bezahlung executive per mandata injungirt, und da den Mandatis keine Parition geschehen, die Immission in bona vendita decernirt werden mögen. Ist auch keiner weitern specialen-Æstimation so weit vonnöthen gewesen, weil der Zehend vorhin im Verkauff seine gewisse Æstimation gehabt.

Daß 6.) eine grosse contumacia in non respondendo & non solvendo begangen, bezeugen Acta überflüssig, als woraus zu ersehen, daß die drey nach einander ergangene Rescripta und Mandata Cæsarea de solvendo der Saurzapffischen Wittib und Tochter als Conventualin und Abtissin des Closters St. Claræ in ihrem Closter zu recht insinuirt, die demnach, wann sie das Ihrige alles dem Closter übergeben, alle ihre actiones und jura auf selbiges transferiret und nichts eigenes behalten, ungezweiffelt auch dem Convent die insinuirte Rescripta und Mandata wird übergeben haben, so aber weder ichtwas wider die so offt wiederhohlte Rescripta excipirt, noch Parition denselben geleistet, also wahrhafftig eine ungemeine contumaciam begangen. Dahero selbigen so weniger 7.) die restitutio in integr. ante præstitam satisf. zu concediren.

Ut n. contum. appellationem sic rest. in int. 38
imploratione excludit, indigni, namq; sunt contumaces ope contra judicata, ceu qui in dolo eo ipso esse videntur, quod non obtemperant Judicis præceptis, mandatis & decret. hinc non juvari sed puniri merentur.

l. 13. §. 3. C. de jud. l. 1. C. quor. appell. non recip. l. 199. de R. J. l. 9. §. 2. l. 37. §. 1. de minor. Mev. *p. 5. dec. 328.*

Wollten solches ꝛc. Actum in Coll. nro. d. 13 Nov. 1690.

CON-

CONSILIUM XXXVII.

DE

Solutione Debiti per mortificationem Chirographi & quietantiam in fidem & teſtimonium obtentæ ſatisfactionis a Creditore ſcriptam probata.

SUMMARIA.

1. *Præmittitur ſententia.*
2. *Cum decidendi rationibus.*
3. *Quia mortificatio Chirographi & apocha vel quietantia in fidem & teſtimonium obtentæ ſatisfactionis a Creditore vel a tertio ejus mandato aut conſenſu, ſcripta, & debitori data, contra ſcribentem in judicio producta & a creditore recognita ſolutionem & obligationis extinctionem nec non debitoris liberationem plene probat.*
4. 14. 15. *Recteq; a R. debitore exceptio non competentis ſ. peremptæ act. objicitur. Imo Judex ex officio actorem repellere debet cum omni expenſarum refuſione.*
5. *Optimus enim ſolutionem probandi modus apocha dicitur.*
6. *Et poſt 30 dies ea in tantum factam ſolutionem probat, ut nec exceptio haud ſecutæ numerationis pecuniæ ac factæ ſolutionis debitori amplius objici queat.*
7. *Licet creditor mediante juramento probare velit ſolutionem non eſſe factam.*
8. *Et non obſtante Juris Canon. æquitate hoc verum eſſe porro probatur.*
9. *Imo haud dubitamus pronunciare, debitorem apocham poſt 30 dies producentem, utut poſt præſcriptionem ſcientia non factæ ſolutionis eidem ſupervenerit, tamen in foro quoque conſcientiæ tutum fore.*
10. *Hactenus dicta locum eo magis in ſubſtrata materia habent, cum reiterato modo ſolutio confeſſa fuerit.*
11. & 13. *Geminatio enim actus, inprimis ex temporis intervallo facta, & ſi juramentum acceſſerit, majorem negotii firmitatem inducit & omnem erroris præſumptionem tollit.*
16-18. *Ad partis adverſæ gravamina & dubitandi rationes reſpondetur.*
19. *Nemo præſumitur adeo ſupinus eſſe, ut magnam pecuniæ ſummam ſolvat, antequam ſe creditor exhibendo Chirographo, ad debitum exigendum legitimaverit.*
20. *Idem bis exigere contra bonam fidem eſt.*
21. *De injuria ex ipſo actu, ſuper quo litigatur, reſultante, non niſi lite finita & deciſa judicari & pronunciari poteſt.*

Urthel.

1 IN Reſtitutions-Sachen unſers Land-Vogts zu Greiffenberg, und Land-Raths, Heinrich Kamecken Klägers und Imploranten Eines; Entgegen und wider unſern Landrath, Wilhelm Bernhard Mönchowen, Beklagten und Imploraten, auch zugleich reſp. Mit-Imploranten andern Theils erkennen und ſprechen von GOttes Gnaden wir Friederich der Dritte, Marggraff zu Brandenburg, des Heiligen Röm. Reichs Ertz-Cammerer und Chur-Fürſt ꝛc. ꝛc. ꝛc. allem Gerichtlichen Fürbringen nach, auf eingehohlten Rath auswärtiger unpartheyiſcher Rechtsgelehrten, vor Recht: daß die den 14 April diß 1690ſten Jahrs publicirte Urthel, aller darwider beyderſeits eingewandten Gravaminum ungehindert, durchaus zu confirmiren und zu beſtätigen. Wie wir ſie dann hiemit confirmiren und beſtätigen.

Daß dieſe Urthel den Rechten und uns zugefertigten Actis gemäß, bekennen Wir Decanus und andere Doctores der Juriſten Facultät bey gemeiner Fürſtl. Wirtemb. Univerſität Tübingen, urkundlich unſerer Facultät gewöhnlichen gröſſern Inſigels.

RATIONES DECIDENDI.

2 DIe Urſach, warum wir in Sachen des Landvogts zu Greiffenberg und Landraths Heinrich Kamecken, Klägers u. Imploranten Eines, entgegen und wider Landrath Wilh. Bernh. Mönchowen beklagten Imploraten andern Theils die den 14 April 1690. publicirte Urthel ſchlechter Dinge confirmirt und es dabey durchaus gelaſſen, beſtehet hauptſächlich darinn: Weil die Acta klar und lauter ergeben, daß Dubslaff, Andreas und Wilhelm Berndt. Mönchow ſammt ihrer Mutter Anno 1671. von Heinr. Kamecken 1000 fl. entlehnet, gegen von ſich geſtellter Obligation ſub dato den 9ten Jul. 1671. drauff Wilh. Bernd. Mönchow den 1ſten Jan. 1675. 300 fl. baar bezahlet, und wegen des übrigen eine neue Obligation ge-

geben, darinn er sich gegen klagenden Landrath, Heinrich Kamecken alternative obligirt, die Handschrifft, so Klägers und Imploranten seel. Herr Vater, Hauptmann Jacob Kamecke für die Wolden-Tichowsche Forderung gegeben, und 500 Gulden gehalten, so dann 200 Gulden, welche gesammte Brüder die Kamecken der Fr. Fuhrmanschen schuldig, zu berechnen oder zu benehmen, oder da er wegen machender Wunders seiner Brüder solches nicht præstiren könnte, 700 Gulden an statt sothaner Pöste cum usuris à dato obligationis zu zahlen, welcher seiner Obligation er ein Genügen geleistet und Klägern auch um diese 700 Gulden befriediget, besage Klägers eignen Hand und Scheines de dato den 11ten May 1676. Krafft dessen er bekennet, daß die von Wilhelm Berndt Mönchowen wegen der 700 Gulden gegebene Obligation cassirt sey, und angenommen, mit ehestem den Schein, so ihm wegen der geleineten 1000 fl. und hernach wegen der Wolden-Tichowschen Forderung, und Ansprach wegen der Fr. Fuhrmannschen ausgewechselt, itzo aber von beeden Theilen cassirt, zu extradiren; Als aber die versprochene Extradition zimmlich lange angestanden und nicht erfolgt, hat Beklagter und Implorat Christoph Moritz von Wopersnaw ersuchet wegen der Extradirung ermeldter Obligation mit Landrath Kamecken zu reden, so es den 22sten Jan. 1680. in Conventu Statuum gethan, da gedachter Kamecke mit einem Ayd-Schwur bejahet, daß er nicht anders wüste, als daß mentionirte Obligation schon extradiret, sollte sie wider Verhoffen noch aufgefunden werden, sollte sie hiemit, weil es damit seine Richtigkeit hätte, gäntzlich cassirt seyn, wie deßwegen besagter von Wopersnau unter seiner Hand einen Schein von sich gegeben, bey den Actis sub lit. D. bey dem Verhör den 18 Aprilis Anno 1689.

Hat solchem nach Kläger den Beklagten wegen seiner Befriedigung um die schuldig gewesene 700 Gulden unter eigner Hand quittiret, von der Obligation frey gesprochen, und die ihm deßwegen eingehändigte Handschrifft oder das Chirographum gäntzlich cassirt und mortificirt.

3 Ejusmodi autem mortificatio Chirographi & apocha vel quietantia in fidem & testimonium obtentæ satisfactionis à creditore, cui solutum vel satisfactum, propria manu, vel à tertio ejus mandato aut consensu, scripta, & debitori data contra scribentem in judicio producta & à creditore recognita, solutionem & obligationis extinctionem, nec non debitoris liberationem plene probat.

l. ultim. §. 2. de condict. indebit. l. 27. §. 2. de furt. l. 19. Cod. de fide instrument. l. 14. C. de solut. Carpzov. *p. 2. c. 11. d. 37.* Berlich. *decis. 73. num. 1.* Balthasar. *part. 3. resolut. tit. 13. resol. 1. num. 6.* Cravetta. *de antiq. tempor. rubric. revocare consilium. num. 72.* & post plures à se allegatos Domin. Gaitus *de Credito. tit. 8. cap. 2. num. 16. 17. seqq.*

Hinc debitorem plane securum ac tutum reddit, æque ac si nunquam obligatus fuisset

Pac. *ad l. 18. C. de testib.*

Apocha enim tali a reo producta utraque & 4
naturalis & civilis obligatio sublata probatur per solutionem, ita, ut ea munitus exceptionem non competentis s. peremptæ actionis recte objiciat.

arg. l. 19. pr. de accept. j. l. 8. pr. ff. eod. pr. §. 1. & 2. Inst. quib. mod. toll. obl. Hahn. ad Wesenbec. *tit. de except. num. 7.*

quemadmodum ex consueta pronunciandi forma hoc casu, quæ hæc: Dieweil Kläger die vom Beklagten producirte Quittung gebührlich recognosciret, so hat Bekl. damit seine vorgeschützte Exceptionem solutionis zur Nothdurfft beygebracht, und wird demnach von Klägern Zusprüchen (vel von der angestellten Executions-Klage) billich entbunden, inmassen wir ihn hiemit davon entbinden, ut eam refert

Freyerus *tractat. de solution. cap. 11. num. 44.*

etiam constat. Non male igitur optimum 5
solutionem probandi modum esse Apocham dicit

Carpzov. *p. 2. c. 29. d. 13.*

& post 30 dies ea in tantum factam solutio- 6
nem probat, ut nec exceptio haud secutæ numerationis pecuniæ ac factæ solutionis debitori amplius objici queat, adeo quidem, ut tempore 30 dierum præterlapso, creditor hanc exceptionem prorsus amittat, & omnino cautioni suæ stare cogatur, nec ulterius de pecunia sibi non soluta querelam movere possit, etiamsi onus probandi pecuniam non solutam esse, in se recipere paratus sit.

l. 14. §. 2. seqq. C. de non numer. pecun. ibi Brunnemann. Sichardus. *add. l. 14. C. de non numer. pecun. num. 5.* Joh. Zangerus *de except. p. 3. cap. 14. num. 30. seq.* Harpprecht. *ad tit. Inst. de liter. Obligat. num. 59.* Besoldus *p. 2. Cons. 59. num. 7. 8.*

Quam assertionem communem Doctorum sententiam esse tradit, eamque aliquoties judicando approbatam testatur

Carpzov. *p. 2. c. 29. d. 19. num. 7. & l. 2. Resp. 90. nnm. 13.*

Imo

7 Imo licet creditor mediante Juramento probare velit ſolutionem non eſſe factam, tamen eundem audiendum non eſſe, recte præter *d. l. 14. §. 3.* aliquot rationibus defendit

Freyer, *de ſolut. c. 11. n. 39. ſeqq.*

Unde nec etiam condictionem apochæ ex capite non factæ à debitore ſolutionis poſt 30. dies creditor inſtituere poteſt

arg. d. l. 14. §. 1. & ſeqq.

Et quanquam Jure Canon. mala fides præſcriptionem impediat

c. 5. c. fin. X. de præſcript.

moresque Jus Canon. in eo ſequantur,

Gebh. *de præſcript. c. 1. n. 29.* Schultz. *in Synopſ. Inſt. tit. de uſucap. lit. b.* Mynſ. *4. O. 6. n. 4.*

non tamen propterea moribus abrogata cenſenda Juris Juſtinian. circa exceptionis non num. pecun. adverſus apochas præſcriptionem diſpoſitio. Quin vero quod ea ita adhuc obſervetur, ut probatio in contrarium non admittatur, ſed talis petitio in judiciis rejiciatur, duobus præjudiciis confirmat

Carpzov. *d. l.*

8 & non obſtante Juris Canon. æquitate hoc verum eſſe, expreſſe docet

cum Rauchbar *p. 2. qu. ult. n. 17.* Goswin ab Esbach ad Carpzov. *d. l.*

Ut ita exiſtimemus, neminem in pronunciando morari debere, quod de hoc tradit

Amaya *ad l. ult. C. de apoch. publ. n. 10.*

nempe ſemper audiendum eſſe eum, qui, ubi ita dedit apocham, probare velit, ſibi non numeratam fuiſſe pecuniam, aut petat, ut juret poſitiones qui apocham exhibet, nempe propter malam fidem; nec etiam id attendendum, quod

Diod. Tuldenus *in cod. de non num. p. num. f.*

exiſtimat, veram ſcil. eſſe allegatorum ab ipſo ſententiam, ſi nim. agatur contra poſitum in b. f. v. g. debitoris heredem, & propterea, quod de moribus ſententiæ noſtræ contrariis ſtatuit

Arn. Vin. *in Comm. tit. Inſt. de lit. oblig. n. 12.* Grœnew. *ad tit. C. de non num. pec.*

9 meritò non in dubium tantùm vocandum, ſed & negandum prorſus erit. Ex quo porrò haud dubitamus pronunciare, debitorem apocham poſt 30. dies producentem, utut poſt præſcriptionem ſcientia non factæ ſolutionis eidem ſupervenerit, tamen in foro quoque conſcientiæ tutum fore, argumento eorum, quæ de uſucapionis juſtitia hoc in foro probantur

ab Hugone de Roy. *de eo, quod juſtum eſt lib. 3. tit. 6.* Joh. Valero Valentin. Segobrigenſ. Decret. Doct. Priore Domus Carthuſ. Majoric. Jeſ. Nazaren. *in Different. utriusque fori.*

voc. Præſcriptio. differ. 6. Gregor. Sayro *in Clavi Regia Caſ. conſcient. lib. 9. cap. 12. num. 34.* Lud. Molina *de Juſt. & Jur. 1. tr. 2. D. 61.*

Welche Jura hier deſto eher 2.) anſchlagen, 10
weil Kläger die ſchrifftlich 1676. unter eigner Hand gethane, und recognoſcirte Quittung und Caſſation der Obligation vier Jahr hernach mündlich repetirt gegen Chriſtoph Moritz von Wopersnau, und ſie mit einem Eyd-Schwur confirmirt, daß nemlich alles ſeine Richtigkeit hätte, und die mentionirte Handſchrifft und Obligation gäntzlich caſſirt ſeyn ſolle

Tralatitii namque juris eſt, geminatio- 11
nem actus majorem negotii firmitatem inducere, cum cenſeatur majori animi deliberatione geſtum,

C. 26. X. de jurejur.

& magis enixam voluntatem manifeſtò indicet

l. 22. ff. ad SCt. Trebell.

Hinc repetitio & reiteratio actuum tollit 12
omnem erroris præſumptionem, quippe quæ præſupponit præviam deliberationem & animi conſtantiam ac perſeverantiam

Gl. *in c. ex literis. 5. X. de divort.* Gœddæus. *v. 1. Conſ. Marp. 24. num. 4.*

ita ut nihil opponi poſſit contra ejusmodi actum ſæpius repetitum, ſed talis repetitio vim confirmationis habeat

arg. l. 22. C. ad SCt. Vellej.

præſertim ſi geminatio ſit facta ex interval- 13
lo temporis uti hæc,

Anton. Corſetus *tr. de verbis geminat. per tot. in Tr. Tract. tom. 18. part. 2. fol. 66.*

& maximè ſi ad majorem verbis fidem conciliandam, graviusque pondus ac robur negotio addendum, ut hîc rurſus, Juramentum acceſſerit.

laud. Anton. Corſetus *tr. de jurament. ejusque privileg. n. 12. & 62.* Joh. Guterius. *de Contract. juratis. cap. 63. num. 11. & 15.* Seraphin de Seraphin. *de privileg. juram. reg. 60. num. 3.* ibique à Benckendorff. in addit. longa ſerie allegat.

Zumahlen 3.) wann man conſideriret, daß hier die wiederhohlte Caſſation der Obligation 3. Jahr hernach geſchehen, nachdem Kläger und Implorant des Jochim Henning Schmelings Erben, in adjunctis Actis, rejectâ ipſius oppoſita exceptione compenſationis, zu Bezahlung der 416 fl. ſchon condemnirt geweſen, geſtalten er den 30. Octob. Anno 1677. bereits des Jochim Henning von Schmelings Erben, als Ceſſionariis weiland Wilhelm Kleiſtens Erben die 416. Gulden cum uſuris zu bezahlen condemnirt worden, nichts deſtoweniger noch anno 1680. bekennet,

daß er wegen der Schuld, mit deren ihm Wilhelm Bernd Mönchow, itziger Beklagter und Implorat, verhafft gewesen, von ihm wohl befriediget und vergnügt worden, nichts weiter an ihn zu fordern, sondern die Obligation gäntzlich cassirt, ab und todt seyn solle, wann sie wider Verhoffen aufgefunden werden, und noch nicht extradirt seyn möchte.

Und auf diese anderwärtige mündliche mit einem Ayde bestättigte Cassation der von Imploraten gegebenen Obligation, und gleich in 3. Monathen und etlich Tagen drauff beschehenen andermahligen Condemnation zur Bezahlung der von Schmelings Erben prætendirten 416 Gulden ist Kläger und Implorant doch noch 6. gantzer Jahr, nemlich biß in annum 1686. still gesessen, und weder das geringste an Wilhelm Bernd Mönchow jetzigen Beklagten und Imploraten gesucht, noch seine ihm eingehändigte Apocham zu condiciren begehrt, sich also mehr denn hundertfach damit verspätet, folglich darwider durchaus weiter nicht zu hören per superius allegata & deducta.

14 Weil dann 4.) solcher gestalt die von Klägern und Imploranten unter eigener Hand dem Beklagten und Imploraten gegebene Quittung und Mortifications-Schein des eingehändigten Chirographi von Imploranten gegen Christoph Moritz von Wopersnau mit einem Ayd-Schwur bestättiget, die von Imploraten beschehene Zahlung der schuldig gewesenen 700. Gulden, derentwegen die Obligation de d. 1. Januar. 1675. gegeben worden, und dadurch ipso jure erfolgte völlige Liberation des Imploraten von seiner Obligation plenè probirt, so competirt Klägern und Imploranten in effectu gar keine Action wider den Beklagten und Imploraten, omni agendi via ipsi præcluſa,

quia ubi nulla supereſt obligatio, ſed utraque naturalis ac civilis per ſolutionem ipſo jure ſublata probatur, nulla de jure competere poteſt actio perſonalis; Si quis igitur de facto ſine actione experiatur, recte ei opponitur exceptio non competentis juris agendi, quæ litis ingreſſum impedit

l. 4. §. 7. ff. ſi ſerv. vind. l. 6. §. 1. de inoffic. teſtam.

15 adeoque favorabilis eſt, ut ſi de ea Judici ex actis conſtet, ipſe etiam ex officio, tacente licet reo, in quacunque judicii parte ſine actione agentem repellere poſſit, imo debeat, eumque ad expenſarum reo tam frivolè cauſatarum refuſionem ſimul aſtringere.

Joh. Zanger. *de except. lib. 3. c. 20.*
Dornſperger *Syntag. probat. except. l. 2. p. 2. c. 2.*

16 Derentwegen wir nicht anders können, als die vorige Urtheil ſchlechter Dingen confirmiren, und es in allem dabey laſſen verbleiben.

Mögen auch 5) hierwider die vom Gegentheil angeführte Gravamina durchaus nichts verfangen, denn weil Kläger und Implorant ſelbſt erkennet, daß ſein Groß-Vatter Adam Henning Kamecke dem ſeel. Cantzler Wilhelm Kleiſten 500 fl. Cap. ſchuldig geweſen, welches gleichfalls Imploranten Vatter Jacob Kamecke agnoſcirt, und Wilhelm Kleiſten Schweſter, Barbara Kleiſtes Claus Fuhrmans Ehefrau, ſo eben ſo viel aus ihres Bruders Erbſchafft, noch ihres verſprochenen Heyrath-Guts wegen, zu fordern gehabt, die biß ad. anno 1646 davon betagte Zinſen beſage der von ihm Jacob Kamecken ſelbſt in Actis adjunctis pag. 48. und wieder bey dem Exhibito vom 19 Martii 1657 gerichtlich producirten Quittung von Claus Fuhrmann und ſeiner Ehefrauen mit 478 fl. de Anno 1646 bezahlet; So ſcheinet nothwendig zu folgen, wann es aufrecht und redlich daher gegangen, daß Klägers und Imploranten Groß-Vatter Wilhelm Kleiſten mit zwey zerſchiedenen Poſten verhafft geweſen, deren der eine grad 500 fl. Capital beſagt gehabt, davon d. anno 1646 bereits 478 fl. Zinſen verfallen geweſen, und der nach Wilhelm Kleiſten Todt ſeiner Schweſter Barbara Kleiſtes Claus Fuhrmanns Ehefrauen für ihre noch prætendirende 500 fl. vom Ehe-Gelde cedirt worden, der ander aber nur 416 fl. Capital gehalten, davon die Obligation in Actis adjunctis pag. 6. producirt, welcher poſt von Wilhelm Kleiſten Wittwen, und deren Vormunder anno 1645 dem Eydam Claus Lettowen, mit Wilhelm Kleiſten Tochter in dotem zugeſchlagen, beſage pag. 31. actorum adjunctorum, der ſolche Obligation d. 15 Febr. 1646 gleich wider Jochim Henning von Schmelingen cedirt, laut pag. 146. d. actorum; zu deſſen Bezahlung Kläger und Implorant cum Conſortibus in Actis adjunctis alſo beſagten Jochim Henning Schmelings Erben rejecta oppoſita exceptione compenſationis, rechtlich condemnirt. Und daß dieſes zwey zerſchiedene Schuld-Poſten ſeyn, ergiebet ſich unter andern auch, auſſer daß das quantum des Capitals unterſchiedlich, daraus, daß Klägers und Imploranten Vatter ſich in Actis adjunctis öffters darauf berufft, daß er der Fuhrmännin anno 1646 von den 500 fl. Capital 478 fl. betagte Zinſen bezahlet habe, da aus den 416 fl. Cap. beſage Klägers und Imploranten Vatters eignen producti Extracts, auſſer Wilhelm Kleiſten Inventario anno 1636, mehr nicht als 3 jährige Zinß, ſo 75 fl. gethan, verfallen geweſen, wann man nun die biß ad annum 1646 incluſivè jährlich verfallene Zinſen, dazu rechnet, hätten ſelbige ſamtlich mehr nicht als 325 fl. gethan, wann alſo Jacob Kamecke Klägers und Imploranten Vatter nicht gewußt, daß ſein Vatter oder er auſſer den 416 fl. Wilhelm Kleiſten noch mit einem andern gantz zerſchiedenen Capital a 500 fl. daraus ſchon damahls anno 1646 ad 478 fl. Zinſen verfallen geweſen, obligirt, würde er gewiß ſo ſchnell mit Bezahlung der Zinſen nicht geweſen ſeyn, kan demnach Kläger und Implorant

plorant deſſentwegen, daß er des Schmelings Erben Krafft der in Actis adjunctis publicirten Urtheil die 416 fl. ſamt den verfallenen Zinſen bezahlen müſſen, (wann es geſchehen) an Beklagten, geſetzt, er hätte ihm der Fuhrmännin Obligation an ſtatt baarer Bezahlung gegeben, ex extincta obligatione nichts mehr mit Recht ſuchen und fordern, weil er dieſe nicht weniger als jene zu zahlen ſchuldig.

17 Womit zugleich fällt, daß Kläger und Implorant 2) ſagt: Barbara Kleiſtes weiland Claus Fuhrmanns Ehefrau habe ſich der Schuld, derentwegen er von Schmelings Erben belangt, und ihnen zu zahlen condemnirt, auch bereits Immiſſoriales wider ihn eo nomine erkannt worden, angemaſſet, denn ex Actis adjunctis zwar ſo viel erhellet, daß ſie Barbara Kleiſtes an ihres Bruders Wilhelm Kleiſtes Erben nach ſeinem Todt noch 500 fl. Cap. von dem ihr aus den Lehnen verſprochenen Heyrath-Gut a 2000 fl. prætendirt, daß aber ſelbige 500 fl. eben die Schuld, die von Jochim Henning Schmelings Erben wider Klägers und Imploranten Vatter erſtritten, iſt aus beſagten Actis eben nicht ſo klar zu erſehen, ſondern vielmehr das Contrarium draus abzunehmen, weil jene nur 416 fl. beſagt gehabt, der Fuhrmänniſchen Prætenſion aber 500 fl. geweſen.

18 Daß Klägers und Imploranten Vatter 3) der Fr. Fuhrmännſchen die Schuld der 500 fl. biß an 200 fl. realiter bezahlt, iſt von Seel. Land-Rath Bernd Mönchowen Wittib widerſprochen, nicht erwieſen, und ſteht dahin ob es durch eine gültige Quittung zu erweiſen. Implorant berufft ſich zwar auf einen Schein ſub dato Stolp den 10 Jan. 1663, es iſt aber derſelbe nicht beygelegt, daß man ſehen kan, ob er gültig und zu recht beſtändig oder nicht, und zeiget beſagte Bernd Mönchowen Wittib ferner an, daß zwiſchen Imploranten Vatter, als der Fr. Fuhrmännin conſtituirten Curatore und ihr ſeiner Verpflegten ein ſimulatum negotium vorgangen und er ſie perſuadirt, daß ſie ihm als wann er ſie würcklich bezahlt, eine Quittung geben müſſen, da doch keine realis ſolutio vorgangen oder erfolgt, deswegen ſie auch nachmals in ihrem Teſtament die ihm per donationem mortis cauſa geſchenckte Schuld und Quittung revocirt. Wir wollen aber 4) ſetzen, daß er ſie ſo weit gezahlet, wollen auch ferner noch dieſes absque ullo tamen præjudicio zugeben, daß ſeel. Bernd Mönchowen Wittwe ſich nachmals ſothaner noch reſtirenden 200 fl. an der Fuhrmänniſchen Schuld, als auf ſie jure hereditario erwachſen, angenommen, und ihre Söhne ſelbige Kläg. u. Imploranten an der ihnen vorgelehnten 1000 fl. Entrichtung über die baar geſchoſſene 300 fl. ſamt der Wolden-Tichowſchen Obligation a 500 fl. für baare Bezahlung gegeben, auch ihm alſo fort deswegen der Fuhrmänniſchen Obligation auf die 200 fl. extradirt, dagegen er Beklagten und Imploranten die von ihm ad Protocollum gebrachte Quittung hinaus gegeben, weil er die Fuhrmänniſche Schuld vor richtig gehalten, (welches doch geſchehen zu ſeyn Bekl. und Implorat conſtantiſſimè widerſpricht, beſtändig beharrend, daß er baare Bezahlung gethan, und der Fuhrmänniſchen Obligation nie mit Augen geſehen, weniger ſelbe Klägern und Imploranten extradiret,) iſt denn von Klägern und Imploranten erwieſen, daß der Fuhrmännin Schuld und die von den Schmelingiſchen Erben wider ihn erſtrittene 416 fl. Capital ſamt Zinſen einerley, daß weil er dieſe bezahlen müſſen, jene völlig zu bezahlen nicht ſchuldig? haben nicht des Schmelings Erben wegen des ihnen cedirten nominis der 416 fl. Klägers und Imploranten Groß-Vatters Obligation in originali judicialiter d. 23 Martii 1647 ſchon producirt, davon Copiæ cum Originali concordantes in Actis adjunctis pag. 6. Und wann Kl. und Imploranten Vattern nicht ebenmäßig Clauß Fuhrmann und ſeine Ehefrau eine Handſchrifft von ſeinem Vatter oder ihm ſelbſt vorgezeiget hätten, würde er ſich gewiß nimmer zu Bezahlung 478 fl. Zinß und 300 fl. Capital bequemet, noch ſo viel Handlungen über das Capital und die davon gefallene Zinſen mit ihnen gepflogen haben, als er gethan, teſtantibus actis adjunctis.

Quis enim crederet, Actoris Patrem adeò 19
ſupinum fuiſſe, ut tantam ſummam ſolviſſet, antequam ſe creditoris ſoror, exhibendo chirographum, ad debitum exigendum legitimaſſet? Sane ſi id ne quidem de minus perſpicaci, minusque ſolerti præſumendum, quanto minus præſumi poterit de viro præclaro & excellenti ingenio prædito, in Oeconomia ſua diligentiſſimo, & ob Prudentiam graviſſimis expediendis negotiis adhibito, qui per plures annos in commiſſo ſibi munere ſolertiſſime verſatus eſt, partesque ſuas ubique dexterrime egit.

c. 10. x. de præſumpt. Alciat. *de præſumpt. p. 3. reg. 3. præſ. 3.* Ludov. Gilhauſ. *arb. Jud. civ. cap. 6. p. 7. §. 134.* Sichard. *ad l. 16. C. de prob.*

Es geben die beygefügte Schmelingiſche Acta pag. 28. & 35. daß Kl. und Imploranten Vatter, Hauptmann Jacob Kamecke, ſich ſchon auf Trium Regum 1646 gegen Clauß Lettowen in Vergleich einlaſſen, und vor die Schuld der 416 fl. u. drüb von ſeinem Vatter ausgehändigte und damahls noch in ſein Clauß Lettowen Händen ſtehende Obligation, ihm ſeines Clauß Lettowen Vatters Obligation auf 500 fl. Cap. bey Daniel Friedrich Kamecken ſtehend, einliefern wollen, alſo damit die Clauß Lettowen cedirte Schuld der 416 fl. agnoſcirt; Nach der Zeit nun hat er wie Kl. und Implorant ſelbſt in ſeinen Gravaminibus Num. 2. ausdrücklich ſetzet, die Fr. Fuhrmännin auch wegen ihrer von ihrem Bruder Wilhelm Kleiſten her geforderten 500 fl. biß an 200 fl. contentirt, alſo dieſe Schuld, und ſeine Obligation ſelbe zu bezahlen, ebenmäßig vor rechtmäßig und liquid erkandt.

kandt. Derowegen kan Kläg. und Implorant der Ursach, daß er vermöge Urtheil in Sachen Jochim Henning Schmelings Erben contra Kamecken den 30 Octob. 1677 und den 3 Maji 1680. ergangen, so dann den 14 Novemb. 1682 drauf decretirten Immissorialien die Schmelingische Erben als Cessionarios, wegen jener 416 fl. und daraus gefallenen Zinsen befriedigen müssen, wegen dieser an denen von der Fr. Fuhrmännn ab ipso geforderten 500 fl. noch bekanntlich restirende 200 fl. nicht weniger als jene 416 fl. beeder Schulden Bekanntniß und wider jene hernach zwar opponirter, aber rechtmäßig verworffener Exception halber, bezahlen, und die von seinem seel. Vattern der Fr. Fuhrmännin solcher 200 fl. wegen gegebene Obligation, mittelst schuldiger Bezahlung einlösen müssen, so er seiner Bekanntniß nach itzo ohne geschehene würckliche Contentirung erhalten, also contra bonam fidem,
20 cui repugnat idem bis exigi

l. 57. de reg. jur.

nicht auch noch dazu 200 fl. von Beklagten fordern, der doch wegen gegebener Satisfaction schon vor 13 Jahren per datam & recognitam ab ipso A. apocham plene liberirt worden, und dannenhero unsers Erachtens adjucatis expensis justissime absolvirt worden, dabey wir es dessentwegen auch lassen, und die publicirte Urtheil simpliciter confirmiren.

Daß wir aber in puncto von Imploraten geklagter injurien ungeacht des von ihm wider vorige Urthel deducirten Gravaminis, Beklagten und Imploraten in die gebetene Straffe nicht condemnirt, ist der Ursach geschehen, weil die injurien ex ipsa instituta actione herfliessen, es aber bekandten, klaren und offenbaren Rechtens

21 quod injuria resultans ex ipso actu, super quo litigatur, haud possit vindicari, nisi lite finita, ac proinde ex iis, quæ in lite sunt, indubie inter eos, qui litigant, ante litem per sententiam rei judicatæ vires nactam nequaquam sit & cum effectu instituti queat injuriarum actio, cum id ex evidenti ratione, (quod quamdiu de veritate vel falsitate ejus, qui in actionem venire debet, alibi adhuc disceptatur, agi nequeat, sicque omnino causam prius plene terminatam esse oporteat, unde injuria, cujus castigatio & coercitio petitur, oritur & descendit, ita, ut commode de ea cognosci nequeat, & utrum contumeliose illata sit nunc non nisi lite finita & decisa judicari & pronunciari possit,

Faber *ad §. Injuria. Inst. de injur.*)

ita expresse soleque meridiano clarius definitum extet

l. 10. C. de injur. ibi Brunnem. Mev. *p. 3. dec. 418. & p. 5. dec. 375. n. 7.* Brunnem. *cap. 5. dec. 30.* Cothman. *vol. 2. Cons. 88. n. 17.*

Demnach in hoc puncto nichts sollen noch können gesprochen werden, ehe die Urtheil in rem judicatam erwachsen, und Rechts-Krafft erlanget. Und zwar so weniger, als Kläger und Implorant sich hierauf noch gar nicht eingelassen, noch das geringste Wort und Beklagten uff Imploraten Klag super injuriis geantwortet, ohn Zweiffel, weil er wol gewußt, daß lite principali pendente, necdum finita, de injuriis quæstio frustra & impertinenter moveatur, dahero wir es nochmahls simpliciter bey der Confirmation der den 14 April 1690. publicirten Urtheil bewenden lassen.

Welches wir ꝛc. Actum in Collegio nostro den 26 Nov. 1690.

CONSILIUM XXXVIII.

DE

Pactis dotalibus successionem deferentibus revocabilibus: & de divisione bonorum a Patre ad secunda vota transeunte suscipienda.

SUMMARIA.

Facti species junctis duabus quæstionibus.
1. & 2. Prima quæstio affirmando decidi-tur.
3. Pacta dotalia tam de dote quam de mutua inter conjuges successione etiam post nuptias fieri possunt.
4. Et pacta futuræ successionis inter conjuges hodie neganti condolendum erit.
5. In Regione Hechingensi Pater ad secunda vota transiens cum liberis prioris matrimonii bonorum divisionem inire ex consuetudine recepta tenetur.
6. Quæ consuetudo & in aliis locis observatur.
7. Liberis pacto quadam à Parentibus promissa per ultimam voluntatem adimi non possunt.
8. & 9. Ut ultima voluntas sua natura perpetuo revocabilis & ambulatoria: Sic & pacta dotalia successionem deferentia revocabilia.
10. Quod

10. *Quod & Caſp. Klock. elegantiſſime confirmat.*
11. *Imo pacta etiam dotalia in vim contractus & negotii inter vivos mutuo diſſenſu inita conjuges mutuo diſſenſu, in ultima voluntate, vel alibi, quocunque modo declarato, tollere, mutare, & abrogare poſſunt.*
12. *Quomodo enim quid colligatum eo modo diſſolvi etiam poteſt.*
13. *Jus tamen tertio ex pactis dotalibus quæſitum, neutiquam illi poſtea teſtamento adimi poteſt.*
14. *De quo caſu vero hoc intelligendum explicatur.*
15. *Et ad Legem obſtantem l. 29. §. f. ff. de pact. dotal. pluribus reſpondetur.*
16. *In fine hujus quæſtionis caſus ſimilis eodem modo deciſus proponitur.*
17. *Secunda quæſtio itidem affirmatur.*
18. *uſque ad fin. Et rationes in contrarium refutantur.*

Neque enim ſimplex renunciatio hoc caſu, neque præſcriptionis requiſita probari poſſunt.

Et ſecundæ nuptiæ ſine Parentum conſenſu celebratæ cauſam exhæredandi vel excludendi â petenda bonorum diviſione non præbent.

FACTI SPECIES.

HErr Christoph Müller, Fürſtl. Hohenzolleriſcher Stallmeiſter, hat in Anno 1640. ſich mit Magdalena Gellerin von Stetten verheurathet, und mit ihro gezeugt ein Kind Nahmens Magdalena, nach Ableiben erſt-beſagter ſeiner Haußfrauen hat er ſich wieder mit Frau Magdalena Götzin gebohrner Mäglerin von Trochtelfingen, die ihme einen Sohn Nahmens Hanns Jacob Götzen zugebracht, verehliget, weiters von ihr aber kein Kind gezeugt, nach dieſer ihrem Tod, und Abfertigung des Stieff-Sohns, nahme er zur Ehe in Anno 1662. Frau Maria Barbara von Pflommern, Wittib ohne Kinder, mit der er in anno 1665. den 20ſten Julii die hiebey ſub lit. A. gehende Diſpoſition, oder pactum ſucceſſorium (quod partim ſapit naturam Teſtamenti, partim pacti) auffgerichtet, worinnen ſie beede beywesend der darzu erbettenen allſeitig Beyſtänd und Befreundten, wie man ſich auf ein- und den andern Fall zu verhalten habe, ordentlich diſponirt: notanter iſt aber zu wiſſen, daß der Herr Stallmeiſter nach ſeiner erſten Haußfrauen ſeel. Tod dem hieſigen in legitimam conſuetudinem erwachſenen Lands-Brauch gemäß ſchuldig geweſen wäre, ante ſecunda vota, datis tutoribus, mit der Tochter all ſein Vermögen, Vätterlich und Mütterliches, nichts it darvon ausgenommen, abzutheilen, oder auf andere beliebende Weiß mit ihro ſich abzufinden; Und wie dieſes bey dem erſten Fall unterlaſſen worden, hätte ex Jure præallegato nach dem Tod der andern Frauen, mit deren pactum unionis prolium oder ein Kindſchafft gemacht worden, die Theilung des Vätterlichen, und beeden Mütterlichen mit gedachter Tochter geſchehen ſollen, es hat aber er Herr Stallmeiſter, wie viva teſtimonia derentwegen auf den Nothfall zu produciren, vor der letzten Ehe die Tochter dahin diſponirt, ſie ſolle von der Theilung ſchweigen, ſonſten die Frau, nehmlich die Frau Barbara von Pflommern, er nit bekommen werde; Solle gedencken, daß nach beeder ihrem Tod alles ihr ſeyn werde, und dörffe nur die Thür zuthun; Deme aus Kindlicher Zuverſicht die Tochter geglaubt, und nach der Hand durch die vorgemeldte in favorem ihrer eingerichte Diſpoſition oder pactum ſucceſſorium darinnen mehrers confirmirt, und geſteuffet worden: Als aber die Tochter nach Ableiben ihres erſten Manns Hanns Heinrichen Haanen ſeel. prævia diviſione, die ſie nach mehrgedachtem Lands-Brauch mit ihren drey leiblichen Kindern ordentlich vorgenommen, ſich wieder im HErrn mit Conrad Buochen dem hieſigen Unter-Forſtmeiſtern verheurathet, und einige pacta dotalia gantz favorabel vor ihre drey Vor-Kinder, præſertim ſo viel das nach erwehnter Vätterlichen Diſpoſition zu hoffen habende Aehne-Guth angehet, einrichten laſſen; Hat der Herr Vatter und Stieff-Frau Mutter, aus alleinigem dieſem Vorgeben, ſie hätte ſich ohne ſein Willen wieder verheurathet, vor der Frau von Pflommern Tod zu Nachtheil der Tochter, ſo viel man äuſſerlich vernimmt, die vorgehende Diſpoſition oder Pactum Succeſſorium durch ein anderwärtiges Teſtamentum mit einander aufgehoben, und vernichtiget, deſſen Aender- und Caſſirung die Tochter omni modo zwar geſucht, vergebens aber ſich bemühet hat: Derentwegen rebus ſic ſtantibus ſie an den Herrn Vatter den ihro vor 30. Jahren ſchuldig geweßten Erbtheil, cum damno und Intereſſe, begehret, und mithin ſelbige in integrum zu reſtituiren, inſtändig gebetten hat, der Herr Vatter aber dargegen ſtets eingewendet, er ſeye ihr nichts ſchuldig, er hätte ihr mehr geben, als ihr rechte Mutter zu ihme gebracht; die Tochter herentgegen das Contrarium erweiſen will, und meiſtens auf die Götzin, welche von guten Mittlen geweſen ſeyn ſolle, ſich referiren thut, es waltet aber der Haupt-Fehler in deme, daß bey ein- und dem andern Fall kein Inventarium, wie es doch von Rechtswegen hätte ſeyn ſollen, verfaſſet worden: Als iſt man zwar ex parte Officii dieſer beſtändigen Meinung, daß, weilen der Herr Vatter das Pactum Succeſſorium, welches man diß Orthes vor Pacta Dotalia Conſideratis Conſiderandis anſehen

ansehen will, durch das Testament aufgehebt zu seyn, vermeinet, von ihme Herrn Vattern die Frau Tochter ex Jure consuetudinario præallegato deficiente inventario, durch Löbl. Stadt-Steur-Bücher quoad immobilia: per testes aber & his etiam deficientibus, mediante juramento Corporali, was an Paarschafft, und Mobilien vorhanden gewesen zu seyn, zu erweisen sich erbiethet, non obstante testamento subsecuto, in integrum zu restituiren, und his separatis, dem Herrn Vatter dann erst zustehen thue, über das übrige willkührlich zu disponiren; Wie aber das Fürstl. Ober-Amt ex certis non spernendis rationibus diesen Sentenz sine Consilio Jurisperitorum, nit publiciren will: Als wird ein Rechtliches Gutachten über diese beede Quæstiones verlanget.

1.) **Ob das neuerlich aufgerichte Testament, die vorgehende** Disposition **oder** Pactum Successorium, **und das der Tochter darinn verschaffte** Prælegatum **des Hauses halber aufheben könne? Und da dieses** de Jure **statt finden sollte: Ob auf solchem Fall**

2.) **Nach dem angezogenen Recht der Herr Vatter schuldig seye, die Frau Tochter des hinterhaltenen Erbtheils halber zu vergnügen?**

1 WAnn dann wir subsignirte über vorstehende Facti Speciem und daraus gezogene 2 Fragen unser unpartheyisches in Rechten gegründetes Sentiment förderlich zu eröffnen, und schrifftlich zu communiciren Großg. ersuchet worden; So haben wir nicht ermangelt, nach reiffer der Sachen Erwegung, gebührende consultation darüb zu pflegen, und einmüthig dafür gehalten, wie folget: Nemlich bey der

Ersten Quæstion:

da gefraget wird

Ob das neuerlich aufgerichtete Testament die vorgehende Disposition **oder** Pactum Successorium **und das der Tochter darin verschaffte** Prælegatum **des Hauses halber aufheben könne?**

2 Daß solche in allweg mit Ja zu beantworten sey: denn wie die Beylag Lit. A. ausweiset, so ist selbige ein Heyraths-Brief zwischen Hrn. Christoph Müllern, Fürstl. Hohenzollerisch. Stallmeistern, und Fr. Maria Barbara von Pflommern, seiner ehelichen Haußfrauen aufgerichtet, (unerachtet die Verheyrathung zwischen ihnen im dritten Jahr vorher schon geschehen, laut Facti Speciei, denn solches nichts benimmt, weil bekannt ist,

3 quod pacta dotalia etiam post nuptias fieri possint, tam de dote, quam de mutua successione inter conjuges, ex hodierna plusquam notoria consuetudine Germaniæ, de qua fidem uberrime faciunt

Andr. Kohl *de Pact. dotal. part. 1. n. 9. 10. 71. seq.* Joh. Otto Tabor *de pact. dotal. cap. 5. n 2.* Brunnem. *ad l. 1. ff. de pact. dot. & ad l. 5. C. de pact. conv. tam sup. dot.* Mynsing. *2. O. 33. n. 10.* Gail. *2. O. 117. n. 6. & O. 136. n. 3. seqq.* Joh. Fr. Balthasar. *p. 1. tit. 1. resol. 1. n. 42. & resol. 16. n. 6.* Vultej. *vol. 4. Cons. Marp. 54. n. 15.* Pruckman. *vol. 2. Cons. ult. n. 23.*

ita, ut qui contra hanc consuetudinem & observantiam pacta futuræ successionis hodie inter conjuges approbantem Scholastice disputare velit, ei ignoscendum, imo condolendum sit, quod, quæ quotidiana sunt, non didicerit, & jus in quo versamur, ignoret, velut respondit 4
Ern. Cothman *vol. 2. Resp. 78. n. 176.*)

also diese beyde Eheleute die Principal-Interessenten, welche die Pacta dotalia vor sich eingegangen, und die andere Mitunterschriebene bloß als dazu beederseits erbetene Beystände adhibiret, des Herrn Müllers Fr. Tochter aber, oder ihr Ehemann gar nicht einmahl bey deren pactorum dotalium **Errichtung, so viel wir aus der** Facti Specie **und Beylag A. ersehen können, weniger, in** Pars compaciscens **gewesen. Ob nun wohl,** stante illa loci consuetudine, **davon die** Species Facti, **als von** 5
einer gantz kundbaren und tota die im Schwang gehenden Gewohnheit, und allgemeinem Lands-Gebrauch, Meldung thut, vermöge deren der Stallmeister nach seiner ersten Ehefrauen seel. Todt obligirt **gewesen,** ante secunda vota, **mit der Tochter all sein Vermögen, Vätterlich und Mütterlichs, nichts davon ausgenommen, abzutheilen,** und wie selbiges bey dem ersten Fall unterlassen worden, er doch nach dem Todt der andern Frauen dasselbe vi juris illius consuetudinarii billig hätte thun, und die Theilung des Vätterlichen und beeder Mütterlichen Vermögen mit gedachter seiner Tochter fürgehen lassen sollen (dergleichen Recht auch 6
vieler anderer Orthen Teutschlands üblich, constituirt **oder** recipirt **ist, als in Oesterreich zu Lünenburg, Bremen, Hamburg, Lübeck** &c.

teste post alios Mevio *ad Jus Lubec. p. 2. t. 2. art. 2. n. 30.* ubi in antecedentibus & consequentibus juris hujus æquitatem simul late deducit)

Wann, wie Herr Müller ad secunda vel tertia vota **geschritten, zwischen ihm und seiner** 7

Fr.

Fr. Tochter, mit Beystand ihrer verordneten Pfleger, ein Pactum wäre aufgerichtet worden, darinn sie ihm die a Consuetudine illa injunctam necessitatem dividendi cum ipsa bona remittirt, er aber ihro dagegen tempore secundarum vel tertiarum nuptiarum dotem maternam, oder sonst ein gewisses von seinem besessenen Vermögen gegeben, mit der Versicherung, daß sie dieses oder jenes nach seinem Tod noch weiters haben und empfangen, oder mit den ex posteriori matrimonio erzielenden Kindern in diß oder jenes succediren sollte, er der Vatter nicht befugt gewesen wäre von solchem mit der Tochter aufgerichteten pacto per ultimam voluntatem zu recediren, und ihro per testamentum weniger zu verlassen, als er ihro pacto illo vorhin versprochen, und promittirt; Krafft deren a laudato Mevio weitläufftig deducirten best-gegründeten rationen, mit angehefftеter refutation der dawider streitenden Schein-Gründen

d.p.2. t.2. art.2. n.190. seqq.

sich beziehend auf den selbiges noch weitläufftiger ausführenden

Cothmannum *vol.3. Resp.44. n.65. seqq.*

So kan doch solches itzo von diesem zwischen ihm Herrn Müllern, und seiner letzten Ehefrauen eingegangenen Pacto dotali nicht gesagt werden, daß sie selbiges per ultimam voluntatem zu ändern nicht befugt gewesen seyn sollten, gestalten forderist in thesi ein gemeiner fast einhelliger Schluß der Rechts-Gelehrten ist:

8 Quod Pacta dotalia de futura successione disponentia non tantum mutuo conjugum consensu mutari vel abrogari queant, aut quod pactis dotalibus ratione successionis non saltem per mutuum conjugum testamentum in præjudicium cognatorum derogari possit, sed quod ea, quæ per illa placuerunt, ex post facto etiam ulterutrius conjugum tantum voluntate & testamento præsertim in suorum, modo cognatorum præjudicium, immutari valeant, nec de ullâ sibi illatâ injuriâ cognati vel agnati, in quorum ista concepta fuere favorem, conquerendi jus habeant, quia talismodi pacta, quatenus de futura successione cavent, & disponunt, speciem testamenti & ultimæ voluntatis habent, docente ita

per l. hereditas. 5. verb. vice testamenti C. de pact. convent. Sichardo *ad l. pactum dotale. 6. C. de collat.* Wesenb. *ad tit. ff. de pact. dot. n.4. & Cons.11. n.24.* Dauth. *de testam. n.86. vers. nam etsi plerique &c.*

9 Ut igitur ultima voluntas sua natura perpetuo revocabilis & ambulatoria est ad extremum vitæ usque halitum;

l.4. de adim. legat. l.32. §.4. de donat. int. vir. & ux.

in tantum, ut nemo eam legem sibi dicere possit, ne a priori voluntate discedat,

l.22. pr. de leg.3. Berlich. *dec.92. n.8.* Ant. Capyc. *dec.174. n.6.*

sic & pacta dotalia successionem deferentia ex natura ultimar. voluntatum semper revocabilia, & pro arbitrio ac nutu paciscentium revocari posse censentur

l.34. ibi: *nec ad implendum promissum hereditatis proprie pollicitationi quisquam adstringitur. C. de transact. l.1. §.1.* ibi: *Stari pacto non debet, ob hoc, quod dos relegata est &c. & l.11. ff. de dot. præleg.*

Quemadmodum id ita in terminis de hujusmodi pactis dotalibus, quod nempe revocabiliter saltem subsistant, & ex quacunque causa pro lubitu revocari queant, liberumque plane sit paciscentibus de bonis istis pro ipsorum arbitrio testari, & hoc modo totam conventionem omnimode subvertere tradunt ac firmant

Wesenbec. *in parat. ff. de pact. dot. n.4.* ibique Hahn. Kohl *de pact. dotal. p.2. n.76.* Wissenbach. *Disp.46. ad Pand. th.24.* Tabor *de pact. dotal. c.7. n.2.* Sanden *l.2. tit.2. def.7. add.* Carpz. *p.2. c.43. d.9. & 10.* Berlich. *p.2. concl.51. n.25. 26.*

Confirmat hæc elegantissime 10
Casp. Klock *tom.3. Cons.114. n.87. notanter scribens:*

Nachdem aber die Rechte und dero Lehrer dahin ausschlagen, daß besagte Pacta dotalia quatenus de succedendo in futurum disponunt nicht unwiderrufflich, sondern per factionem testamenti activam wohl aufzuheben seyn, also daß deren unverhindert der paciscens die ihme gebührende Güter seines Beliebens testando vel legando auf andere nichts destoweniger zu verwenden hat, prout in hisce pactorum dotalium terminis expressè firmarunt &c. & num. 216. seq. rursus inquiens: Ob wohl nicht ohn, daß dergleichen Pacta dotalia in quibus de successione futura disponitur, Krafft eines im Heil. Röm. Reich Teutscher Nation, gemeinen durchgehenden Gebrauchs, auch an dem Hochlöbl. Kayserl. Cammer-Gericht in beyden obangezogenen Rechtfertigungen vor kräfftig geachtet, und sententionando approbirt worden; So ist doch daraus nicht alsbald eine irrevocabilität, und daß dieselbe per totum nicht wiederum aufzuheben keines wegs, sondern vielmehr im Gegensinn zu inferiren und zu schliessen, demnach sie in vim ultimæ voluntatis in Rechten erhalten werden, daß auch ihnen propria natura ultimar. voluntatum, quæ est ut ambulatoria sint, ad extremum vitæ spiritum usque, zugeeignet werden muß, cum surrogatum assumat omnes qualitates surrogati per vulg. ut igitur testamenti & cujusvis ult. voluntatis libera permittitur disponenti

mutatio sic & paciscenti vel ratificanti eadem tribuenda est. Et generaliter quod pacta de succedendo iis casibus, quibus de jure valida putantur, revocabilia sint, in fortioribus terminis asserit

Tessaur. *dec. 225. n. 6. 9.* Wesenbec. *Cons. 71. n. 24.* add. Idem Klock. *d. tom. 3. Cons. 123. n. 153. seqq. & Tom. 4. Cons. 20. per tot.*

Nun haben wir hier dergleichen pacta dotalia de futura successione disponentia & in vim voluntatis subsistentia, welches nicht nur aus dem Eingang deroselben, sondern auch insonderheit aus dem §. fünfftens ꝛc. da der Erben etliche mahl, wie nicht weniger der Verfallung der Güter nach beeder Eheleuth Todt auf selbige Erben expresse gedacht wird, gnugsam abzunehmen, denn dieses solche Termini seyn, die nicht den Pactis dotalibus, wann sie in vim contractus, sondern, wann sie in vim ultimæ voluntatis sollen gelten, conveniren, massen ein Erbe ist, der Universali Jure einem defuncto in commoda & onera succedirt, und dessen Person repræsentirt, so involvirt die Verfallung der Güter nach jemands Todt nichts anders als die Succession in dessen hinterlassenes Vermögen. Devolvitur enim & venit ad nos quod nondum adepti sumus, indicat igitur verbum devolvi ultimis voluntatibus congruens, vi horum pactorum ex tunc & viventibus paciscentibus nullum jus cuiquam competisse, sed id demum post mortem eorum initium in personis nominatis sumere debuisse, adeoque paciscentes ea in vim ultimæ voluntatis sua natura revocabilis, valere debere, voluisse.

arg. traditorum Hartm. Pistor. *l. 2. q. 4. n. 54.* add. Stryck. *de Proces. Disp. 8. c. 5.* ibique allegati.

2. Mag man in hypothesi dieses zwischen Herrn Müller, und Fr. Maria Barbara von Pflommern, seiner ehlichen Haußfrauen aufgerichte Pactum dotale auch endlich ansehen, wie man will, vel ut in vim contractus subsistens, vel ut in vim ultimæ voluntatis confectum & valens, so kan man doch anders nicht sagen, als daß das neuerlich auffgerichtete Testament die vorgehende Disposition oder pactum successorium, und den der Tochter darinn vermachten Voraus des Hauses halber wohl aufheben mögen, denn sihet man es an als ein Pactum dotale in vim ultimæ voluntatis conceptum und das per modum eines letzten Willens der beeden Eheleut Intention nach bestehen und gelten sollen, so ist allerdings kein Zweiffel, daß sie es durch einen anderwärtigen letzten Willen mit einander aufheben und gäntzlich cassiren können.

arg. §. 2. Inst. quib. mod. testam. infirm. l. 1. l. 2. de injust. rupt. irrit. testam. l. 27. C. de testam. Kohl, *de pact. dot. p. 2. n. 80.* Pruckmann *v. 2. Cons. 1. n. 335.*

Sihet man es aber gleich an, als ein Pactum dot. per modum negotii inter vivos eingerichtet, und in vim contractus subsistens, hat es doch nichts desto weniger durch das neuerlich auffgerichtete Testament wohl auffgehoben und vernichtiget werden können, weil dieses Testament der Vatter und Stieff-Frau Mutter mit einander gemacht, und dadurch gedachtes pactum successorium auffgehoben und vernichtiget zu haben, in Facti Specie gemeldt wird. Nun ist gantz kein Zweiffel,

quin & pacta dotalia in vim contractus & negotii inter vivos mutuo consensu inita conjuges mutuo dissensu, in ultima voluntate, vel alibi, quocunque modo, declarato, tollere, mutare & abrogare possint, 11

arg. l. ab emptione. 58. ff. de pact. l. 1. 2. 3. ff. de rescind. vend. l. prout. 80. ff. de solut.

obtineatque hic regula: Eo modo unum quodvis dissolvi, quo colligatum est. 12

arg. l. 35. ff. de reg. jur. Kohl *de pact. dot. p. 2. n. 76.* Tabor *eod. tr. c. 7. n. 2.* Carpz. *p. 2. c. 43. d. 11. n. 3.*

Und hindert 3) nicht, wann man sagen wollte, daß durch die Heyraths-Verschreibung Lit. A. gleichwohl scheine die Frau Tochter des Herrn Müllers eine Gerechtsame zu dem ihro zum Voraus vermachten Hause erlangt zu haben, dahero ihr solche nicht habe können so schlechter Dinge wieder benommen werden.

Cum, quando tertio ex pactis dotalibus jus quoddam quæsitum est, illud neutiquam illi postea testamento adimi possit per textum 13

in l. maritus. 29. §. fin. ff. de pact. dotal. ubi mulier cum ejus fratre stipulata fuit dotem fratri reddi, si ea in matrimonio decessisset sine liberis, mulier absque liberis decedens quasdam res marito legavit, quæsitum est, an maritus rerum legatarum nomine fratri teneatur? Et respondit Scævola, quod in præjudicium fratris, & juris ipsi competentis ac quæsiti, mulier non potuerit mutare voluntatem, etiam consentiente debitore marito. Per quem tx. Baldus asserit, non posse mulierem de dote sua testari, quando alii addicta est vigore contractus, & interest hunc non revocari, quod illius assertum probant Octav. Cacheran. Ozasch. *dec. 10. n. 6.* Stephan. Aufrer. *ad Capell. Tholos. dec. 354. n. 4. seq.* Joh. Petr. Surd. *Cons. 113. n. 5.*

Pro qua sententia etiam facere videtur illud generale à Dd. receptum axioma, quod à contractu,

contractu, ex quo ſemel jus quæſitum eſt alteri tertio, in præjudicium illius contrahenti non liceat amplius recedere, cum nemo privandus jure ſibi quæſito, niſi ſuo ipſius facto aut culpa.

l. fin. C. ſi contr. jus vel util. publ. l. 11. ff. de reg. jur. Schrader. *de feud. part. 10. ſect. 8. n. 100.*

Denn es hat hierfalls Herr Müllers Frau Tochter durch das zwiſchen ihrem Vatter und deſſen dritten Ehefrauen auffgerichtete Pactum dotale kein unwiederrufflliches Recht auf das ihr zum Voraus darinn beſtimmte und vermachte Hauß erlangt, weil es ihro nur per legatum, quod ſui natura revocabile eſt, vermacht, und zum Voraus verſchafft iſt. Was aber ſonſten de jure tertio per pactum quæſito in illius præjudicium non tollendo ge-
14 ſagt wird, das iſt de jure perfecte & irrevocabiliter alicui quæſito zu verſtehen, ut ſit, ſi per contractum vel pactionem antenuptialem tertio alicui alteruter conjugum quicquam ſtipulatus fuiſſet,

per tx. l. 1. §. 1. l. 11. ff. de dot. præleg.

quemadmodum expreſsè reſpondit
ex Joh. de Imola Nicol. Everhard. *Conſ. 119. n. 1. & Conſ. 136. n. 10.*
& non obſcure innuit

Petr. Peck. *de teſtam. conjug. l. 1. c. 31. n. 1.* & in ſimilibus terminis Thoming. *dec. 23. n. 11.* ac Hartm. Piſtor. *l. 2. q. 4. n. 70. ſeq.* ubi appoſite illud, quod dicitur, jus ex pacto alterius alicui quæſitum, non poſſe ipſi auferri, tunc locum habere declarat, quando ex ſtipulatione ipſa ſtatim jus perfecte quæſitum eſt, non autem ſi demum poſt mortem alicujus jus quæratur, & quidem ea lege & conditione, ſi is in ead. voluntate perſeveraverit. Nam, ait, etiamſi id, quod alicui plene eſt quæſitum, ipſi invito auferri nequeat, res tamen aliter ſeſe habet in jure, quod in futurum mortis caſum, vel alium eventum, ita partum eſt, ut liberum interim ſit concedenti mutata voluntate jus iſtud revocare.

Weil nun hier in noſtra Facti Specie das zwiſchen Hrn. Müllern, und ſeiner letztern Ehefrauen aufgerichtete Pactum dotale, erſt nach eines oder des andern, oder gar beyder Eheleut Todte, ſeinen Effect und Würckung haben ſollen, wann ſie biß an ihr Ende des Lebens in eadem voluntate perſeveriren, und dabey beſtändig verbleiben würden, nachmals aber mit einmüthigem Willen und Gemüth, aus de jure ihnen competirender Macht, davon abgangen, und das Pactum dotale per confectum teſtamentum mutuum auffgehoben, kan die Fr. Tochter de jure ſibi quæſito per teſtamentum hoc injuriâ adempto nicht mit Fug klagen.

Nec obſtat ſupra in contrarium allegata l. 29. §. f. de pact. dotal. Ad eam enim ex ſententia Gloſſæ, Bartoli, Baldi, Caſtrenſis, cum Nicol. Everhardi d. Conſ. 136. n. 12. recte reſpondetur: Quod ibi conſtiterit fratrem eſſe adhibitum ad ſtipulandam dotem animo donandi inter vivos; ideoque merito valet irrevocabiliter pactum, cum donatio inter vivos ſui natura irrevocabilis ſit. Secus autem utique eſt ſi non per actum inter vivos, ſed legati & ultimæ voluntatis tertio quid promiſſum aut conceſſum ſit, quoniam ex communi Dd. traditione pactum accedens materiæ de ſucceſſione, quæ pro ſui natura mutabilis eſt, aſſequitur ejus naturam.

l. 1. §. 14. ff. ut legat. cauſa cav. Peregrin. *de fideicomm. art. 51. n. 31. verſ. ſed hæc rectè &c.* ubi communem Dd. traditionem dicit, quod ſi diſponens per viam legati in favorem tertii diſpoſuiſſet & ſic per viam pro ſui natura revocabilem, poſſe teſtatorem ab hac diſpoſitione recedere non attento prætenſo jure tertii, cum non potuerit ſe adſtringere ad non revocandum legatum ipſum de ſui eſſentia revocabile, licet ſecus ſit ſi per actum promiſſum inter vivos ſe obligaſſet relinquere.

Ita d. §. etiam interpretatus
Jaſon *ad l. Qui Romæ. 122. §. Flavius. 2. de V. O. n. 19.*
aſſerit, in ſpecie d. §. fin. fratri ſtipulanti per donationem inter vivos jus irrevocabiliter ſtatim fuiſſe quæſitum, diverſum autem omnino eſſe, cum ſaltem proviſio fratri facta foret in caſum mortis, tunc enim, licet fuiſſet deſuper interpoſita ſtipulatio, tamen eſſet revocabilis pœnitentia per l. Seja. 11. de dot. præleg. Cum tunc ſtipulatio interponeretur ſuper actu, qui ſui natura ſemper revocabilis & ambulatorius usque ad mortem. Super eo igitur interpoſita ſtipulatio ejus quoque aſſumeret naturam.

Cum igitur præſenti hypotheſi non per contractum inter vivos jus ullum quæſitum in ædibus quæſtionis Dn. Mülleri filiæ, ſed ipſi ſaltem proviſio in caſum mortis à Patre facta ſit per prælegatum ſui natura revocabile, hæc omnino per poſterius teſtamentum tolli iterum ac revocari à Patre potuit ex quacunque cauſa.

Und bleibt es deme nach dabey, daß das neuerlich von Herrn Müllern und ſeiner letztern Haußfrauen vor deren Tod aufgerichtete Teſtament das vorgehende zwiſchen ihnen aufgerichtete Pactum dotale ac ſucceſſorium u. das darinn der Tochter verſchaffte Prælegatum des Hauſes halber de jure wohl aufheben können.

Wie dann ferè in ſimilibus terminis die 16
Quæſtion: Quid dicendum, quando in Pactis dotalibus certa aliqua bona poſt mortem paciſcentis tertio promittuntur v. g. ſi pater liberos habens ad ſecunda vota tranſierit, & pacta dotalia cum conſenſu

senſu liberorum primi matrimonii confecerit, in quibus diſpoſuerit, quod certa bona ad illos poſt mortem ſuam perveniant, reliqua vero univerſa penes ſecundam uxorem & liberos ex hac procreatos remaneant, utrum temporis ſucceſſu cum conſenſu ſecundæ uxoris ejusmodi pacta in præjudicium liberorum primi matrimonii revocare, & hiſce portionem aſſignatam diminuere poſſit? auch affirmative reſolvirt

Johan. Heeſer *de bonor. & imprim. acquæſt. conjug. commun. & diviſ. p. 2. loc. 11. num. 166. & loc. 19. num. 35.* add. *d. l. 11. num. 147.* & quos *dd. ll.* allegat.

Damit die erſte Frage ihre rechtliche Abfertigung hat.

Belangend dann die

Andere Frage:

17 Ob aber nicht nach dem angezogenen Rechte der Herr Vatter ſchuldig ſey die Frau Tochter des hinterhaltenen Erbtheils halber zu vergnügen?

können wir anders nicht denn mit Ja darauff antworten.

Es möchte zwar primo intuitu ein Anſehen haben, ob könnte der Vatter nicht angehalten werden, daß er mit der Frau Tochter noch vor ſeinem Tod eine Theilung treffen
18 müßte, weil ſie ſich 1.) einmahl ihres Rechts die Theilung der im Fürſtenthum Hechingen in Ubung und Schwang gehenden Gewohnheit nach zu bitten begeben, indem ſie geſchehen laſſen, daß er non facta prius diviſione bonorum ad tertia vota geſchritten, und alſo gleichſam juri petendi diviſionem ſibi competenti renuncirt;

Qui autem juri ſuo ſemel renunciavit, ei ad id haud facilè datur regreſſus.

l. 17. §. 1. ff. de acqu. hered. l. 14. §. 9. de ædil. edict. c. 3. X. de renunc.

19 2.) Scheint ſie ſich auch deſſen verluſtig und unwürdig gemacht zu haben eo ipſo, daß ſie ohn des Herrn Vatters Rath und Willen oder requirirten Conſens ſich anderwärtig nach ihres erſten Ehe-Manns Todt verheurathet, deßwegen er ob non requiſitum ſed neglectum ipſius conſenſum in contractis ab ea nuptiis wohl befugt zu ſeyn erachtet werden möchte, ſie als eine ungehorſame Tochter zu exherediren, und ab hereditate ſua zu excludiren, folglich ſie durchaus nicht berechtiget die ſonſt dem Jure conſuetudinario nach zu prætendiren gehabte Diviſion des Vätterlichen und Mütterlichen Vermögens mehr zu ſuchen und zu bitten.

3.) Möchte ihr auch wohl die Præſcription entgegen geſetzt worden, nachdem ſie es ſo lang anſtehen laſſen, die Diviſion zu bitten. 20

Aber deſſen allen ungeacht, ſeynd wir doch der beſtändigen Meynung, daß ihr der Tochter von dem Vatter de Jure wegen ihres gebührenden Erbtheils Satisfaction zu thun und zu geben, poſito, daß da ſie die Theilung 21
ehe der Vatter zu der dritten Ehe geſchritten an ihne begehrt, er ſie dahin perſuadirt und diſponirt, daß ſie davon ſchweigen ſolte, damit ſie ihn nicht dadurch an dem vorhabenden guten Heurath hinderte, unter dem Vorwand, daß ja nach beeder ihrem Tod alles ihr ſeyn würde, und ſie nur die Thür zuthun dörffe, darauf ſie aus kindlichem Gehorſam und Reſpect in Zuverſicht deſſen, darein er ſie durch die mit ſeiner dritten Ehefrauen aufgerichte pacta dotalia geſtärckt, bißher geſchwiegen, denn weil er 22
der Vatter die Tochter zu bißherigem Stillſchweigen damit inducirt, und von ihres Juris perſecution abgehalten, iſt billig, daß, da er itzo das pactum dotale aufgehebt, und ihr per teſtamentum das ihr gebührende Erbtheil zu entziehen ſuchet, ihren der Weg zu Proſequirung ihres Rechten geöffnet, und er die ihm à conſuetudine injungirte Theilung fürgehen zu laſſen, angehalten werde. Und kan er 23
ſich damit nicht dawider ſchützen, daß ſie ſich ihres Rechts begeben, dieweil keine ſimplex renunciatio juris ſibi competentis petendi diviſionem bonorum, quæ eo tempore, quo Pater ad tertia vota tranſiit, adfuerunt, von ihro beſchehen, oder beſchehen zu ſeyn, probirt iſt; die anderwärtige von ihr ohn ſeinen erforderten Conſens von ihr beſchehene Verheurathung iſt keine cauſa ſie zu exherediren, oder à petenda diviſione bonorum zu excludiren.

vid. Struv. *Ex. 32. th. 34.* Rittershuſ. *ad Nov. p. 6. c. 3. num. 17.* Stryck. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. 12. c. 2. n. 22. ſub fin.* Brunnem. *ad l. 3. §. 5. de bon. poſſ. contra tab.*

So wird der Herr Stallmeiſter auch ſchwehrlich die requiſita præſcriptionis können juſtificiren, bleibt demnach bey voriger Reſolution.

Welches wir zu verlangter rechtlichen Nachricht dienſtlich anfügen, mithin unter Göttlicher Schirms-Empfehlung verharren wollen

Unſerer Hochgeehrten Herren

Dienſt-ergebenſte.

CON-

CONSILIUM XXXIX.

DE

Testamento valido, juxta statuta loci ubi defunctus degit condito, vires suas ad bona immobilia alibi sita exerente, & Legitima in certis bonis assignata.

SUMMARIA.

1. usque 10. Brevis recensio casus junctis IV. quæstionibus decidendis.

11. Prima ex rationibus sequentibus affirmatur.

12. Testamentum pro se allegans in jure fundatam jam habet intentionem.

13. Testamentum enim est probatio probata.

14. Et publice expedit, suprema hominum judicia exitum habere.

15. Testamentum validum & juste solenniterque esse confectum semper præsumitur, donec contrarium manifeste probetur.

16. usque 18. Forma testandi 4ta in Jure Würtembergico præscripta explicatur adque casum propositum applicatur.

19. Nec in hac testandi forma subsignatio testium requiritur.

20. Nec ut ipse testator propria manu testamentum conficiat.

21. Quod tantummodo requisitum quintæ formæ est.

22. Affirmativa secundæ quæstionis decisio.

23. & 24. Statutum de actus solennitate ubique etiam extra statuentis territorium vigorem suum obtinet.
Ratio hujus.

25. usque 32. Idcirco ex communi Dd. calculo praxique recepta sententia est: Testamentum, ex statuti etiam à jure communi exorbitantis præscripto, conditum, recte ubique operari & vires exserere quoque ad bona alibi sita, etiamsi ibi jus aliud observetur.

30. & 33. Contra sentientium rationibus ex asse satisfacit Vinnius.

27. & 28. Secus vero res se habet in successione ab intestato.
Ex ratione hic allegata.

34. Applicatio ad quæstionem.

35. Tertia quæstio affirmando decisa.

36. Rationes dubitandi.

37. usque 39. Legitima liberorum vel Parentum ex universa defuncti substantia debetur & deducenda est.

45. Quod vero limitatur.

40. usque 44. Ratio decidendi: quia legitima Parentum vel Liberorum in certis rebus ac bonis imprimis immobilibus assignari & relinqui potest.
Quod per textus, Dd. sententiam, praxin & rationem probatur.

46. & 47. Legitima debetur ex defuncti substantia in rebus non optimis quidem nec tamen deterioribus etiam, sed mediocribus & à servitute ususfructus liberis.

48. Quæstio ultima limitando deciditur.

49. usque 51. Institutus in re certa casu peremta si hereditatem delatam adierit aut in mora injusta fuerit, quo minus adierit, res ipsi perit.

52. Nondum vero adita hæreditate quid hoc casu dicendum?

1 ES haben Titius und seine eheliche Haußfrau zu N. in Ducatu Wirtembergico wohnhafft, ein Testamentum reciprocum, in Copiis sub N. 2. beygelegt, den 15 Martii 1689 aufgerichtet, darinnen sie einander zu Erben instituirt, beneben Titius seinen beyden Frr. Schwestern ein Legatum von 350 fl. Fr. Catharinâ, Hrn. Achillis Hauptmanns ehelicher Hausfrauen nemlich 150 fl. und Fr. Reginâ Hrn. Caji Eheliebsten 200 fl. verschafft, so dann seine Fr. Mutter, Fr. Annam Magdalenam, Wittibe zu N. in legitima instituirt, dergestalt, daß weil ihm nicht nur Alt-Vätterlich Gut angefallen, sondern auch seine Fr. Mutter sein verfangen Vätterlich Gut zu nutzen und zu niessen, worvon er Krafft der Rechten zu testiren befugt, und beedes auf die 1000 fl. ehe drüber, als drunter, anlauffe, und an Liegenden und Fahrenden zu Huhneburg an der Mosell bestehe, über Abzug obiger zweyen seinen beeden Schwestern verschafften Legaten das übrige gedacht seiner Fr. Mutter eigenthumlichen verbleiben, und also sie samt ihren beeden Töchtern, als seinen rechten Schwestern, dasjenige, was ihm zu Huhneburg zu- und angefallen, für ihre respective Erbs-Portion und Abfertigung auf vorstehende Weiß und Maß behalten sollen, in Hoffnung, weil solches den in Fürstl. Wirtemberg. Land-Rechten bestimten Pflicht-Theil, nach welchem selbiger berechnet werden soll, übertrifft, es werde seine Frau Mutter damit vor lieb nehmen, und dessen Ergäntzung zu begehren keine Ursach haben; was er aber im Wirtemberger Lande besitze, und von seinem Vetter seel. Hrn. Beato Erbs-

weiß oder in andere Wege bekommen, das solle seiner Frauen nicht entzogen werden, sondern ihro verbleiben, und sie damit als völlig eigen, durchaus nach freyem Belieben und Wohlgefallen in allwege, wie die Namen haben mögen, zu disponiren, zu schaffen und zu walten befugt seyn, wie rechtmäßigen Erben gebühret. Nach tödtlichem Ableiben Titii so dey 19 April 1689 erfolget, ist einige Behausung zu Huhneburg an der Mosell von den Frantzosen weggebrandt, deßwegen Hr. Achilles Hauptmann, im Namen und von wegen seiner Ehe-Liebsten Fr. Catharinä und ihrer Schwester Fr. Reginä, Hrn. Caji Hausfrauen, und deren beeden leibl. Mutter, Fr. Annä Magda-
2 lenä Wittiben zu N. entgegen, und wider Fr. Sejam, weiland Hrn. Titii seel. hinterlassene Wittib, anitzo mit Hrn. Junio anderwerts verehliget, Klag erhoben, den 9 Martii 1691. und das Testament ex duplice capite angefochten, und zwar erstlich ex capite nullitatis, weil
3 der seel. Testator ausser Zweiffel importunis sollicitationibus ab uxore dazu verleitet, (weßwegen auf deroselben Widersprechen das Juramentum Judiciale ihro zu deferiren vorbehalten worden,) ein Testamentum nuncupativum implicitum auffrichten wollen, aber die behörige Solennia nicht dabey adhibirt, inmassen, gleichwie an sich selbst richtig, daß die gemeine geschriebene Kayserliche Rechte dergleichen Testamentum Nuncupativum implicitum, quod fit per relationem ad schedulam, nicht agnosciren, per deducta à

Christoph. Besold. *p. 5. Conf. 204.*

also seyn zwar solche Testamenta Nuncupativa implicite confecta hin und wieder im Reich locáli consuetudine eingeführt, und auch a Serenissimo Legislatore hujus Ducatus

J. P. W. *p. 3. tit. 3. §. Nachdem es auch &c. p. 337.*

expressa Lege approbirt, aber dabey, ut de identitate scripturæ, ad quam fit relatio, infallibiliter constet, heylsamlich verordnet, daß solche mit eigner Hand des Testatoris geschrieben seyn solle.

Landrecht d. l. ibi: *mit ihrer eignen Hand verfaßt &c.*

welches bey gegenwärtigem Testament durchaus nicht beobachtet, indem der testirende Titius seel. den ab subscribendum denen Zeugen vorgelegten Auffsatz weder selbst geschrieben, noch unterschrieben, daher ohnverneinlich folge daß auch solche Disposition als ein testamentum implicitum nicht passiren könne, sondern nullius momenti seye.

Landr. p. 3. tit. 3. §. Was also &c. f. 338. & t. 20. §. Ebenmäßig &c. fol. 401.

4 Darnach pro secundo ex eo capite, daß zwar die mit-klagende Frau Mutter Titii quoad legitimam zur Erbin ernennet, solche Erb-Einsatzung aber auf die zu Huhneburg an der Mosell vermeintlich noch habende Vätter- und Alt-Vätterliche Güter restringiret, die gantze im Land habende schöne Verlassenschafft aber, worunter des seel. Herrn Beati Vermögen, so er Testator über abgerichtete Legata ex asse geerbt, begrieffen, der bekl. Fr. Wittib assignirt worden, da doch Titius seel. nichts mehr eigenthumlich zu Huhneburg gehabt, daher es in effectu so viel, als wann die Frau Mutter gäntzlich exheredirt wäre, consequenter das Testament auch ex hoc principio verwerfflich

Landr. p. 3. tit. 14. §. Wann aber &c. j. tit. 15. §. und im Fall &c.

Oder wann derselbe schon zu besagtem Huhneburg noch etwas verlassen, sey doch bekandt, daß solches Städtlein durch die Frantzösische Kriegs-Flamm gäntzlich in die Aschen gelegt, und die geringste Consideration auf selbiges Vermögen nicht zu machen, der Testator auch durchaus nicht befugt gewesen, seine Mutter ratione Legitimæ dahin einig und allein zu verweisen, quia legitima sine ullo gravamine, onere, modo vel conditione relinqui debet, nec in re certa filio vel matri non proficua assignari potest

l. 32. C. de inoff. testam. ibi Brunnem.

Derowegen eine gantz andere Computation 5
und Abfertigung deroselben prævia jurata bonorum designatione beschehen müßte, wann schon das Testament ratione solennium subsistiren könnte.

Deme nach Herr Junius im Namen seiner 6
Fr. Ehe-liebsten verlanget, ihne Rechts zu belehren über nachstehende Quæstiones.

1. Ob diß Testamentum in foro Wir- 7
tembergico zu recht gültig, kräfftig und beständig seye?

2. Ob diß Testamentum in Ducatu 8
Wirtembergico conditum, und insonderheit auch ratione bonorum immobilium extra Ducatum istum ad Mosellam nempe sitorum gültig und zu exequiren?

3. Ob der Mutter Annæ Magdalenæ 9
die Legitima an gewissen bonis alldort zu Huhneburg an der Mosell, allwo sie seß- und wohnhafft, gelegen, und also ihr der Mutter maxime proficua, habe assigniret werden können?

4. Weil

104. Weil auſſer den andern ligenden Gütern, einige Behauſung (zwar in etlich Monathen nach des Teſtatoris Titii Tod, der den 19ten April 1689. erfolgt, hingegen der Schad erſt im Monath Julio ohngefähr geſchehen) durch die Frantzoſen weggebrandt worden, weme der Schad zukomme, der Mutter oder der Erbſchafft?

Nachdeme nun wir Decanus und andere Doctores der Juriſten Facultät bey gemeiner Hochfürſtl. Wirtemb. Univerſität Tübingen freundlich erſuchet worden, über vorſtehende Facti Speciem und deren angehängte Fragen unſer in Rechten gegründetes Gutachten kürtzlich zu ertheilen, ſo können wir, unſere Dienſt-Willſamkeit zu bezeugen, nach fleißiger deren Verleſung und Uberlegung in verſammletem Collegio, anders nicht erachten, dann daß, ſo viel erſtlich Quæſtionem primam

11 Ob das Teſtamentum Titii in Foro Wirtembergico zu recht gültig, kräfftig und beſtändig ſey?

concerniret, ſelbige mit Ja zu beantworten ſey. Geſtalten deſſen 1.) nicht zu gedencken, daß derſelbe, der ein Teſtamentum für ſich an-
12 zeucht und producirt, eine in Jure fundirte Intention habe, deren er mit Recht ſo lang inſiſtirt, biß vom Gegentheil erwieſen wird, daß es entweder ipſo jure null und nichtig oder ex poſtfacto infirmirt ſey.

13 Quoniam teſtamentum eſt probatio probata & ad ejus vim obtinendam ſufficit id ipſum oſtendi non cancellatum, neque abolitum, nec ex quacunque ſuæ formæ parte vitiatum, ſi modo in prima figura ſine vituperatione appareat

l. fin. ibi Gloſs. & Dd. *C. de edict. D. Hadrian. toll.* Joſeph. Ludov. *p. 1. dec. 18. n. 61.* Ern. Cothman. *v. 1. Reſp. 53. n. 21.* Mev. *Conſ. 40. n. 2.*

Noch 2. zu berühren, daß ſowohl nach den Gött- als weltlichen Rechten, aus einem Teſtament wider alle eine Obligation entſpringe, darob
14 ſteiff und veſt zu halten, und ihme, wo möglich, in allen Stücken nachzukommen.

Cum nihil magis hominibus debeatur, quam ut ſupremæ voluntatis, poſtquam jam aliud velle non poſſunt, liber ſit ſtylus, & licitum, quod iterum non redit, arbitrium.

l. 1. C. de SS. Eccleſ. Gal. 3. v. 15. Hebr. 9. v. 17.

publiceque expediat, ſuprema hominum judicia exitum habere.

l. 5. ff. teſtam. quemadm. aper.

inde dignum viſum, ut quisque ſuper rebus ſuis diſpoſuerit, voluntatem ejus pro lege eſſe

Nov. 22. c. 2.

3.) auch Silentio zu præteriren, daß ſeel. Titii Eheſcau, mit Herrn Junio itzo verheyrathet, eo ipſo, daß ſie ihres Ehemanns ſeel. Teſtament produciret, für ſich die Præſumption habe, quod teſtamentum ſit validum & juſte ſolen- 15
niterque confectum.

Id enim ſemper de omni teſtamento præſumitur, donec contrarium manifeſte probetur, ideoque in dubio pro validitate teſtamenti judicatum eſſe Dd. dicunt.

per l. 3. ff. de teſtam. milit. l. 2. ff. de his, qui in teſtam. del. l. 12. de reg. jur. l. 20. de inoff. teſtam. Alex. Raudenſis *de Analog. l. 1. c. 18. n. 42.* Menoch. *de præſumpt. l. 4. præſ. 10. n. 1. ſeqq.* Maſcard. *de probat. concl. 1360.* Brunnem. *Conſ. 29. n. 27. 48. & Conſ. 154. n. 41.*

So gibt 4.) die beygelegte Abſchrifft des Teſtaments von Titio ſeel. aufgerichtet, daß ſolches nach der in Fürſtl. Würtemb. Landrecht vorgeſchriebenen vierten Form gemacht, und alle deren Requiſita dabey gantz pünctlich 16
in Acht genommen, auch das geringſte nicht unterlaſſen worden, das demſelben einigen Fehler gebähren könnte oder möchte. Denn es diſponiret Sereniſſimus Ducatus hujus Legislator

J. P. W. *p. 3. tit. 3. §. Da jemand &c. p. 336.*

Daß einem jeden, ſo zu teſtiren taugent- 17
lich, wann er Bedencken trägt, nach den vorhergehenden dreyen Formen zu teſtiren, zugelaſſen ſeyn ſolle, den geſchwornen Schreiber des jenigen Orts, da eines ſeinen letzten Willen aufzurichten entſchloſſen, oder einen offenen Notarium, und dann zum wenigſten fünff unverleumbdte Manns-Perſonen zu ſich zu beruffen, und denſelben ſeinen vorhabenden letzten Willen, wie es nach ſeinem Abſterben mit ſeiner Verlaſſenſchafft, Haab und Gütern gehalten werden, und welchen als Erben oder Legatarien ſolche zufallen ſollen, auch was ihme ſonſten gefällig, mündlich zu eröffnen, NB. oder aber ſeinen letzten Willen ſchrifftlich zu verzeichnen und verleſen zu laſſen: und darauf zu bitten, ſeines alſo eröffneten letzten Willens Zeugen zu ſeyn, und durch den geſchwornen Schreiber oder Notarium in ein oder mehr Schrifft gebracht zu werden. Auf ſolche mündliche Eröffnung oder Verleſung übergebener ſchrifftlichen Verzeichniß und Bitt, ſolle der geſchworne Schreiber oder Notarius in Beyſeyn vermeldter beruffenen fünff Zeugen die teſtirende Perſon, ob diß ihr freyer Will, oder ob ſie von jemanden da-

zu gezwungen, hinterführt oder sonsten ungebührlich überredt, befragen, und da abermals die Sach richtig befunden, alsdann solchen mündlich angezeigten letzten Willen mit Fleiß unterschiedlich lauter und richtig aufschreiben, der testirenden Person verständlich wieder vorlesen, auch die fünff beruffene Zeugen erinnern, solches Actus oder Handlung eingedenck zu seyn, und darauf dieses alles auf ein papiern oder pergamenten Brieff in Form eines Instruments unter seinem eignen Namen und Handzeichen, Insigel oder Pittschafft mit gebührlichem und gebräuchlichem Eingang und Benennung der testirenden Person, beruffter Zeugen Namen und Zunamen, auch des Orts, der Zeit, des Tags, Stund, Monaths und Jahrs, darinn das alles geschehen, ordentlich bringen: Dazu alle Zeugen, wo sie anders Schreibens berichtet, oder, da deren etliche nicht schreiben könnten, die andern in ihr selbst und ihrer Mitzeugen Namen unterschreiben lassen.

18 Nun haben hierfalls beede Ehe-Leute ihre letzten Willens Verordnung und Disposition durch eine vertrauete Person zu Papier bringen und schrifftlich verfassen lassen, selbsten fleißig durchlesen, und als sie befunden, daß alles nach ihrem Belieben und Wohlgefallen in allen Stücken recht und wohl verfasset und begriffen seye ꝛc. haben sie nicht nur fünffe, sondern gar sieben unverleumdte Gerichts- und Raths-Personen, als Testaments-Gezeugen zu sich erfordert, ihnen die zu Papier gebrachte letzten Willens Verordnung durch den Pfarr-Herrn vorlesen lassen, und sie sammt und sonders ersucht und gebeten, daß sie dessen ohnvergeßliche Zeugen seyn, und solches ihnen vorgelesene Testament mit ihren beygesetzten Handschrifften und Pittschafften, so viel deren eigne haben, confirmiren wollten, nicht weniger den geschwornen Gerichts-Schreibern des Orts, über solches alles ein offenes gültmäßiges Instrumentum auszufertigen, gebührend requirirt und erfordert; Der denn, nachdem er beede testirende Personen, so wohl ihne Titium seel. als seine Eheliebste Sejam, und zwar jedes besonder und in Abwesenheit des andern beweglich erinnert und befragt: Ob das alles, was in ihrer schrifftlich verfaßten testamentlichen Disposition von Wort zu Wort vermeldet und erklährt, ihr endlicher ungeänderter Will und Meynung sey, oder ob sie von jemanden zu solchem testiren mit Worten oder Wercken fälschlich oder heimlicher Weise verleitet, beredet, gezwungen oder gedrungen worden, und sie bezeugt, daß diß alles ihr frey eigner, ungezwungener und ungedrungener letzter Wille sey; also alles richtig, ohnmangelhafft und ohn einigen Argwohn befunden worden, nach Maßgab Fürstl. Wirtembergischen Landrechtens

§. auf solche mündliche Eröffnung, oder Verlesung übergebener schrifftlichen Verzeichniß &c.

solches alles in ein offenes Instrument gebracht, und mit Benennung der testirenden Personen, Zeit, Orts ꝛc. ordentlich beschrieben, auch ermeldtes Instrument neben ihm von allen Zeugen unterschreiben lassen, daß deme nach von allen daselbst erforderten requisitis formæ hujus testandi nichts abgehet, wohlfolglich das Testamentum qu. zu recht gültig, kräfftig und beständig sey.

Und obwohl 5.) nicht alle Gezeugen, sondern 19
nur drey deren ihre gewöhnliche Pittschafften beygedruckt, so kan doch deßwegen das Testament nicht einigen Mangels oder Fehlers beschuldiget und eo ex capite angefochten oder impugnirt werden, in Betrachtung, bey dieser Testaments-Form die Subsignatio von den Gezeugen nicht erfordert, sondern allein von dem Notario oder geschwornen Schreiber in d. §. requiriret wird.

So ist 6.) auch nicht nöthig bey dieser Testa- 20
ments-Form, daß die schrifftliche Verzeichniß des letzten Willens von dem Testatore mit eigner Hand verfaßt sey, sondern ist gnug, daß er ihn durch jemand anders auf sein Angeben schrifftlich verzeichnen und verfassen lassen.

d. §. Da jemand &c. ibi: *oder aber seinen letzen Willen schrifftlich zu verzeichnen oder verlesen zu lassen.*

Fällt also dasselbe, wodurch das Testamentum quæstionis von Herrn Hauptmann Achilles uxor. & consort. nomine als null und nichtig angefochten und impugniret werden will, weil nemlich die Scriptura nicht mit des Testatoris eigner Hand geschrieben, wie à Serenissimo Legislatore hujus Ducatus erfordert werde; Denn dieses bey der fünfften Form zu testiren 21
allein erfordert wird, welche in nostro præsenti casu gantz in keine Consideration kommt, massen das Testamentum quæstionis nicht nach derselben, sondern nach der vierten vorhergehenden Form aufgerichtet, und was dabey erfordert wird, stricte und pünctlich observiret und in Acht genommen worden, deßwegen auch das Testament in allwege kräfftig und zu recht beständig ist.

Die andere Frage:

Ob das Testamentum in Ducatu Wir- 22
tembergico conditum, und insonderheit auch ratione bonorum immobilium extra Ducatum istum ad Mosellam nempe sitorum gültig und zu exequiren?

belan-

belangend, ſo waltet bey uns gleichfalls kein Zweiffel, daß ſelbe ebener Maſſen mit Ja zu
23 beantworten ſey. Denn es iſt faſt ein allgemeiner Rechtsſchluß, daß die Statuta, welche von dem allein caviren, was ad actus ſolennitatem gehört, weil ſie weder rem, noch perſonam, ſo den Actum celebriret, ſondern allein ipſam formam actus, qui fit in loco ſtatuti, afficiren, in allweg ihre Krafft und Würckung auch ad bona extra ſtatuentis territorium alibi ſita, tam immobilia, quam mobilia extendiren, und in illis vim
24 ſuam exeriren, quoniam cum actuum ſolennia ad eorum ſpectent jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur,

per l. 6. ff. de eviction. l. 3. in fin. ff. de teſtib. l. 2. C. quemadm. teſtam. aper. l. 9. l. ult. C. de teſtam.

conſequens eſt, ut actus ſecundum jus & ſtatutum loci recte & legitime perfectus ubique vigorem ſuum obtineat, & ejus juris, cui perſona agentis ſubjecta eſt, potius ratio habeatur, quam loci bonorum, quæ illius ſunt acceſſio.

d. l. 6. de evict. l. 1. C. de emanc. liber. l. 34. de reg. jur. Schurff. *cent. 2. Conſ. 26. num. 4.* Barboſ. *in l. hæres abſens. num. 60. ſeqq. de judic.* Gudelin. *de jure noviſſ. l. 2. c. 5.*

25 Aus welchem Principio dann die Dd. faſt insgemein in ſpecie de teſtamento inferiren, quod ſi alicubi ſtatutum ſit a jure communi exorbitans, quo coram 4. 3. aut 2. teſtibus, vel alio, quam iſto conſtitutum eſt modo, teſtamentum condi poſſit, & illius loci civis aut incola imo forenſis etiam ex ſtatuti hujus præſcripto teſtamentum condiderit, illud ubique etiam in bonis extra ſtatuentium jurisdictionem ſitis tam immobilibus, quam mobilibus valeat, ratumque ſit, ita, ut heres ex eo ubique in univerſum jus defuncti ſuccedat, aut ſi diverſi horum ac illorum bonorum heredes nominati ac inſtituti ſint, ſinguli in adſcriptis ſibi bonis ubi ubi ſitis, quamvis illic locorum Jus commune vigeat, ſuccedant.

Mev. *ad Jus Lub. p. 2. tit. 1. artic. 16.* Carpzov. *p. 3. c. 6. def. 12.* Manz. *de teſtam. val. & inval. tit. 4. qu. 1. num. 74.* Mantic. *de conject. ult. volunt. l. 6. tit. 8. num. 14.* Peckius *de teſtam. conjug. l. 4. c. 28. num. 8.* Struv. *Exerc. 32. th. 15.* Vinn. *ſelect. qu. lib. 2. c. 19.* Gilken. *ad l. 1. C. de ſumm. Trin. num. 16. 58.* Perez. *C. de teſtam. num. 22.* Paul. Voetius *de ſtatut. ſect. 9. c. 2. num. 2. 3.*

26 Cum enim ex communi Dd. calculo recepta ſententia cauſa teſtati reguletur & ad effectum perducatur ſecundum leges & jus loci, ubi conditum teſtamentum,

per txx. ſupra allegatos.

merito teſtamentum ſecundum ſtatutum loci factum vires etiam exſerere dicitur ad bona extra ſtatuentium territorium alibi ſita, quia ſtatutum tale concernit tantum ſolennitatem teſtamenti, non ipſam ſucceſſionem, & heres ſcriptus teſtamento non tam ex ſtatuto ſuccedit, quam ex voluntate teſtatoris, qui dominus eſt bonorum ſuorum ubicunque ſitorum & ideo pro lubitu ſuo ea dare potuit cui voluit,

juxta l. 21. C. mand. j. l. 1. C. de SS. Eccleſ.

Secus ſe re habente in ſucceſſione ab in- 27
teſtato, in qua lege potius defertur hereditas

juxta l. 3. §. 2. ff. pro ſoc.

quam ex diſpoſitione domini bonorum, & cum defunctus non ſit amplius in rerum natura, videntur ejusmodi ſtatuta de ſucceſſione loquentia magis rem & bona afficere, quam perſonam. Unde cum lex municipalis ſeu provincialis non ita ſit domina univerſorum bonorum defuncti, ſicut teſtator & in iis, quæ ſita ſunt extra territorium, nullam habeat jurisdictionem, merito non extendit vires ſuas ultra jurisdictionem ſtatuentium. Quamvis autem ſoleat 28
dici, quod decedens inteſtatus videatur eos inſtituere, qui ſucceſſuri ſunt ab inteſtato,

l. 3. pr. & l. 8. §. 1. de jure codicill.

tamen cum ſucceſſores ab inteſtato tali caſu ſint varii propter diverſitatem ſtatutorum vel conſuetudinum diverſorum bonorum, non poteſt dici hoc caſu, voluntatem defuncti ita eſſe certam, ut eſt quando declaratur per teſtamentum, ſed cum defunctus propter bona in diverſis locis conſtituta fungatur vice plurium perſonarum, videtur mens ejus potius fuiſſe, ut in bonis cujuslibet provinciæ ſuccedant ii, quibus lex vel ſtatutum illius loci, ubi bona ſita ſunt, defert ſucceſſionem.

Carpzov. *p. 3. c. 12. d. 12. 13. & lib. 6. Reſp. 39.* Richter. *tract. de ſucceſſ. ab inteſtat. in Præf. num. 30.* Cothman. *vol. 1. Reſp. 21. num. 144. ſeq. & Conſ. 49. n. 114. ſeqq.* Dn. Stryck. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſp. 1. c. 4. th. 2. 3.*

Aſt teſtamento condito aliquo in loco 29
illud recte ubique operari dicitur & ſe extendere quoque ad bona alibi ſita, etiamſi ibi aliud jus obſervetur, quam in loco conditi teſtamenti viget, ſecundum quod illud factum, uti præter ſupra allegatos recte ſentiunt ex antiquioribus JCtis

Bald. *in l. cunctos populos. C. de Summ. Trinit. verſ. quæro de effectu.* Salicet. *ibid. verſ. nunc quæro an teſtamentum.* Imola *ad c. cognoſcentes. verſ. quid autem ſi fiat. x. de conſtit.* Bald. Paul. de Caſtro, Cynus, Salicet, Alber. de

Rosate & Fulgos. *ad l. 2. C. quem-adm. test. aper.*

Hancque communem Dd. opinionem esse asserunt

Jason. *in d. l. cunctos populos.* Alexand. *vol. 5. Cons. 44. num. 3.* Paris. *vol. 3. Cons. 12.* Joh. Campeg. *de dot. part. ult. num. 69.* Brunnem. *tract. quod stantib. masculis &c. art. 8. 9. 25.*

30 Et licet sint, qui contrariam amplectantur sententiam, adeo ut eam etiam communem dicat

Petr. de Anchor. *in repet. c. 1. de constit.*

31 Tamen affirmativa sententia & à multo pluribus affirmatur esse communis & melioribus rationibus nititur & denique etiam magis communis dicitur,

Port. *lib. 5. comm. opin. concl. 29. vers. tenendo primam.*

Imo vero adeo hæc sententia est veritati & juri consentanea, ut in conventu & concursu doctissimorum & celeberrimorum JCtorum tum Bononiensium, tum Florentinorum, secundum eam sit judicatum

teste Saliceto *in d. l.* Joh. Fichardo *ad comm, opin.* Villalob. *lit. T. num. 57.*

32 Eadem sententia placuit Cameræ Imperiali

teste Gail. *2. Q. 123.* Mynsing. *5. O. 19.* Gylmann. *vot. Cam. tom. 1. Symphor. p. 3. vot. 4. num. 1.*

33 Et contra sententiam rationibus ex asse satisfacit

Vinn. *d. l. 2. qu. select. cap. 19.*

34 Und diese Meynung schlägt hier so viel mehr an, weilen ad præsens testamentum nicht nur fünff, sondern gar sieben Gezeugen ausser dem geschwornen Schreiber beruffen und adhibirt worden, die auch sämmtlich das aufgerichtete Instrument über den erklährt- und durch einen vertrauten Menschen zu Papier gebracht- und schrifftlich verfaßten, darauf denen gesammten Gezeugen öffentlich vorgelesenen letzten Willen, unterschrieben, daß demnach dasselbe nicht nur in foro nostro Würtembergico vi Juris Provincialis, sondern auch anderer Orten, wo das Jus commune observiret wird, zu recht wohl bestehen kan.

Folget

Die dritte Frage:

Ob der Mutter Annâ Magdalenâ die

35 **Legitima an gewissen Bonis alldort zu Hubneburg an der Mosell, allwo sie, die Mutter, seß- und wohnhafft, gelegen, und also ihr, der Mutter,** maxime proficua, **habe** assigniret **werden können?**

Bey deren es anfangs zwar das Ansehen haben möchte, ob hätte von Titio der Mutter die Legitima nicht können an gewissen Bonis alldort zu Hubneburg gelegen assigniret werden, weil der Pflicht-Theil an des verstorbenen hinterlassenen gantzen Vermögen, wie solches zur Zeit des Testirers Absterben vorhanden, wann förderist alle redliche Schulden bezahlt seyn, abgezogen und præstirt werden solle. 36

Ita namque nunc à recentioribus & olim à majoribus receptam & approbatam conclusionem esse: Legitimam filio deberi ex universo patris aut matris patrimonio, & econtra patri aut matri in bonis omnibus à filio relictis, testatur 37

Mercur. Merlin. *de legitim. l. 2. tit. 1. quæst. 1. pr. per l. 36. pr. Nov. 18. Auth. Novissima. Cod. de inoffic. testam.*

Idque ea ratione quia legitima est portio successionis intestati,

l. 6. C. de inoff. testam. Nov. 1. c. 1.

Successio intestati autem complectitur universam defuncti substantiam, substantiæ vero vocabulo veniunt omnia defuncti bona, id est, non solum corpora, sed & jura, nomina atque actiones,

l. 26. C. de testam. l. 16. pr. ff. ad SCt. Trebell. l. fin. Cod. de verb. signific.
Claud. Chiflet. *de legit. cap. 12.*

Proinde legitima ex ejusmodi universa defuncti substantia deducenda erit, quia successionis naturam sequitur & in omnibus ab ea regulatur. 38

Menoch. *lib. 2. Cons. 153. num. 18.* Cravetta *lib. 5. Cons. 966. num. 2.*

Quibus præsuppositis, cum defuncti substantia multas sub se res particulares comprehendat, fluere inde videtur, ex singulis illis legitimam deduci posse & debere

l. 36. ff. de bon. libert. l. 2. Cod. quib. & qu. quarta pars.

quomodo socius in qualibet re societatis jus fundatum habet.

Chifflet. *d. cap. 12.* Merlin. *d. quæst. 1. num. 2.* Fabian. de Giochis *in Auth. Novissima. Cod. de inoffic. testament. num. 149.* Angel. de Gambiglion. *de testam. concl. 75. num. 5.*

Et hinc porro Dd. inferunt, quod parentibus in certis quibusdam corporibus legitimam liberis assignandi facultas haud integra sit, & quod nec liberi legitimam in certis bonis assignatam acceptare teneantur, ac vice versa, cum legitima parentum æquiparetur legitimæ liberorum. 39

Bart. Bald. & Imola *in l. suus quoque. ff. de hered. instit.* Matth. de Afflict. *decis. 162. num. 2.* Octav. Cacheran. *dec. 148. num. ult.*

Aber

40 Aber dessen ungeacht halten wir beständig dafür, daß Titius seiner Mutter ihren Pflicht-Theil wohl habe können an gewissen bonis zu Huhneburg an der Mosell gelegen, allwo sie wohn- und säßhafft, assigniren, denn ob wohl einige der Rechts-Lehrer vermeinen, daß weder von den Eltern denen Kindern, noch im Gegentheil von den Kindern denen Eltern der gebührende Pflicht-Theil an gewissen Gütern und Stücken verlassen werden möge, so ist doch die widrige Meynung in Rechten, unsers Erachtens, besser fundirt, und wird tota die practi-
41 cirt, als welche 1) probirt wird per textum in *l. 30. pr. in f. C. de inoffic. testam.* verbis:

& aliquam eis quantitatem, licet minorem portione legitima, reliquerint.

ubi Imperator disponit, quod si Pater filio non integram reliquerit legitimam, sed certam quantitatem ea minorem, non debeat ei competere querela inofficiosi testamenti ad illud evertendum & infirmandum, sed saltem actio ad supplementum legitimæ, contentus proinde esse cogitur illis rebus, quas testator ei in legitimam assignavit, & quia quantitatem ejus non attingunt, tantum, ut eadem suppleatur, petere potest.

2) wird diese Meynung bestätiget per textus similes

in l. 35. §. 2. l. 36. pr. C. d. t. de inoff. test. ceu in quibus idem confirmatur, quod in *d. l. 30.* habetur.

3) wird ermeldter Sententz insonderheit probiret per

Nov. 115. c. 5.

42 Quibus textibus moti

B. D. Lauterbach. *ad tit. de inoff. testam. n. 39. 47.* Frantzk. *ad eund. tit. n. 47. 50.* C. I. A. *l. 5. t. 2. th. 51.* Richter. *p. 1. decis. 40. n. 19.* Menoch. *de art. jud. quæst. cas. 163. n. 1.* Mantz. *de testam. val. & inval. tit. 12. quæst. 22.* Müller. *de deb. bonor. subsid. c. 5. §. 4.* Claud. Chifflet. *de port. legit. cap. 12.* Marc. Ant. Cuchus *de legit. rubr. quibus in rebus leg. const. n. 18.*

legitimam in certis rebus ac bonis à parentibus liberis ac contra, assignari posse docent. Quod tum imprimis obtinet, si in bonis immobilibus assignata fuerit.

Pruckmann. *vol. 1. Cons. 48. n. 60.*

43 4) Et hæc pro dicta sententia facit ratio, quod parentes liberis ac contra liberi parentibus ad relinquendam legitimam obligati non ad speciem præstandam obligati sint, sed ad genus, dando ergo rem unam liberentur. Si igitur defuncti parentes liberis, aut liberi parentibus in una aliqua re hereditaria legitimam assignaverint, eam omnino acceptare tenentur, si autem res illa ad jure constitutam ac determinatam legitimæ quantitatem non ascendat, petere poterunt supplementum in aliis rebus hæreditariis arbitrio judicis.

Mantz. *d. q. 22. n. 3.* Grass. *recept. sent. §. legitima. q. 15. n. 4.*

Ut vero constet an integra legitima relicta sit vel non in bonis loco illius relictis, à Magistratu certi constitui possunt æstimatores ac arbitri, qui totam hereditatem æstiment, & videant, utrum bona assignata legitimæ quantitatem exæquent, annon, veluti pronunciarunt JCti Jenenses apud 44

Richter. *d. dec. 40. n. 20.*

Illud itaque, quod supra dictum est, in singulis rebus substantiæ defuncti debitam portionem competere liberis aut parentibus legitima honoratis, tunc procedit, cum testator eos simpliciter instituit in legitima, quamvis & eo casu, quia ex omnibus rebus illam detrahi incommodum, arbitrio judicis in una vel pluribus certis rebus assignari soleat in divisione hereditatis 45

Claud. Chifflet. *de port. legit. c. 12.* Mich. Grass. *§. legitima. qu. 16.*

Ob wohl aber dieser von uns approbirten, als in Rechten wohlgegründeten, Meynung nach, der Testator Titius seiner Mutter die legitimam an gewissen zu Hühneburg an der Mosell gelegenen bonis assigniren können, so möchte doch nicht unbillig, weil die Dd. gedachte ihre Meynung de legitima jure permittente in certis bonis assignanda & relinquenda, ins gemein in so weit limitiren, daß es angehe, wann nur die loco legitimæ assignirte Güter ejusdem qualitatis vel bonitatis cum cæteris rebus hereditariis seyn, und sagen, daß wann non æque utiles res pro legitima assigniret worden wären, forte quod essent sumptuosæ, vel in loco periculoso circa vicinos potentes ac rixosos, vel in longinquis partibus aut deteriores rebus aliis, solche eben derjenige, deme sie pro legitima assignirt seyn, zu acceptiren nicht schul- 46
dig und gehalten seye,

quia legitima debetur ex defuncti substantia in rebus non optimis quidem, nec tamen deterioribus etiam, sed mediocribus

Menoch. *d. cas. 163. num. 13.* Mantz. *d. q. 22. num. 5.* Struv. ad Ant. Matthæi *de succession. c. 6. th. 12.*

unter den der täglich befahrenden Feuers-Gefahr bey der damahl der Orten schon aufgegangenen Kriegs-Flamme unterworffenen Sachen und den andern von solcher Gefahr befreyeten unbeweglichen Gütern ein Unterscheid gemacht, und erachtet worden, daß die Mutter nicht eben gehalten gewesen, propter præsens periculum ignis & incendii jene also allein in tanta copia vor ihren Pflicht-Theil anzunehmen, wann man nicht etwann dagegen halten wollte, daß die hier zu Lande vorhandene Güter darinnen des testatoris Ehe-Liebste instituiret worden, gleichfalls solcher Gefahr unterworffen gewesen, und durch GOttes sonderbahre Güte nur daraus errettet seyn.

So dann weil auch in dem Testament gedacht wird, daß des Testirers Mutter sein zu Hühneburg habendes verfangenes Vätterliche Gut zu nutzen und zu niessen habe, bekandt aber, daß die legitima in rebus à tali servitutis

47 onere liberis, und nicht nur in nuda proprietate zu constituiren

per tradita Menoch. *de A. I. Q. cas. 361.* Mantzii *de test. val. & inval. tit. 4. quæst. 22.*

als möchte ferner nicht unbillig auch dafür gehalten werden, daß in Ansehung jenige Vätterliche Güter ob annexum ipsis onus usufructus matri procul dubio ad dies vitæ ex loci statuto aliis competentis, weit minoris æstimationis als andere pleno jure besessene Güter, ihr deßwegen billigen Dingen nach einige Ersetzung zu thun.

Die letztere Frage:

Weil ausser den andern ligenden Gütern, einige Behausungen (zwar in
48 etlichen Monathen nach des Testatoris Titii Todt, der den 19. April 1689. erfolget: hingegen der Schad erst im Monath Julio ungefehr geschehen) durch die Frantzosen weggebrandt worden, weme der Schad zukomme, der Mutter oder der Erbschafft?

belangend, so dependirt deren Decision davon: ob vor geschehenem Brand-Schaden die Mutter schon eigentlich gewußt, daß ihr Sohn verstorben, ein Testament gemacht, sie darin zur Erbin quoad legitimam und zwar in specie seiner zu Hühneburg an der Mosell gehabten Güter ernennet und instituiret, so daß sie an selbigen ihre legitimam haben sollte, verbis vel factis ihren Willen solche anzunehmen zu erkennen gegeben, und also delatam hereditatem adirt, oder auch in mora injusta ge-
49 wesen, quo minus eam adierit, nach dem sie von obigem allem gnugsame Wissenschafft gehabt, oder aber ob dieses alles nicht gewesen.

In dem ersten Fall würde der geschehene Schad der Mutter seyn, weil sie ex tempore aditionis ipso jure, absque alio facto, ex sola legis potestate & authoritate das Jus hereditarium, und mit solchem singularum rerum hereditariarum ab ipso filio illic relictarum, in quibus ipse dominium habuisset, dominium zugleich auch absque traditione erlanget

per l. 27. de acquir. vel omitt. hered. j. l. 54. de reg. jur. l. 23. de acq. vel amitt. possess.

und also ihro tanquam dominæ die Sachen 50
zu Grund gangen seyn, juxta vulgatam Juris regulam: Res perit suo domino, quæ extat

in l. 9. C. de pignor. action. l. 11. C. si cert. pet.

oder da sie in mora injusta adeundi gewesen, 51
würde solche mora ihro und keinem andern schaden juxta illam juris regulam: Mora cuique sua, non alii nocere debet

l. 32. ff. de usur. & mor. l. 137. §. 2. de reg. jur. c. 5. de reg. jur. in 6. Carpzov. *p. 2. c. 19. d. 2. n. 6.*

Falls aber diß alles nicht gewesen wäre, kan 52
ihro der beschehene Schade durch den Brand allein nicht aufgebürdet und zu tragen zugemuhthet werden, sondern kommt auf die gesammte Erbschafft, welche dadurch geringert, mithin aber auch zugleich der Mutter legitima minuiret worden, juxta id, quod

Paulus de Castro *ad l. in ratione. ff. de L. Falcid.*

tradit, diminui legitimam, si patrimonium post mortem Patris diminuatur. Quo facit quod & ære alieno minuatur, quidni ergo & damno fatali ante aditam hereditatem accedente?

Welches ꝛc. Actum in Collegio nostro d. 22. Junii 1691.

CONSILIUM XL.

DE

Errore calculi semper salvo; & æstimatione melioris non nisi deducta prius rei deterioratione ineunda.

SUMMARIA.

1. *Sententia præmittitur.*
2. *Hujus decidendi rationes.*
3. *Error calculi commissus probatur, si ostendatur in rationibus aliquid commissum esse quod inserendum, aut admissum fuisse, quod haud admittendum erat.*
4. 5. & 16. *Æstimatio melioris nulla iniri potest, nisi deducta prius rei deterioratione.*
6. *Quatenus conductor in rem conductam, creditor pignoratitius in rem sibi oppignoratam, Emphyteuta in rem emphyteuticam &c. factas impensas repetere possit.*
7. *Impensæ in res jure hereditario communes factæ à heredibus pro rata solvendæ.*
8. *In Pomerania nulla certa lex mulieribus injungit, ut curatores habeant, sed arbitrio ipsarum relinquitur: teste Mevio.*
9. *Qui semel rationem reddidit ad calculi repetitionem & novum rationum examen invitus regulariter compelli nequit.*

10. Si

10. Si tamen error in calculo admissus probari possit, ad novum calculum ducendum quis urgeri potest.

11. Ampliatur hoc.

12. Nisi transactio super ipso calculi errore inita fuerit, de quo inter partes prius erat contentio.

13. Applicatio ad casum.

14. Nemini supervacanea cautio injungenda, nec quisquam superfluo juramento gravandus.

15. Ad æstimationem rerum faciendam artis peritus æstimator adhibendus est.

17. Ubi litigantes proximo cognationis vel affinitatis vinculo invicem conjuncti plerumque compensantur expensæ.

Urthel.

1 IN Restitutions-Sachen sich haltend zwischen Melchior Starcken Burgern und Kauffmann zu Stargardt Appellanten und Imploranten eines; entgegen und wider Catharinam seel. Jürgen Starcken des Aeltern hinterlassene Wittib Appellatin und Imploratin andern, auch Christoph Starcken & Consortes Intervenienten und Adhærenten dritten Theils, erkennen von GOttes Gnaden wir Friederich der Dritte, Marggraff zu Brandenburg, des Heiligen Röm. Reichs Ertz-Cammerer und Chur-Fürst ꝛc. ꝛc. allem Fürbringen nach auf eingeholten Rath fremder unpartheyischer Rechts-Gelehrten hiermit zu Recht, daß Appellanten und imploranten gravamina in so weit unerheblich, daß er, unerachtet deren allegirten und producirten Verträgen, ohn einig ihm gestattende weitere Ausflucht geschehen lassen müsse, daß die vorige liquidationes vor zweyen von unserem Chur-Fürstlichen Hoff-Gerichte dazu specialiter Deputirten, wann vorher mit Zuziehung der Stadt Werckmeisters oder Zimmermanns ein ohnpartheyischer Augenschein so wohl des Hauses als Vorwercks vorgenommen, und was darinn von Imploranten oder den Seinen verderbt und von vorhanden gewesenen Mobilien verwahrloset, oder hergegen durch ihn gebessert genau besehen, ohnpartheyisch angeschlagen und æstimirt worden seyn wird, revidiret, und was Appellatin und Intervenienten in vorigen liquidationen ausgelassen, und nicht gebührend eingebracht zu seyn erweislich beybringen, in selbige annoch gebührend eingebracht, und solcher Gestalten Imploratin und Intervenienten wegen des von Zeit Appellanten seel. Vatters Todt von ihm Appellanten ingehabt und besessenen auch genutzten Hauses und Vorwercks, Scheur und Gartens, so lange er ein jedes ingehabt und besessen, von allem richtige, vollkommene und klare Rechnung zugeleget werde; So dann da sich im vorgenommenen Augenschein nothwendige und nutzliche Besserung ergeben, dieselbe nach gemachtem Anschlag Appellanten gut zu thun sey, dagegen so sich im Augenschein eine deterioration und Verwahrlosung der vorhanden gewesenen Mobilien ereigt und befindet und Appellant bey der Liquidation darüber vernommen worden, er solcher halben gebührende Satisfaction zu geben, indessen auch Appellatin als die Mutter wegen des alleinigen Besitzes und Genusses der Güter allein ferner alimentiren, und sich samt seiner Frauen kindlich und ehrerbietig gegen sie zu erweisen, und von allen injuriis zu absteniren schuldig und verbunden, die Unkösten aber aus Bewegniß gegen einander compensirt und verglichen seyn sollen. Was Jürgen Starcken des jüngern Witwen ihro schon d. 13 Maj. 1684. zuerkandte und den 20. May 1690. wieder confirmirte Prætension anlanget, wird sie mit deren Execution es so lang anstehen lassen müssen, biß obige liquidation in Richtigkeit gesetzt sey, und darauf die den gesamnten Interessenten vormals beliebte Distraction der Güter vorgenommen werde, oder sich ein anders expediens herfür thue, wie sie könne befriediget werden.

Daß diese Urthel den Rechten und denen uns zugeschickten Actis gemäß ꝛc.

RATIONES DECIDENDI.

2 DJe Ursachen, so uns zu Abfassung vorstehender Urtheil zwischen ermeldten Partheyen bewogen, bestehen kürtzlich in folgendem:

Daß wir erstlich Appellantis gravamina in so weit vor unerheblich halten, daß er, unerachtet deren so offt allegirten Verträge, ohn einig ihm gestattende weitere Ausflucht, geschehen lassen müsse, daß die vorige liquidationes vor zweyen von Hochpreyßlichem Chur-Fürstlichen Hoff-Gericht Deputirten revidiret und rectificirt werden, ist dieses die vornemste Ursach, daß die von Appellanten gethane und in den cum Exhibito vom 16ten Junii producirten Verträgen de 15. Decembr. 1683. & d. 28. 29. April. 1690.
3 enthaltene liquidationes ex multis capitibus, tum omissis, quæ omnino inserenda, tum admissis, quæ nullo pacto admittenda fuissent, & hinc errorem calculi interveniſſe probant,

(Is quippe commissus probatur, si ostendatur in rationibus aliquid omissum esse, quod inserendum, aut admissum fuisse, quod haud admittendum erat

Mascard. *de probat. concluſ. 253. num. 1. & concluſ. 1256. numer. 17.* Franc. Munnotz. de Escobar. *de ratiocin. cap. 41. num. 30.* Joh. Vinc. Honded. *vol. 2. Conſ. 34. num. 6.* Eman. Suarez. *recept. ſent. lit. E. n. 158.*)

als unrichtig angefochten werden, gestalten 1) in der ersten Liquidation de Anno 1683. eingebracht, als hätte Appellant und Implorant nur sechs Jahr des Vatters Hauß bewohnet, und deßwegen dafür auch nur sechsjährige Miethe verrechnet, da doch der Imploratin Angeben nach, Implorant bekandter Massen bald nach des Vatters Todt, der schon Anno 1672. gestorben, das Haus bezogen, und also Anno 1683. schon mehr als sechs Jahr bewohnet, und die Miethe zu verrechnen gehabt. 2) In derselben und der andern de Anno 1690. ausgelassen, daß Appellant und Implorant den Acker-Hoff und Scheur à morte Patris sui genützet, massen ob zwar Jürgen Starck der Jüngere den Acker-Hoff einige Jahre bewohnet, so habe doch Implorant denselben vor und nebst ihm gehabt und behalten, auch die Scheur nebst dem Garten gebraucht, und Jürgen Starck nichts als die blosse Wohnung des Hauses genutzet, und etwa in der Scheur einen Winckel gehabt, also Appellant die Scheur vor Anno 84. gebraucht, welches aus dem Vergleich vom 15. Septembr. 84. zu ersehen, als worinn enthalten, daß er eine Specification wegen Scheur-Miethe übergeben, bey derer Production sich ereigen werde, wie viel Jahr Implorant vor Anno 84. die Scheur und den Acker-Hoff gehabt habe. 3) Sey gar ein zu geringes Mieth-Geld, so wohl von dem Hauß als Acker-Hoff verrechnet, indem Appellant und Implorant selber in seinem Exhibitions-Appellations Libell. pag. Act. 17. agnoscirt, daß der Acker-Hoff und Scheur jährlich gar wohl 30. Gulden tragen mögen, und verrechnet er doch davon vor sechs Jahr mehr nicht als 63. Gulden und vor das Hauß 21. 22. Gulden, so doch etlich 30. Reichs-Thaler tragen könnte, dadurch Appellatin und Intervenienten gar zu sehr lædirt werden, Appellant aber ihm einen gar zu grossen Vorschuß heraus bringet.

4) Könne Appellatin und Imploratin die cum Exhibito vom 16ten Junii 1691. producirte specificationes nicht passiren lassen, und sich weder zu den Process-Kosten mit Jürgen Starcken, massen er nicht so wohl sie, als seine Geschwistrige belanget, noch zu den Transacts-Kosten und andern verstehen.

5) Seyen die auf den Acker-Hoff verrechnete Bau-Kosten nimmermehr zu justificiren, weil mit der Æstimation, so etwa vier Monath nach der Specification geschehen, zu erweisen, daß das Haus und Scheur nur auf 175. Gulden æstimirt, also nicht zu begreiffen, was vor die eingebrachte 61. Gulden gebessert, zumahl da Implorant nicht läugnen könne, daß wie er sich des Acker-Hoffs angemasset (denn ihm weder Hauß noch Acker-Hoff vermiethet) derselbe als kurtz vorher neu erbaut in gutem Stande gewesen, jetzo aber ruinirt, daß er ehistens einfallen werde.

6) Sey keiner Deterioration im geringsten gedacht, die doch augenscheinlich, und billig zu ersetzen, ehe man einige Meliorations-Kosten fordern könne, so in allweg Rechtens. Nam non potest ulla meliorationis iniri æstimatio, nisi deducta prius rei deterioratione 4

l. 54. §. f. de hered. petit. l. 31. §. f. ſolut. matrimon. Pruckmann. *vol. 1. Conſ. 20. num. 10.* Hartmann. Pistor. *p. 2. q. 42. num. 21.* Cardin. Tusch. *lit. M. concl. 180. num. 8.*

Proinde si, qui meliorationes prætendit, rem deterioravit, ante omnia deteriorationis ratio haberi, & ita æstimatio fieri debet, ut melioratio cum deterioratione compensetur, ac quod deinde supereſt, pro melioramento tantum habeatur atque æstimetur

arg. l. 30. ff. proſoc. Mascard. *de prob. concluſ. 1040. num. 11.* Berlich. *p. 3. concluſ. 42. num. 13.* Rosenthal *de feud. cap. 10. concluſ. 43. num. 86.* Schrader.

derus *feud. part. 9. sect. 2. num. 74.* ubi recte ait, quod si Vasallus fundi feudalis ædificium destruxerit & reædificaverit, vel arbores frugiferas exciderit, aliasque subrogaverit, vel unum eundemque fundum pro parte meliorem pro parte deteriorem reddiderit, feudo aperto illud tantum meliorationis nomine consequatur quod supereſt deducto ædificiorum destructorum pretio vel arborum exciſarum, aut alterius deteriorationis valore.

7. Werden die Bau-Kosten des Hauses, so sich auf ein hohes belauffen, contradicirt, weil Implorant nicht Vollmacht, solche grosse Bau-Kosten anzuwenden und zu machen, gehabt, noch ex natura vel lege contractus, aut pacto, promissa refectione, restitutione tamen expensarum à coheredibus facienda, also gebauet, sondern es nach seinem eignen Plaisir gethan. Da was die Jura und Doctores nostri in quæstione: An & quatenus conductor in rem conductam, creditor pignoratitius in rem sibi oppignoratam, emphyteuta in rem emphyteuticam &c. &c. factas impensas repetere possit? statuiren bekannt, nemlich, daß derjenige, der ex voluntate domini oder ex natura vel lege contractus aut pacto gebauet, alle ausgelegte Unkosten und impensas repetiren könne, der aber weder ex domini voluntate, noch ex natura vel lege contractus aut pacto nach seinem eignen Plaisir gebauet, der könne nicht alles was er auf den Bau verwendet, sondern bloß was das Haus oder prædium wegen des Baus restitutionis tempore mehr werth ist, als es vorhin vor dem geführten Bau gewesen, wieder fordern, unter welchen beeden was vor ein mercklicher grosser Unterscheid sey, zu sehen bey dem 6

Mevio *part. 3. dec. 41.* ubi omninò videndus. Brunneman. *ad l. 38. de rei vind. l. 29. §. 2. de pignor. l. 55. §. 1. ff. loc. conduct.* add. Vincent. de Franchis *dec. 109.* Ant. Gamma *dec. 137. & dec. 306. n. 2.* Hartman. Pistor. *p. 2. q. 42. n. 16. 17.* Vultej. *vol. 4. Cons. 19. num. 117. 215.*

Deme nach Imploranten ein gewaltiger Strich durch seine bey dem Transact de 28. & 29. April 1690. producirte Specification sub N. 3. und seinem gemachten Vorschuß à 455 fl. gehen würde, welches Imploratin intendiret, wann sie sich erbietet, das nöthige zu erstatten juxta legalem æstimationem, dem übrigen aber contradiciret, pag. Act. 64. in fin.

8. Gestehe Appellant und Implorant, daß er condominus der Güter sey, oder selbige ihm und seinen Geschwistrigen jure hereditario commun seyen, der Ursach halber er dann auch billig ein Theil der Contribution, der Process- und Bau-Kosten mit tragen und von andern oneribus pro rata participiren sollte, in seinen producirten Rechnungen aber sey ihm kein Heller von solchen oneribus zugeschrieben, noch seine quota, die er tragen sollte, von dem gerühmten Vorschuß, wie in allwege geschehen sollen, abgezogen, sondern es seyen sothane onera vollkommen der Mutter und Geschwistrigen zu tragen unbilliger Weyse aufgebürdet. 7

9. Habe Implorant bey vorigen Liquidationen verschwiegen, daß ihm des Hauses wegen zwey oder dreyjährige Freyheit angedyhen, indem er nicht allein keine Contribution vom Haus geben dürffen, sondern auch in seiner Brau-Nahrung die Zulage genossen, welches ein ziemliches ausgetragen, auch ihm über diß 20 fl. an Contribution gut gethan worden, vermög deren in der Regierung aufgefundenen Acten; Dessen er sich ja nicht höher, als pro quota anzumassen, und dahero solche genossene Freyheit Appellatin und Intervenienten auch zu berechnen schuldig gewesen, so aber in den producirten Liquidationen nicht geschehen. Und obwohl Appellant und Implorant fürgibt, er habe die Freyheit nicht würcklich genossen, noch geniessen können, weil sie ihm erst in anno 81. zuerkannt, anno 82. aber gleich darauf an statt der Contribution die Accise eingeführet worden, nach deren Einführung er keine Freyheit in der Consumptions-Steuer genossen, laut pag. Act. 130. producirten Scheines von dem Accise Inspectore J. G. Rauben. So ist doch wohl zu vermuthen, daß Implorant in denen Jahren, da er der Freyheit halber litigiret, wenig oder nichts werde an Contribution entrichtet, und also nachdem ihm anno 81. die Freyheit per sententiam zuerkandt worden, dieselbe auf die verwichene Jahre gerechnet, und sie also annis retro computatis würcklich genossen, oder sonsten quovis modo ihm zu Nutzen gemacht haben, welches auch gedachte Urthel, und die vorhergehende, worauff sich selbe beziehet, selbst im Munde zu führen scheinet.

10. Wird in Exhibito vom 25. Sept. 1691. auch angeführt, daß, wann die Rechnung sonst durchaus bestehen könnte in allen Posten, doch in 37. oder 38. fl. zu viel gerechnet, welches wir zwar nicht gefunden, es wird es aber bey der Revision der Calculus geben, ob es also sey oder nicht.

Weilen nun diese Anzüge, so zum Theil offenbahr und evident, zum Theil aber noch zu erweisen seyn, und leichtlich erwiesen werden können, oder sich in revisione rationum selbst ergeben, von ziemlicher Importanz seyn, und Appellatin und sämtliche Intervenienten damit höchst-billig gehöret werden, in Ansehung daß, da sich selbige also verhalten, denen nach ein gantz ander facit heraus kommen und ein grosses von des Imploranten in vorigen Liquidationen gemachten Vorschuß fallen würde, auch die eingegangene Verträge wegen des sich an den Tag legenden erroris calculi durch-

aus kein obstaculum machen können, indem selbige in so weit, als darinn enthaltener rationum revisio erlaubet wird, aufgehoben werden (ob selbige, wie Appellatin bey dem den 1 Julii 1691. angestellten Behör pag. Act. 63. excipirt, daher vor null und nichtig zu achten, weil sie keinen litis curatorem gehabt, und Johann Meyer, welcher den ersten wie auch Samuel Viveneſt, so den letztern Vertrag litis curatorio nomine unterschrieben, weder von ihro ausgebeten, noch authorisirt gewesen, dergleichen nachtheilige Verträge zu ihrem höchsten Præjudiz einzugehen, und zumahl das Haus cum cl. constituti possessorii zu verschreiben und zu hypotheciren; lassen wir dahin gestellet seyn, weil der berühmte und in Praxi illic locorum versatissimus JCtus

8 Dav. Mevius *part. 5. dec. 99. n. 3.*

attestirt, quod in Pomerania nulla certa Lex mulieribus injungat, ut Curatores habeant, sed arbitrio ipsarum relinquatur, utrum petere velint, nec ne, & aliæ habeant, aliæ non, nec his eò minus liceat negotia sua agere & contrahere, & hinc transactionem mulieris sine Curatore ad litem initam validam esse pronunciat. *d. dec. 99.*)

So werden die in sothanen Verträgen enthaltene rationes und liquidationes allen Rechten und der selbst-redenden Billigkeit gemäß revidiret, publica authoritate aus dem Grund recht untersuchet, und solcher gestalten justificirt, daß, was von Appellanten zu seinem Vortheil zu viel angerechnet, ausgethan, und was hergegen durch Irrthum ex altera parte ausgelassen und nicht gebührend eingebracht, auch gehöriger Massen in calculum gebracht und an seinem gesetzten Vorschuß der 455 fl. decourtirt werde.

9 Enimverò licet, qui semel rationem reddidit ad calculi repetitionem & novum rationum examen invitus compelli regulariter nequeat;

l. 2. C. de apoch. publ. Munnoz ab Escobar *de ratiocin. cap. 41. n. 1. 2.* Montan. *de tutel. cap. 38. n. 118.* Menoch. *de arbitr. jud. quæst. cas. 209. n. 39.*

10 Attamen si error in calculo admissus probari possit, omninò ad novum calculum ducendum urgeri potest.

l. un. C. de error. calcul. Carpzov. *p. 2. cap. 11. d. 8. num. 4. & lib. 5. Resp. 69. num. 15.* Mevius *ad Jus Lub. l. 1. t. 7. a. 11. num. 30.* Christin. *vol. 2. dec. 98. num. 1.* Klock. *vol. 3. Cons. 169. num. 11.* Mascard. *de prob. concl. 1256. num. 10.*

cum haud dici queat rationem redditam fuisse, quæ non plene reddita, ita, ut fides ejus undiquaque constet.

l. 111. de condit. & demonstr.

sed calculatio insufficienter vel erronee reddita revidenda & per omnia capita ad veritatem, rectamque compositionem reducenda,

l. 7. C. de jur. & fact. ignor. Escobar. *d. cap. 41. num. 30.* Mascard. *concl. 253. num. 12. 13.*

maxime si de alterius læsione agatur

Cothman. *vol. 5. Resp. 30. n. 106.*

11 Quod obtinet licet peritiores & amici rationum redditioni interfuerint,

Trentacinq. *lib. 3. var. resol. tit. de solut. res. 7. n. 2.* Escobar. *d. cap. 41. n. 22.* Christin. *d. v. 2. Dec. 98. n. 14.*

ac stipulatio interceſſerit, & calculationi factæ pactum liberatorium accesserit, aut secuta vel data sit administratori a domino liberatio s. quietatio per publicum instrumentum in amplissima forma, cum solitis & consuetis exquisitis clausulis.

Cothman. *d. Resp. 30. num. 108.* Heig. *l. 1. q. 20. num. 35.* Hartman. Pistor. *obs. 158. num. 4.* Hieronym. Schurff. *cent. 2. Cons. 9. & 41. per tot.* Carpz. *dec. 75. num. 3.* Richter. *ad d. l. un. C. de error. calc. n. 59. seqq.*

Et quod subscriptio ac approbatio rationum, istique subjuncta liberatio & quietatio non proficiat ad hoc, quin ratio erronea denuo examinari probarique possit ac debeat, imo quod nec res judicata, nec transactio erroris calculi exceptionem ac rationum revisionem, transactionisque emendationem, excludat & impediat, probat evidenter

l. un. C. de error. calc. l. 47. §. 1. de pact. Mev. *p. 4. dec. 300.* Munnoz ab Escobar *d. c. 41. num. 30.* Christin. *d. dec. 98. in fin.* Cel. Bich. *dec. 192. n. 3.*

quia cum transactio illa haud facta fuerit super errore tali jam detecto, sed latente adhucdum, de quo nulla contentio vel quæstio prius nota, non poterit illius revisionem & novam rationum redditionem impedire.

Valeron. *de transact. tit. 6. quæst. 2. n. 84.* Hieronym. Laurent. *dec. Aven. 124. num. 9.* Seraphin. *dec. 1277. n. 2.* Cephal. *Cons. 562. num. 19.* Joseph. Urceol. *de transact. quæst. 98. num. 16.* ubi quod subveniendum sit læsis ex officio Judicis in æquitate naturali fundato, maxime si læsio enormis intervenisset.

nam

nam quia error veritati præjudicare non poteſt nec debet, ideoque ſemper & quandocunque ejus probandi & deducendi libera facultas eſto,

d. l. un. C. de error. calc.

12 niſi transactio inita fuerit ſuper ipſo errore calculi, de quo inter partes prius erat contentio, tum enim ſuper eo facta transactio operatur, ne amplius de errore iſto conqueri & rationum reviſionem eapropter ulterius petere liceat, neque iſta transactio prætextu erroris calculi jam transactione confirmati & approbati porrò reſcindi vel revocari valet, niſi ultra errorem dolus etiam verus claris & perſpicuis probationibus in transactione interveniſſe probetur, eo quippe caſu locum faciunt reiteratæ calculationi non obſtante transactione vel quietatione in ampliſſima forma facta.

d. l. un. C. de error. calc. ibi Dd. Menoch. *de arbitr. jud. quæſt. caſ. 209. num. 39. 40.* Maſcard. *de prob. concl. 253. in fin.* Aloyſ. Ricc. *collect. dec. part. 7. dec. 3128. inf.* Joſeph. Urceol. *de transact. qu. 98. n. 27. 31.*

13 Als nun hier die von Appellanten producirte Verträge quæſt. nicht ſuper cognito ac reperto errore calculi antea ducti getroffen und eingegangen, ſondern eben die Liquidation und Rechnung, ſo jetzo als unrichtig angefochten wird, ob admiſſum in ea errorem hactenus incognitum, begreiffen und in ſich halten, ſo können dieſelbe keines weges hindern, daß Appellant nicht geſchehen laſſen müſſe, daß ſothane unrichtige Liquidationes revidiret und was Appellatin und Intervenienten darinn ausgelaſſen und nicht gebührend eingebracht zu ſeyn erweißlich beybringen in ſelbige annoch gebührend eingebracht, und ſolcher geſtalten Appellatin und Intervenienten richtige, vollkommene, und klare Rechnung und Liquidation wegen des von Appellanten, von ſeines ſeeligen Vatters Todt her, inngehabt, beſeſſenen und genützeten Hauſes und Vorwercks, Scheur und Gartens, ſo lang er jedes Stück inngehabt und beſeſſen, zugeleget werde.

Und weil ex ipſis Actis heiter und klar herfür leuchtet, daß Appellatin und Intervenienten genugſame und rechtmäßige Urſachen haben, richtigere und vollkommenere Liquidation, als in den producirten Verträgen enthalten, zu fordern und zu begehren, auch die Appellatin vielfältig conteſtirt, daß ſie aus freyem Willen, ohne Verhetzung ihrer übrigen Kinder, agire, und den Proceſs ſelbſt, und nicht nur ihre übrige Kinder unter ihrem Nahmen, wie Appellant ihm fälſchlich einbilde und fürgebe, führe, daß ſie aber ihro in Proceſſu interveniendo adhæriren, propter evidens ipſorum intereſſe ſine ulla malitia ac calumnia geſchehe; So haben wir erkannt, daß die Reviſion der Liquidationen förderſamſt ohn weitere Appellanten geſtattende Ausflüchte, der ſo offt urgirten Verweiſung ad conventionem, deßwegen von Intervenienten reſpective geforderten und præſtirenden Caution, und des ihnen über den Punct: Ob ſie nicht aus Haß wider ihn die Mutter verleiten? deferirten und leiſtenden Eides der Bosheit oder malitiæ, vorzunehmen. 14

Convenit enim pio, juſto ac prudenti Judici lites, quamplurimum poteſt, abbreviare, earum multiplicationem, ceu rem odioſam, devitare, nemini fruſtratoriam cautionem injungere, nec quenquam ſuperfluo juramento gravare, ne nomen DEI in vanum contra pietatem, in judiciis, quæ DEO habentur, colendam aſſumatur.

Mevius *p. 4. dec. 64. num. 7. p. 5. dec. 90. num. 3. part. 6. dec. 284. num. 2. & p. 2. dec. 26.*

Haben auch vor gut angeſehen, wann ſolche erkannte Reviſion und Juſtification der Liquidationen vor zweyen von Hochpreyßlichem Churfürſtlichen Hof-Gerichte dazu ſpecialiter Deputirten, von denen beede Theil in ſtrittigen Puncten nach Nothdurfft gehört, und ein Ausſchlag gegeben werden könnte, vorgenommen, und den Partheyen es in Zeiten geſagt würde, daß ſie ſich nach Belieben mit Beyſtänden verſehen, in allem vorher wohl inſtruiren und was zu Behuff und Förderung des Wercks von Documentis und andern vonnöthen, herbey ſchaffen und in parato halten ſollten, damit die Sach deſto ſchleuniger und glücklicher expedirt, publica authoritate vollkommen zum Stande gebracht, und hernach tota cauſa unter Mutter, Kindern und Geſchwiſtrigen ſo ehender ohne fernere Weitläuffigkeit abgethan werden möchte.

Daß wir aber 2do erkannt, daß vor vornehmender Reviſion der Liquidation ein unpartheyiſcher Augenſchein mit Zuziehung der Stadt Werckmeiſters oder Zimmermanns ſolle eingenommen werden, iſt geſchehen aus der Urſach, daß wir erachten, daß nicht wohl könne oder möge eine vollſtändige richtige Liquidation zugeleget werden, ehe und dann ein ſolcher Augenſchein vorgenommen worden, indem die ſich entweder befindende Beſſerung oder ereigende Deterioration in einem gewiſſen Anſchlag muß in die Liquidation gebracht werden, welchen Anſchlag niemand beſſer als der Werckmeiſter und Zimmermann oder ein ander erfahrner Architectus machen kan. 15

Unde Doctores communiter tales artis peritos æſtimatores ad iſtiusmodi rerum æſtimationem faciendam adhibendos eſſe tradunt.

vid. poſt alios plures Heeſer. *de bonor. commun. eorumque diviſ. part. 1. loc. 4. n. 236. ſeqq.*

16 Daß aber 3.) Appellant dasjenige, was er und die Seinen verderbt oder verwahrloſet, zu erſetzen, und deswegen Satisfaction zu geben, dagegen man ihm auch, was er am Haus oder Vorwerck gebeſſert, zu erſtatten ſchuldig, erbricht ſich

ex l. 11. §. 2. l. 13. §. 5. 7. 8. l. 55. §. 1. l. 61. ff. loc. conduct. & traditis Franzkii *d. t. n. 168. ſeqq.* Mevii *p. 3. dec. 41.* Brunnemanni *ad dd. ll.* Berlichii *p. 2. dec. 250. ſeq.*

Was 4.) ratione alimentorum erkannt, daß nemlich Appellant dieſelbe wegen des alleinigen Beſitzes und Genuſſes der Güter allein zu præſtiren, deſſen Ration kan genommen werden ex

Jure Lubec. *part. 2. tit. 2. art. 8.* ibi: *ſtirbt der Mann, die Frau bleibt beſitzen in allem Gut &c.* & ibi: *daß ſie dieſelbe bedürffte zu Unterhaltung ihres Leibs &c.*

ex quibus patet, daß nach des Vatters Tod die Beſitzung und Genuß aller hinterlaſſener Güter der im Leben noch ſeyenden Mutter zugehöre, und ſie ſelbige auch gar veräuſſern möge zu Unterhaltung ihres Leibes, weil nun Appellant hier der Mutter ſolches commodum præripiret, ſo iſt er ſchuldig ihro den Unterhalt dafür zu verſchaffen. Zu der kindlichen Ehrerbietigkeit aber obligiren Appellanten und deſſen Frau alle Gött- und menſchliche Rechte, und ſeyn ſie nicht weniger dadurch verbunden, ab omnibus injuriis ſich zu enthalten. Wegen der Anfangs aber mit geklagten Injurien haben wir in der Urthel nichts erkannt, der Urſach, weil Appellatin ſolche Klage fallen laſſen, und ſich in Act. primæ inſtant. pag. 33. fac. 2. & in Actis ſecundæ inſt. pag. 62. fac. 2. erklärt, ſelbige nicht weiter zu proſequiren.

Zu Compenſirung der Unkoſten hat uns 5.) bewogen doctrina 17

Carpzovii *p. 1. c. 31. d. 29. num. 1. & in Proc. tit. 24. art. 1. num. 65.*

tradentis condemnationem expenſarum haud decerni ſolere ubi litigantes proximo cognationis vel affinitatis vinculo in vicem conjuncti, ne ex condemnatione expenſarum odia inter eos exacerbentur, quam doctrinam quoque probavit

Faber *in cod. Sabaud. lib. 7. tit. 18. d. 63.*

Die letztere Clauſul darinn Jürgen Starcken des jüngern Wittib mit ihrer inſtändigſt geſuchten Execution der ihr ſchon anno 84. adjudicirten prætenſion zur Gedult gewieſen, haben wir endlich der Urſach angehenckt, damit ſie ſehe, daß man ſie mit ihrer Forderung zwar in Conſideration gezogen, jedoch aber ihro in ihrem Verlangen nicht willfahren können ehe die Reviſion der Liquidationen geſchehen, dieſelbe in Richtigkeit gebracht worden, und entweder conſentiente ſocru die Diſtraction der Güter geſchehe oder man ſonſt ſehe und ein Mittel finde, woher ihre Satisfaction die ſie nicht allein von dem Appellanten, ſondern ex tota maſſa bonorum zu gewarten, zu nehmen.

Wollten ſolches ꝛc. Actum in Collegio noſtro den 8. Jan. 1692.

CON-

CONSILIUM XLI.

Validitas teſtamenti, quod Immediatus in territorio Status alicujus condit, an ex Jure Communi an ſtatuto illius loci dijudicandum ſit? De Clauſula Codicillari, an ſuſtineat Teſtamentum nullum in vim Fideicommiſſi? De mutatione & variatione Libelli & actionis. De vi & efficacia Clauſularum ſalutarium Libello adjici ſolitarum. De Interveniente interdum etiam pro Reo habendo. An teſtamentum, ſi ob præteritionem parentum nullum ſit, querela nullitatis intra 30. annos impugnari poſſit? An Legitimam Condictione ex Lege per 30. annos petere poſſit is, qui querelam inoff. teſtam. præſcribi, paſſus eſt? & de Jure retentionis quoad Legitimam.

SUMMARIA.

Quæſtio prima: *Immediatus Imperii Nobilis ſi in principis alicujus Territorio teſtamentum fecerit, an hujus validitas ex Jure Statutario illius Territorii potius, quam ex Jure Communi, præſertim ubi hoc propter diverſas Dd. ſententias dubium eſt, ſit dijudicandum?*

2. *ſeqq. Rationes dub. pro Negativâ.*

6. *Deciditur Quæſtio affirmativè.*

7. *In ſpecie, quia Statutum de perſonæ aptitudine aut habilitate nihil diſponens, nec circa rem, ſed circa ſolennia tantum obſervanda quid conſtituens, ipſam tantum diſpoſitionem afficiat, & ideo haud referat, quis, civis an extraneus? & de quibuscunque rebus, modo in loco ſtatuti diſpoſuerit.*

8. *ſeq. Formam teſtandi Civili definitam poſſe ſtatuto immutari, probatur.*

10. *ſeqq. Tale ſtatutum, de quo n. 7. reverâ etiam ad Forenſes in loco ſtatuti teſtantes pertinere, &, quoad bona teſtantium etiam immobilia alibi ſita, eorum teſtamentum ſecundum formam ſtatuti illius conditum vim ſortiri.*

12. *Etiam, ubi ſtatuto tali ſolennitates ſint auctæ.*

13. *Ejusmodi teſtamentum licet Jure Communi valeret, ſi tamen Jure Statutario valere non poſſet, nihilominus infirmum eſſe.*

14. *& n. 17. 18. Jure Elect. Bavarico teſtamentum, in quo parentes præteriti, ipſo Jure nullum eſſe.*

15. 16. *Quod de Jure Communi tamen inter Dd. controverſum.*

19. *Reſpondetur ad Ratt. dubitandi.*

20. *ſqq. Forenſem ſecundum ſtatuta loci, ubi commoratur, validè, & cum effectu ubique locorum obtenturo, teſtari, pluribus adhuc ſpecialiter firmatur.*

24. *Bonum & validum à contractibus ad ultimas voluntates duci argumentum.*

25. *Ad LL. n. 4. in contrarium adductas remiſſivè.*

26. *A teſtamenti factione activâ denegatâ ad paſſivam denegand. non ſemper firmum duci argumentum.*

27. *In toto Imperio in ſucceſſionibus teſtamentariis & ab inteſtato ubique Cives & Forenſes, hæredes inſtitutos vel exhæredatos aut præteritos, æquo jure gaudere.*

28. Quæſtio ſecunda: *An Clauſula codicillaris teſtamentum nullum aut inofficioſum ſuſtineat in vim fideicommiſſi? & an ille, qui hæreditatem petierat ex teſtamento tanquam per ſe firmo & valido, poſt Exceptionem à Reo factam, variare, & poſtea ad clauſulæ illius Codicillaris auxilium confugere poſſit?*

29. *Sententia Dd. priorem h. Q. partem affirmantium.*

30. *ſqq. Hæc ſententia refutatur & contraria aſſeritur tanquam verior.*

34. *Pars altera h. Q. deciditur negativè.*

35. *ſq. Verba L. fin. Cod. de Codicill. eorumque explicatio.*

37. *ſeqq. Rationes, cur ita variare non liceat.*

40. *Generalis Theorica: Quod, ubi alicui duæ diverſæ & repugnantes actiones competant, ambæ intentari non poſſint, ſed una debeat eligi, quâ electâ, ſi ſuccumbat, ad alteram nunquam redire ei liceat.*

In eo meliorem eſſe conditionem rei, quam actoris. ibid.

41. *ſeqq. Objectio ex L. 1. §. 4. ff. quod legat. cum reſponſione.*

44. *ſq. Applicatio ad caſum ſubjectum.*

46. *Diſpoſitionis illius in L. ult. c. de Codicill. Ampliatio 1. quod procedat, ſive copulativè, ſive disjunctivè, aut conditionaliter, ſive planè non ſit adjecta à teſtatore illa Clauſula codicillaris in ultimâ ſuâ voluntate.*

47. *Probatur hoc de diſpoſitione copulativè factâ.*

48. *ſeqq. Diluitur objectio: quod hoc caſu ob contrarietatem, cum teſtator voluerit valere ſuam ult. volunt. ut teſtamentum, & ſimul ut Codicillos, nulla penitus competere poſſit actio.*

50. *De Vocula copulativa* Et *vel* Etiam *resolutione in disjunctivam* vel. *conf. 81. seqq.*
51. *Dispositionis d. L. ult. C. de Codic. Ampliatio 2da: sive lata sit sententia in prius motâ actione, & actor succubuerit, sive non. conf. n. 90. seqq.*
52. *Modo lis à Reo sit contestata.*
54. *seqq. Ampliatio 3tia: sive actor sciverit, seu scire debuerit, eam viam, quam elegit, esse inutilem, sive errore ductus hoc ignoraverit.*
57. *seqq. Et hic neque mulieribus prodesse errorem juris.*
60. *seqq. Exceptæ sunt specialiter à dispositione d. L. & successive etiam contrarias actiones ex eodem testamento instituere possunt eæ personæ, quibus hereditas est debita, Ascendentes sc. & Descendentes, agnati ad quartum, cognati ad tertium gradum.*
62. *Hæc tamen Exceptio firmat Regulam in casibus non exceptis.*
63. *Applicatio decisionis ad partem posteriorem Quæstionis 2dæ (vid. num. 34. seqq.) ad factum.*
64. *& seqq. multt. Ad objectiones latè respondetur.*
66. *seqq. Distinctio illa: an Clausula codicillaris copulativè adjecta sit Testamento, an disjunctive, vel conditionaliter? & sententia eorum, qui inde statuunt: d. L. fin. C. de Codicillis loqui tantum de eo casu, ubi copulativè ea sit adposita, non autem, ubi disjunctive, aut conditionaliter, reprobatur, & refutatur pluribus.*
85. *seqq. De errore juris & facti, an in hac materia de variatione ex Clausula Codicillari excusare possit?*
90. *seqq. Ampliatio 3tia d. L. fin. pluribus firmatur, & præsertim ex ipsis d. L. verbis. conf. n. 51. seqq.*
93. *Ea non attendi in judicio, quæ narrantur, sed quæ conclusivè petuntur.*
94. *Reum, etsi ab initio testamentum validum dicat, tamen postea, secus ac in actore, si succumbat, in Codicillis se fundare posse.*
95. Quæstio tertia: *An Clausularum salutarium Libelli, ut: peto justitiam administrari &c. item: omni meliori modo &c. ea sit vis & efficacia, ut, qui actione tantum ex testamento directâ egit, etiam actionem utilem ex Clausulâ Codicillari in judicium deduxisse censendus sit?*
96. *seqq. Rationes dub. pro Affirm.*
102. *Quæstio Negativè deciditur.*
103. *seq. Harum Clausularum vis ad ea, quæ in Libello non narrata, ut & ad ea, quæ postea incidenter tractantur, se non extendit; Declaratur res exemplis.*
105. *Multo minus sanare eas vitium contrarietatis.*
106. *sq. Minimè vero contrarias actiones, ubi unius tantum mentio facta, contra LL. auctoritatem per eas induci posse.*
108. *Nec Clausulam: Salvo jure corrigendi, mutandi Libellum: in specie adjectam, tribuere actori licentiam, genus actionis post L. C. mutandi.*
109. *sq. Imo Jure hodierno, Camerali maximè, nec ante L. C. mutationem Libelli permissam, nedum ergo postea; & eo minus supra dictas Clausulas tantam vim habituras.*
212. *seqq. Respondetur ad Rationes dubit. & simul explicatur, quisnam effectus sit revera illarum Clausularum salutarium.*
215. Quæstio quarta: *an omnis tertius interveniens pro Actore sit habendus, an verò ille, qui indubium cum Reis litis consortium habet, exinde tanquam cor Reus in judicio eâdem, in casu supposito, exceptione ex L. fin. C. de Codicill. ut & aliis Reorum beneficiis, cum suis Consortibus gaudeat? confer. etiam num. 94.*
116. *Deciditur negando prius, & affirmando posterius.*
117. *sqq. Rationes dubitandi.*
121. *seqq. Rationes decidendi, intervenientem etiam interdum Rei locum subire, probantes.*
122. *Sæpe intervenit tertius ad assistendum Reo, ejusque interesse hujus causæ cohæret, unde hoc casu ut tertius litigans non consideratur.*
Quomodo tunc pronuncietur? ib.
123. *Quando jus intervenientis separatum est, neque cum alterius partis jure per consequentiam connexum, tunc ille tertius ut principalis consideratur.*
Quomodo tum in sententiæ formulâ distinguatur? ibid.
124. *seq. Sicut, qui actionem intendit, Actor est, ita qui exceptionem opponit, & se absolvi petit, Reus.*
126. *Interveniens qui ex eadem lite vel obtentâ vel peditâ idem cum Reis sperat commodum vel metuit incommodum, Reis accensendus est.*
127. *Potest tamen talis tertius occasione ejusdem causæ in puncto Reconventionis pro Actore haberi, absque ut hoc officiat ejus participationi beneficiorum Reis in causa conventionis competentium.*
128. *seqq. Respondetur ad Rationes dubitandi.*
129. *seqq. Quandoque & Actor invitus agere compellitur. Exempla.*
133. *seq. Sæpe etiam intervenientem coactum in judicium trahi, exemplo declaratur.*
138. Quæstio quinta: *An, si Testamentum ob præteritionem parentum revera pro nullo sit habendum, Querela nullitatis tum intra triginta adhuc annos moveri possit? confer. n. 147.*
139. *seqq. Affirmativa asseritur & probatur.*
144. *Jure Rec. Imp. Noviss. Sententiam Querela nullitatis impugnaturus, fatale interponendæ Appellationis observare debet, aliâs non auditur.*
Nisi sint nullitates defectum insanabilem inducentes. ibid.
145. *Constitutio illa Imperii, tanquam correctoria, ad Querelam nullitatis, quâ alia negotia, præter sententiam, impugnantur, non pertinet.*
147. *seqq. Quædam supposita loco Rationum dubit. adducuntur adversus perpetuitatem Querelæ nullitatis in substrato casu.*
150. *seqq. Refutantur hæc supposita.*
151. *Querelam nullitatis non esse surrogatam Querelæ inofficiosi testamenti.*
152. *seqq. Differentiæ Querelæ nullitatis & Querelæ inofficiosi paulo latius explicantur.*
159. *A separatorum uno ad aliud inferre non licet.*
160. *Etiamsi concederetur, (quod in n. 147. & erat suppositum) Querelam nullitatis Querelæ inofficiosi esse surrogatam, tamen non sequi, eandem etiam terminum fatalem eundem habere; quod probatur instantiâ aliquâ.*
161. *Restrictio Regulæ illius: Surrogatum sequitur naturam ejus, cui est surrogatum.*
163. *An testamentum, in quo à Patre filius f. præteritus est, (cum quo paris juris censendum testamentum.*

mentum , quod ob parentum præteritionem ſtatuto nullum eſſe jubetur) ſit ipſo jure ſimpliciter & omnino nullum , etiam antequam filiusf. illud nullum dicat , vel etiamſi nullum non dicat an ita demum ſit nullum , ſi filius velit dicere nullum ? maximè controverſum & de ſummis juris apicibus eſſe dicitur.

164. *Dd. poſterius affirmantes , ſc. tum demum eſſe nullum , ſi filius nullum dicere voluerit.*

165. *Aſſeritur & ſtabilitur contraria ſententia , ſc. eſſe ſimpliciter & omnino nullum , etiamſi filius id non dicat nullum.*

166. *Hanc poſteriorem ſententiam eſſe communem , & in puncto juris veriorem.*

167. *ſeq. Aliquæ extenſiones hujus ſententiæ.*

169. *Quæ de filio præterito dicta , rectè applicari ad teſtamentum , vi ſtatuti alicujus ob præteritionem parentum nullum.*

170. Quæſtio ſexta : *An hæredibus ejus , qui à filiâ ſuâ præteritus in teſtamento , ubi querela inofficioſi præſcripta fuit , & ad hæredes non transmiſſa , nihilominus ex perſona præteriti , cui Legitima debebatur , ad hanc conſequendam Condictio ex Lege intra 30. annos adhuc competat , vel an ii , ſi hæreditatem poſſideant , jure retentionis ad eam ſibi ſervandam uti poſſint ?*

171. *Affirmatur ſimpliciter.*

172. *An tacitè renunciatum videatur Querelæ inoff. ſi quis præterlabi permiſerit tempus quinquennii ?*

173. *An ex tacitâ renunciatione querelæ tacita quoque Legitimæ renunciatio rectè colligatur ? conf. n. 175. ſeqq.*

174. *Legitimæ omnino renunciari poſſe.*

175. *Sed non ſufficere generalem renunciationem ſed requiri expreſſam & ſpecialem.*

176. *Etiam qui renunciat hæreditati , cum promiſſione , non amplius petendi , eum tamen non videri renunciaſſe Legitimæ.*

177. *Etiam expreſſo pacto & transactione facta renunciatio Querelæ inoff. non inducit renunciationem Legitimæ.*

178. *ſeqq. Confirmatur porro aſſertio num. 171.*

Als uns verordneten Decano und andern Doctoribus der Juriſten Facultät bey gemeiner Fürſtl. Würtembergiſchen Univerſität Tübingen occaſione deren bey Höchſt-preißlichem Kayſerlichen Reichs-Hof-Rath zwiſchen Herrn Arſenum Frantzen von Wellenſtein N. Oeſterreichiſchen Regierungs-Rath und Dero Löbl. Land-Ständen Einnehmern am einen, contra weyland Herrn Johann Melchior Kechlers von Schwandorff, hinterlaſſene Erben am andern Theil annoch in unerörterten Rechten verfangenen Teſtaments-Sach und Erb-Strittigkeit nachſtehende Quæſtiones vorgelegt worden , darüber unſere beywohnende Rechtliche Gedancken zu eröffnen , ſo haben wir nicht ermangelt , ſo bald es wegen anderer preſſanten Amts-Geſchäfften , zugeſtoſſenen Kranckheiten , und erfolgten tödtlichen höchſt-ſchmertzlichen Ableiben zweyer von unſern freundlich geliebten und höchſt-deſiderirten Collegen ſeyn können , davon nach aller Nothdurfft zu deliberiren , und unſerm beſten Wiſſen und Pflichten nach dahin geſchloſſen , wie bey einer jeden Frage abſonderlich ſoll ohnmaßgeblich und ſalvo cujuscunque alterius melius ſentientis judicio angezeiget werden.

Und zwar ſo viel

1 Primam Quæſtionem

concerniret :

Nachdem das Teſtamentum, ſo Fr. Maria Magdalena Schmidin von Wellenſtein, geborne Kechlerin von Schwandorff, im Jahr 1634. d. 11. Septembr. zu Ingolſtadt apud Acta Univerſitatis aufgerichtet , in Electoratu Bavariæ errichtet worden , woſelbſt dergleichen Teſtament in quo Parentes liberos, vel vice verſa Liberi Parentes ſilentio præterierunt vel absque ſufficienti cauſa exhæredarunt , ipſo jure nichtig und von Unkräfften iſt , ut ſonant formalia Chur-Bayeriſchen Land-Rechtens tit. 35. art. 2. Ob nicht quoad ejus validitatem vielmehr die Statuta provincialia loci , ubi conditum, als das Jus commune , (ſo ob diverſas & diſſentientes Dd. opiniones nicht wenig dubios) zu attendiren ſeyen ?

So möchte pro negativa , daß die Jura 2
loci , ubi conditum Teſtamentum quæſtionis , hier quoad ejusd. validitatem nicht zu attendiren , dieſes angeführet werden , 1. daß in Teſtaments-Sachen vor allen Dingen auf der teſtirenden Perſon erklärten Willen zu ſehen.

Illa enim in teſtamentis utramque facit paginam , hinc ſive expreſſa ſive tacita ſit , imprimis inſpicienda , illique omnino ſtrictè inhærendum , ceu quæ in ejusmodi diſpoſitionibus prædominatur & pro lege habetur , ac Regina dicitur.

l. 23. inf. C. de legat. Petr. Ant. de Petra *de fideicomm. q. 1. n. 8.* Johann. Cephal. *Conſ. 670. num. 19. ſeq.* qui concludit , quod contraveniens voluntati teſtatoris dicatur venire contra legem. Ludov. Baitell. *dec. 77. n. 9. dec. 88. n. 43. dec. 99. n. 22.*

Siehet man aber hier der Teſtirerin erklärten Willen an , ſo iſt derſelbe , daß ihr Teſtament nach der Stadt Bregentz Recht und Gebrauch ſolle gelten und æſtimiret werden.

2. Daß der in ermeldtem Teſtament prætе- 3
rirte Vater , ex cujus perſona ob illius præteritionem das Teſtament angefochten wird , ein forenſis ſey , dem ſothanes Statutum Electoratus Bavariæ nicht zu guten kommen könne. Denn gleichwie ein Forenſis ſich in condendo teſtamen-

to nicht zu bedienen hat des Rechtens, welches per statutum den Civibus gegeben ist circa testamenti factionem activam, daß sie nicht sollen so strictè an die Solennitates Jure Civili præscriptas, & in condendis testamentis ad unguem observandas gebunden seyn, sondern e. g. vor 2. 3. oder 4 Zeugen valide testiren können sollen, und nicht gleicher gestalt wie ein Civis vermög sothanen Statuti ein Testament validè coram 2. 3. vel 4. testibus errichten kan,

4 quia ipse sub statuto illo haud comprehendi intelligitur

1.) *per l. 9. C. de testament.* ubi solennitates testastamentariæ ab omnibus servandæ sunt, nisi per privilegium remissæ sint.

Cum ergo forensi nullum indultum sit privilegium, nec testamentum ejus coram minori testium numero conditum valebit.

2.) *per l. 32. ff. de jur. fisc.* ubi ad obsides, qui procul dubio pro extraneis & forensibus habendi sunt, privilegium iis, qui accepto usu togæ semper ut cives Romani egerunt, concessum haud pertinere dicitur.

3.) *arg. l. ult. C. de testam.* ubi rusticis ruri testantibus coram 5. testibus ultimum voluntatis suæ elogium condere permissum, quod tamen aliis, licet ruri existentibus, denegatur. *l. 8. §. 2. de jur. codic.*

4.) Ex hac ratione: Quia statutum Jus Civitatis proprium est, adeoque ad extraneos & forenses haud extendendum.

arg. l. fin. ff. de jurisdict.

5 Also scheinet auch einem forensi vel hæredi instituto vel exheredato aut præterito nicht zu statten kommen können das Recht, quod circa testamenti factionem passivam per statutum in favorem civium aut heredum institutorum aut exheredatorum vel præteritorum introductum est ex natura correlatorum, in quorum uno dispositum in altero quoque dispositum censetur, eorumque unum ac idem est judicium, quoad qualitates communes.

Matth. Stephani *in Dialect. Jur. lib. 2. Loc. 31.*

6 Aber dessen ungeachtet halten wir beständig dafür, daß in allweg de validitate vel invaliditate testamenti quæstionis ex Juribus Provincialibus loci, ubi conditum, zu judiciren, und selbige præ Communi Jure controverso ac ob diversas Dd. sententias dubio zu attendiren, weil

7 communis & verior sententia, quod testamentum juxta statuta loci, ubi conditum, minori quoque solennitate, quam Jus Civile requirit, confectum omnino validum sit, ubicunque, & in illo etiam territorio, ubi Jus Civile plures solennitates requirens adhucdum viget, ex evidenti ratione, quod statutum de personæ aptitudine aut habilitate nihil disponens, nec circa rem quid constituens, sed solennia in actu observanda tantùm definiens nudam dispositionem afficiat, eamque vel valere vel non valere faciat, prout solennia in actu illîc in statuentis territorio gesto aut celebrato vel observata vel non observata fuerint, non rem, quæ in dispositionem venit, aut personam disponentem tangat, ideoque haud referat, quis, civis nempe aut municeps, an forensis, & de quibus rebus, mobilibus, an immobilibus, illic vel alibi existentibus, disposuerit

arg. l. 6. de evict. l. 1. C. de emancip. liber. l. 34. de reg. jur. l. 2. C. quemadm. testam. aper. Vinn. *lib. 2. select. quæst. cap. 19.* Carpz. *p. 3. c. 6. d. ult.* Mant. *de conject. ultim. volunt. lib. 6. tit. 8. n. 14.* Gail. *2. O. 123. n. 6.*

8 Posse enim statuto aut consuetudine formam testandi à Jure Civili definitam immutari, & solennitates testamentorum diminui, taleque statutum vel consuetudinem omninò valere ac tenere, Interpretibus Juris communiter placuit.

arg. l. 9. C. de testam. Jason *in l. 1. C. de SS. Eccles. n. 33.* Dec. Felin. *in c. sicut. de probat. n. 71.* Cyn. Bart. Bald. Salicet. Fulgos. *in l. 1. C. de Summ. Trinit.* Schurff. *cent. 1. Cons. 97.* Boër. *dec. 228. n. 6.* Fr. Viv. *lib. 1. opin. 306.*

9 Quid enim prohiberet contra ea, quæ JCivili disposita sunt, statuta condi posse?

§. 11. Inst. de Jur. nat. gent. & civil.

Sic namque constat Justinianum in testamento Patris nuncupativo inter liberos confecto duos testes, & à rusticis ruri condito quinque sufficere constituisse. Sicut igitur contraria lege Imperator hoc constituit, ita etiam statuto vel consuetudine idem fieri posse, dubium non est. Nec obstat quod statutum tale occasionem delinquendi, falsitatis nempe committendæ, inducere videatur, quia non præsumendum est id statuentibus in mentem venisse, sed eos plurimum fidem & integritatem civium suorum considerasse, & præ oculis habuisse, unde cessante ratione, fraude nempe, statutum tale tanquam rationabile & juri gentium consonum omninò servandum. 10 Pariter statutum tale non solum Cives & municipes, verum etiam forenses ibidem testantes comprehendere & testamentum ab iis secundum formam ejus in loco statuti conditum ubique effectum sortiri, ac in bonis immobilibus etiam extra statuentis territorium sitis firmum ratumque esse, communiter Dd. probant.

vid. Jason. Cyn. Bart. Bald. Faber, Salicet. *in l. 1. C. de Summ. Trinit.* Pract. Papiens. *in form. libell. quo petitur hered. ex testam.* Alexand. *in l. 9. C. de testam.* Benedict. *in repet. c. Raynutius. verb. in testamentum. n. 54.* Dilect. *de art. testand. tit. 2. caut. 6.*

11 Est enim tàm à Neotericis, quàm à veteribus JCtis communiori calculo recepta, firmata ac approbata sententia, statuta permittentia id, quod secundum Juris Communis dispositionem in genere quidem permissum est, sed ratione solennitatis, de quo statuto disponitur, probibitum, extra territorium vigorem suum extendere, non quidem, ut talis actus secundum solennitatem statuti extra territorium etiam à subdito celebratus valeat, sed ad hoc ut intra territorium etiam à non subdito celebratus ubique locorum valeat, non tantum in iis bonis, quæ habuit in loco, ubi actus geritur, sed in omnibus, ubique locorum sitis.

vid. Dd. allegati, quibus add. Alber. de Rosat. Guilielm. de Cuneo. Franc. Aretin. *in d. l. 1.*

Joh.

Joh. Calder. *Conſ. 34.* Petr. Anchar. *Conſ. 37. n. 7.* Lud. Rom. *Conſ. 39.* Joh. de Amic. *Conſ. 75. n. 3.* Paul. Pariſ. *v. 1. Conſ. 12. n. 45.* Joh. Campeg. *de dote in ult. part. q. 69.* Jac. Phil. Port. *lib. 5. comm. opin. reg. 29.* ubi plures adducit. Köpen. *dec. 31.* Harpprecht *ad §. 3. 4. Inſt. de teſtam. n. 33. 34.* Ludwel. *de ult. vol. pag. 214.* Brunnem. *cent. 5. dec. 94. n. 4.* Stryck. *de Jur. Princip. extra territ. cap. 3. n. 122. ſeqq.*

12 Simile judicium ferendum eſt, ſi è converſo ſtatuto vel conſuetudine ſolennitates teſtamentorum auctæ fuerint, ut ſcil. additæ obſint iis, qui in ſtatuti vel conſuetudinis loco teſtantur easque negligunt, quamvis exteri ac forenſes ſint.

Jaſon. *in l. 1. C. de SS. Eccleſ.* Vivius *lib. 1. opin. 306.*

13 Woraus unwiderſprechlich folget, daß in dijudicatione, ob ein Teſtament, folglich auch dieſes Fr. Mariä Magdalenä Schmiedin von Wallenſtein geborner Kechlerin von Schwandorff letzter Will, kräfftig und zu recht beſtändig oder nicht ſey, forderiſt ad Jura Provincialia loci, ubi iſtud conditum, und alſo hierfalls mehr auf das Chur-Bayriſche Land-Recht zu Ingolſtadt, wo das Teſtament aufgerichtet, üblich, als auf die gemeine Käyſerliche Rechte zu ſehen, und wie man es jenem nach gültig, dieſem nach aber ungültig, für kräfftig und bündig zu halten, alſo falls es nach jenem unkräfftig und nichtig, in allweg dafür zu halten, ob es gleich dieſem nach kräfftig und beſtändig wäre.

14 Poſito nunc hoc, ſo mag anders nicht geſagt werden, dann daß das Teſtament. quæſtionis ipſo jure unkräfftig und ungültig ſey, geſtalten daß ein ſolches Teſtament in quo filius vel filia Patrem aut Matrem præteriit, (aut abſque ſufficienti cauſa exheredavit) nach den Chur-Bayriſchen Land-Rechten ipſo jure null und nich-
15 tig ſey, quicquid ſit de Jure communi (quo id admodum controverſum, aliis præteritionem parentum ac majorum per lineam paternam præſertim contingentium etiam cum adjecta cauſa, vel à filiis de caſtrenſi peculio teſtantibus, factum, teſtamentum ipſorum etiam ipſo jure nullum reddere ſtatuentibus.

ut Alexandr. *in l. nemo. C. qui teſtam. fac. poſſ.* Ripa *in l. centurio. de vulg. & pup. ſubſtit. n. 43.* Clar. *§. teſtamentum q. 48.* Graſſ. *l. 3. comm. opin. q. 23* Sichard. *ad Auth. Nam licet. n 23. & 24. & ad Auth. noviſſimi. C. de inoff. teſtam.* Aug. Beroj. *vol. 2. Conſ. 16. n. 5. ſeqq.*

16 Contrà aliis eandem non ipſo jure nullum reddere teſtamentum, ſed querelæ inofficioſi teſtamenti tantùm locum facere, cenſentibus, & exheredationem nominatim factam ad ſubſiſtentiam teſtamenti ſaltem in paterna lineâ requirentibus, quoad reliquos verò teſtatores nihil intereſſe, quocunque modo exheredatione vel præteritione deſcendentes vel aſcendentes aut collaterales excluſerint, aſſerentibus.

ut Bocer. *cl. 3. Diſp. 3. th. 53.* B. D. Lauterbach. *ad tit. ff. de liber. & poſthum. & ad Jus Prov. Würt. ad p. 3. tit. 20. th. 38.*)

Das bewehren die HErrn. JCti Ingolſtadien- 17
ſes in ihrem Reſponſo ad 2. qu. per allegatum in ipſa quæſtione textum Landrechtens tit. 35. art. 1. der zwar expreſſe de teſtamento Parentum, in quo liberi præteriti ſunt, nur redet, von ihnen aber argumento ſequentium duorum articulorum ad alterum caſum, quo Parentes à liberis in eorum teſtamento præteriti extendirt wird, weil die præteritio und exheredatio ſine juſta cauſa Jure Bavarico gleichen valors iſt, uno die eine wie die andere das Teſtament annulliret und unkräfftig machet, wie in perſona liberorum, alſo auch in perſona parentum, ut videre liceat ex caſu relato ac deciſo apud

Carpzov. *lib. 6. tit. 10. Reſp. 113. n. 1.*

worinn wir ihnen Beyfall zu geben ſo weniger 18
Bedencken tragen, als ſie der Praxeos ihres fori beſtens kündig ſeyn, und ihre Anteceſſores in eandem ſententiam auch anführen. Solchemnach kan kein ander Schluß, als vor geſetzt, formirt werden, daß nemlich dieſes Teſtamentum quæſtionis ob præteritionem Patris à filiâ ipſius factam nach Maßgab Chur-Bayriſchen Land-Rechtens, auf welches hier mehr, als auf das gemeine Käyſerlich Recht zu ſehen, ipſo jure null und nichtig ſey.

Und bringet dieſem gantz keine Hin- 19
derung dasjenige, was in contrarium angeführet worden. Denn belangend das erſte dubium, ſo iſt demſelben in unſerm vorigen Reſponſo überflüſſig begegnet, ohne Noth ſolches hier zu repetiren. Die andere dubitandi 20
ratio gründet ſich auf dem falſchen præſuppoſito, als könnte ein forenſis ſecundum conſuetudinem & ſtatutum loci, ubi commoratur, nicht teſtiren oder ein in patria ſua und anderswo gültiges Teſtament machen, deſſen contrarium wir in decidendi ratione behauptet haben und dadurch beſtärcken,

1.) Quod eo caſu quo ſtatutum de ſolennita- 21
te actus diſponit, ſemper ſolennitas ejus loci obſervanda, in quo actus celebratur.

l. 1. §. f. ff. de ventr. inſpic.

Idque non ſolum in civibus & ſubditis, ſed etiam in forenſibus obtinet, quia in his, quæ voluntariæ Jdictionis, ſtatuta ad non ſubditos & forenſes quoque pertinent.

Hartm. Piſtor. *Obſ. 25.* Vasqu. *Illuſtr. controv. C. 3. n. 13.*

Teſtamenta igitur illorum juxta conſuetudinem aut ſtatutum loci, in quo condita ritè confecta valent, & vires ſuas etiam ad bona extra territorium exiſtentia, ita, ut heres in omnibus defuncti teſtatoris bonis ubicunque ſitis ſuccedere poſſit extendunt, cum actus ſecundum conſuetudinem aut ſtatutum loci rectè & legitimè perfectus ubique vigorem ſuum obtineat. Et, ut Sixtinus ait, acta in una civitate facta ſecundum ſtatuta ejusdem vires ſuas per totum mundum extendant.

Conſ. Marp. *vol. 3. Conſ. 7. n. 67. ſeqq.* ubi ſecundum hanc ſententiam a Bononienſibus & Florentinis JCtis pronunciatum refert.

2.)

22 2.) Quod causa testati regulariter ad effectum producatur secundum leges & jus loci, ubi conditum est testamentum,

l. 9. l. fin. C. de testam. l. 8. §. 4. de jur. codicill.

sine respectu personæ testamentum condentis, ac rerum, de quibus disposuit, ubi ubi sitarum, quia alias causa testati reverteretur ad causam intestati, quippe quoad bona extra territorium testator decederet intestatus, quoad reliqua verò testatus, quod Jus civile in paganis non patitur.

l. 7. ff. de reg. jur.

23 3.) Quoniam in contractibus attenditur statutum loci, in quo contractus celebratur, haud attentis personis & rebus. Contractus quippe celebratus cum solennitate requisita in loco contractus extendit se ad omnia bona, licet in loco bonorum major requiratur solennitas.

l. 6. de evict.

Ergo merito etiam in testamentis spectatur statutum loci, in quo testamentum conditur, & juxta illud de illius validitate vel invaliditate judicatur, ac si rite juxta illius dispositionem conditum, quicquid bonorum testator ubicunque reliquerit, ceu eidem obnoxium, institutis in eo heredibus ac legatariis adjudicatur, cum bonum & validum a
24 contractibus ad ultimas voluntates ducatur argumentum.

arg. l. fin. C. de leg. Nic. Everhard. à Middelburg. *Top. legal. loc. 36. n. 1.*

25 Vermögen auch hierwider nichts die in contrarium angezogenen Leges, nimirum

L. 9. C. de testam. l. 32. de jur. fisc. arg. l. ult. C. de testam.

und dabey angeführte Ration, quod statutum sit Jus Civitatis proprium adeoque forenses non comprehendat, als worauf gantz solidè respondiret

Ludvvellus *de Ult. volunt. p. 2. pag. 215.*

uff den wir uns geliebter Kürtze halber beziehen.

26 Sublato nunc hoc præsupposito, fällt von selbst was darauf gebauet, welches ohne dem daraus nicht folgete, wann auch gleich das Præsuppositum bestünde, massen bekandt, quod à testamenti factione activa ad passivam non semper firmum ducatur argumentum, cum sint qui testamenti factionem passivam habeant, licet activa haud gaudeant v. g. filiifamil. impuberes, furiosi &c.

27 So ist uns gantz nicht wissend, daß irgendwo im Röm. Reich sollte einiger Unterschied gemacht, und diversum Jus inter subditos & forenses heredes institutos aut exheredes scriptos vel præteritos constituirt seyn, sondern haben vielmehr unsers Wissens überall im gantzen Reich die Cives und peregrini municipes & forenses gleiches Recht in Erbfällen und successionibus tàm testamentariis, quàm ab intestato quoad ipsum jus succedendi; daher hierfalls der Fr. Testirerin Vatter, & ex ipsius persona nunc ejus heredes, sich ob ipsius præteritionem sine justa causa factam des derenthalben in Chur-Bayrischen Land-Rechten verordneten Rechts-Mittels mit so gutem Fug und Recht, als wann er ein Chur-Bayrischer Unterthan gewesen, bedienen mögen.

In der Andern Quæstion wird gefraget: 28

Weil zerschiedene vornehme Juris interpretes dafür halten, quod testamentum ratione præteritionis nullum aut ex causa exheredationis inofficiosum per adjectam clausulam codicillarem sustineatur in vim fideicommissi; Ob auf diesen ungestandenen Fall hin der Hr. Kläger, welcher besag des bey höchst-preißlichem Käyserl. Reichs-Hofrath übergebenen Klag-Libells, auch seiner selbst eignen Geständniß nach ex testamento quæstionis (cui in fine adjecta est clausula Codicillaris, besag Abschrifft Lit. C.) tanquam ex testamento perfecto & valido hereditatem defunctæ begehrt, nach der ex parte der Beklagten gerichtlich producirten Exception-Schrifft variren, und in denen seiner seits übergebenen Replicis & Triplicis, wie auch auf disseitige Interventions-Schrifften eingegebene Exception und Duplic. Schrifft den Regress und Recurs ad clausulam codicillarem s. fideicommissi persecutionem Rechts befugter Weis nehmen können?

Da wir vorgängig erinnern müssen, daß ob- 29
wohl viel tapffere JCti der Meynung seyn,

quod clausula Codicillaris in testamento ex causa præteritionis aut exheredationis nullo vel everso apposita operetur, ut Filius aut Pater præteritus ab intestato succedens gravatus censeatur hereditatem scriptis heredibus jure fideicommissi restituere, hinc, detractâ quartâ, institutis in testamento quæcunque eis directò relicta sunt, quoniam eo jure valere nequeant, per fideicommissum tamen nihilominus restituere cogatur, sicque clausula ista testamento inserta idipsum in vim fideicommissi sustineat, faciatque, ut quod recto jure valere nequit, jure fideicommissi valeat, veluti ita sentiunt

Jason Paul de Castro *in Auth. ex causa C. de lib. præterit.* Dec. *Cons. 228. & 490. n. 10.* Joh. Dilect. *de art. testand. tit. 3. caut. 1. n. 4.* Bursat. *lib. 1. Cons. 94. n. 4.* Alexand. *lib. 1. Cons. 26.* ubi de communi, *Cons. 37.* ubi de magis communi testatur. Bartol. *vol. 2. Cons. 139.* Clar. *§. testamentum q. 46.* Honded. *vol. 1. Resp. 74. n. 21.* Aug. Beroj. *vol. 2. Cons. 10. n. 8. Cons. 16. n. 18. seq.* Sixtin. *v. 2. Cons. Marp. 19. n. 54. & Cons. 63.* Gail. 2. *O. 114. n. 2.* Sand. *lib. 4. tit. 2. d. 2.* Richter.

dec.

dec. 40. n. 29. ſeq. & dec. 41. n. 44. Zepper. *de clauſ. codicill. c. 4. n. 19. ſeqq.* C. J. A. *lib. 29. tit. 7. th. 20.* Stryck. *de clauſ. codicill. n. 79. ſeqq.*

30 Wir doch ſolche Meynung in Rechten gegründet zu ſeyn keinesweges erachten können, ſondern vielmehr beſtändig dafür halten, daß hoc caſu ermeldte Clauſula nichts operire, ſondern das Teſtament in ſich null und nichtig bleibe,

Ut etiam cenſet Gloſſa *in Auth. ex cauſa C. de liber. præter.* cujus opinionem ſuo tempore communem fuiſſe teſtatur Signorol. *Conſ. 171.* relatus a Claro *§. teſtamentum. qu. 46. n. 1.* quam & probant Fachin. *lib. 4. Cap. 11.* Hunn. *ad Treutler. p. 1. D. 13. th. 10. in f.* Harpprecht. *ad §. 1. Inſt. de Codicill. n. 23. ſeqq.* Gerhard. *de Jur. teſtam. Rom. Diſp. 9. th. 4.* Mantz. *de teſtam. valid. & invalido tit. 8. qu. 2. n. 294.* Carpzov. *p. 3. c. 9. d. 12.* Brunnem. *ad l. 13. ff. de inoff. teſt. n. 2. 5.* ubi teſtatur ita Facultatem Juridicam Francofurtenſem reſpondiſſe, & hanc ſententiam æquiorem eſſe, quam & veriorem dicit Barry *de ſucceſſ. lib. 10. tit. 16. n. 10.* ac communiorem eandem eſſe tradit Hier. de Cœvallos *ſpec. commun. opin. contra comm. qu. 186.* Ludvvell. *de ult. volunt. p. 417.* B. Dn. Collega D. Bardili *Ex. 7. concl. 22.*

31 Tum *per l. 13. in fin. de inoff. teſt. l. 36. de leg. 3.* quæ licet de querela inofficioſi teſtamenti expreſsè loquantur, ad præteritionem tamen paternam non malè ratio earum porrigitur, cum æque Pater liberos, aut liberi parentem ſine cauſa prætereundo, quam exheredando contra pietatis officium feciſſe, adeoque non ſanæ mentis fuiſſe intelligantur.

arg. pr. Inſt. de inoff. teſtam. l. 2. ff. eod.

Si igitur ideo non valet inſtitutio directa, quia à demente præſumitur eſſe facta, nec fideicommiſſaria valebit, nam ubi eadem ratio, ibi & idem jus obtineat neceſſum eſt. Deinde haud debet, quod una via prohibitum eſt, alia induci aut admitti ſub aliquo colore, ne legi fraus fiat.

l. 11. C. de hered. inſtit. l. 21. §. 1. de tut. dat. c. cum quod una. de Reg. jur. l. 3. §. 3. ff. ad SCt. Mac.

Cum igitur non liceat directò patri filium vel filiam, aut contra liberis patrem, præterire, nec obliquè licebit, quia res eodem recidit.

arg. d. l. 36.

32 Tùm ex eò, quod admiſſa contraria ſententia legis diſpoſitio de teſtamento ob præteritionem vel exheredationem injuſtam nullo quodammodo eluderetur, omnisque honor liberis & parentibus ex honorabili inſtitutionis titulo debitus tolleretur, ſi collapſo vel everſo teſtamento nihilominus hereditatem ſcriptis heredibus reſtituere cogerentur. Nec injuria per præteritionem aut exheredationem injuſtam liberis vel parentibus illata per clauſulam codicillarem tolli poſſe videtur, adeoque durante eâ & diſpoſitionem legis teſtamentum annullantis durare omnino æquum eſt, nec concedendum, in præjudicium liberorum & parentum, ut teſtamentum, quod vel quoad inſtitutionem collapſum eſt, aut corruit, in fideicommiſſum convertatur, ne alias quod directo negatum eſt per indirectum concedatur.

Tùm denique haud parum huc facere videtur 33
quod de ſumma inſtituendorum, vel in legitima, liberorum ac parentum neceſſitate cautum reperitur.

in Nov. 115. c. 3. 4. ubi præciſe honorabilis inſtitutionis titulus requiritur.

Et quamvis in ſucceſſione ab inteſtato de inſtitutione heredis nulla poſſit eſſe quæſtio, tamen hîc non de nudâ inteſtati cauſa ſermo eſt, ſed ubi teſtamentum factum, & quidem in fraudem & injuriam liberorum vel parentum præteritorum, quæ injuria ipſis illata merito hanc habet pœnam, ut inſtitutio injurioſa ob liberorum vel parentum præteritionem, in totum annulletur & corruat, nec in fideicommiſſum converti poſſit. Quæ in contrarium pro priori ſententia adducuntur à ſubſcribentibus eidem, paſſim ab his quos pro noſtra adduximus diluuntur, ad quos proinde remiſiſſe ſufficiat.

Und da Auguſtiſſimum Judicium Imperatoris 34
Sacratiſſimi Aulicum dieſer unſerer in Rechten beſtens gegründeten Meynung beypflichtete, würde es dieſe andere Quæſtion zu erörtern nicht nöthig ſeyn, weil es aber dahin ſtehet welche ſententiam höchſtgedachtes höchſtpreißliches Judicium amplectiren werde, ſo wollen wir unſere unvorgreifliche Gedancken dem Verlangen nach über obſtehende andere Frage kürtzlich eröffnen, welche dann, inſpectâ Juris veritate, innegativam gehen.

Ob textum expreſſum & notabilem *in l. fin. C.* 35
de Codicill. quæ ut Sichardus ſcribit, Bartoli, Baldi & fere omnium Dd. judicio quotidiana eſt, utilisque habens materiam ſingularem nullibi in toto Jure alias tractatam. Imper. Theodoſius enim ibidem valdè notanter ita ſancivit. „ Si quis agere ex teſtamento quo-„ libet modo, ſive ſcripto ſive ſine ſcriptura„ confecto de hereditate voluerit, ad fideicom-„ miſſi perſecutionem aſpirare cupiens minime„ permittatur. Tantum enim abeſt, ut aditum„ cuiquam pro ſuo migrandi deſiderio conce-„ damus: ut etiam illud ſanciamus, ſi teſtator fa-„ ciens teſtamentum in eodem pro codicillis„ etiam id valere complexus ſit, qui heredita-„ tem petit ab ipſis intentionis exordiis, utrum„ velit eligendi habeat poteſtatem, ſciens ſe„ unius electione alterius ſibi aditum præclu-„ ſiſſe, ita, ut ſive bonorum poſſeſſionem ſe-„ cundum tabulas, ſive ſecundum nuncupatio-„ nem, cæterasque ſimiles poſtulaverit, aut„ certe mitti ſe in poſſeſſionem ex morte petie-„ rit, ſtatim inter ipſa hujus Juris auſpicia„ propoſitum ſuæ intentionis explanet.„

Ex quibus verbis patet, quod nemo, vel ſimul 36
eodem tempore, vel ſucceſſive, ex eâdem diſpoſitione contrariis vel diverſis juris remediis & actionibus uti queat, ita, ut ſemel agat tanquam

heres directus hereditatis petitione, & deinde ut fideicommissarius extraordinariâ persecutione juxta *l. 178. §. 2. ff. de verb. signif.* sed unius electione semel factâ sibi viam ad aliam præcludat, & licet in prius motâ succumbat, nunquam tamen ipsi detur regressus ad alteram.

37 Cujus juris hæ communiter à Dd. redduntur rationes: Primò quia electione unius ex contrariis viis inducitur renunciatio alterius

c. ut quis. duas. 25. n. de Elect. in 6. l. 1. C. de furt. l. 30. de minor. cum simil.

38 Secundò quia per electionem viæ testati directæ, licet inutilis, ob parentum vel liberorum præteritionem, ab intestato venientibus, ob renunciationem viæ codicillari indirectæ eo ipso factam jus quæsitum intelligitur, in eorum igitur præjudicium actori non licere debet à dicta via recedere ad aliam redeundo, ut sic in ipsius potestate sit jus aliis jam quæsitum tollere.

l. ult. ff. de pact. l. 8. §. fin. ff. de novat.

39 Quemadmodum id quoque in genere obtinet, ita in omnibus actionibus elective concurrentibus, ut nempe, earum unâ in judicium deductâ & lite super ea contestatâ, altera statim consumatur, nec ad eam amplius unquam detur regressus.

l. 5. in f. de fidejuss. l. ult. §. 1. C. de furt. l. 9. §. 1. de tribut. act. l. 38. §. 1. l. 50. pro soc. l. 28. §. 4. de jurej. l. 21. §. ult. ff. quod met. causa. Struv. *Ex. 46. th. 90. 93.* Bocer. *cl. 6. Disp. 11. th. 23.*

40 Unde ex allegata nostra *l. fin. C. de Codicill. j. l. 9. §. 1. de tribut. act. l. 43. §. 1. de Reg. jur.* theoricam generalem constituunt: Quod quando alicui duæ diversæ & repugnantes actiones competant, eas haud possit simul intentare, sed unam eligere teneatur, qua electa si succumbat, suo judicio ceciderit & nunquam ad alteram redire valeat. In quo deterior est conditio actoris, quam rei, qui non prohibetur diversis, & contrariis quoque, uti exceptionibus ad elidendam actoris intentionem & motam adversus se actionem, si exceperis casus, in quibus mendacium punitur.

l. 5. l. 8. ff. de except. c. 4. eod. Brunnemann *ad l. 9. ff. de except.*

41 Et quamvis isti asserto nostro ex citata *l. fin. C. de codicill.* valde repugnare videatur, quod respondet JCtus in

l. 1. §. 4. ff. quod legat.

„Quia autem nonnunquam incertum est, utrum quis pro legato, an pro herede, vel pro possessore possideat: bellissime Arrianus scribit, hereditatis petitionem instituendam, & hoc interdictum reddendum, ut sive quis pro herede sivè pro possessore, sive pro legato possideat, hoc interdicto teneatur, quemadmodum solemus facere, quoties incertum est, quæ potius actio teneat, nam duas dictamus protestati, ex altera nos velle consequi, quod nos contingit.„

42 Ubi acturus heres dum videt bona à defuncto relicta apud aliquem esse, nescit autem, an illa possideat ut heres, vel ut legatarius, vel quo alio titulo, admittitur diversas in eodem libello proponens actiones.

Attamen facilis est responsio, nimirum con- 43
tingit, ut quandoque propter factum adversarii incerti simus, an hac vel illa actione experiri debeamus, & tunc propter illam incertitudinem ex facto rei provenientem admittitur, ut diversas actiones alternativè eodem libello proponamus, de quali casu accipienda *d. l. 1. §. 4. quod legat.* A quo multùm diversus est casus hic no- 44
ster, & qui in alleg. *l. fin. C. de Codicill.* habetur, hîc enim actor testamentum præ oculis habuit, ex cujus inspectione videre potuit, an observata forma in testamentis condendis à Jure præscripta, nec ne, an Parens testatricis, quem tempore conditi testamenti adhuc in vivis extitisse novit, præteritus vel saltem in legitima institutus aut justa ex causa exheredatus, imò ex Actis jam olim coram Regimine Oenipontano ventilatis, quæ in manibus habuit, scire omnino potuit, Testamentum jam tum ibi ex eo capite impugnatum, quod testatrix Patrem sine ulla justa causa præteriisset, adeoque bene sibi prospicere & judicare potuit utilius sibi fore vi clausulæ Codicillaris adjectæ extraordinariam persecutionem movere & hereditatem jure fideicommissi petere, quàm ex testamento sub nomine heredis jure directo hereditatis petitione agere, ac hinc statim initio litis hujus in Augustissimo Judicio Aulico motæ constituere valuit, velletne bona uxoris defunctæ ex testamento ut heres directus, an ut fideicommissarius & tanquam ex Codicillis petere, sicut alias quemque succedere alicui volentem leges nostræ de Jure suo certum esse desiderant

l. 34. pr. de acquir. hered.

Quia autem via ista utiliori posthabita ex te- 45
stamento ut heres directus experiri & adversus reos Petitione hereditatis civili agere cœpit, & super illa actione mox lis contestata, nullo modo ei concedenda licentia in reorum præjudicium sententiam mutandi, & ad alteram contrariam actionem, per hereditatis petitionis electionem, secutamque desuper litis contestationem, aliàs jam tum consumptam, confugiendi, contra claram dispositionem citatæ *l. ult. de Codicill.*

Quæ procedit, sive copulativè, sive disjuncti- 46
vè aut conditionaliter, sive planè non adjecta sit à testatore clausula Codicillaris in ultima sua voluntate. Nam quamvis videri posset, clausulâ 47
Codicillari copulativè adjectâ, eum, qui egit ex testamento ut heres directus & succubuit, omninò deinde ut fideicommissarium agentem audiendam, quia testator voluit utroque modo dispositionem suam valere propter usurpatam copulam *Et*, quæ ejus est naturæ, ut utramque partem requirat esse veram.

l. 5. ff. de condit. instit.

Attamen contrarium respondit & sancivit Imperator

in d. l. fin: ibi: si testator faciens testamentum in eodem pro Codicillis etiam id valere complexus sit.

Scil.

48 ſcil. quod agens ex una cauſa poſtea non agere ex alia quaſi priori contraria valeat. Equidem videri poterat, ob contrarietatem nullam penitus iſto caſu de jure competere actionem, quia dum teſtator dicit, ſe velle diſpoſitionem ſuam tenere ut teſtamentum, & ut Codicillos, hæc contraria ſunt, inter teſtamentum enim & Codicillos maxima eſt differentia

l. 7. C. de Codicill.

Quando autem in una eademque diſpoſitione adeſt contrarietas vel repugnantia, tunc penitus non valet, quod diſponitur

l. 188. de reg. jur.

49 Aſt nullo negotio difficultas hæc ſuperabitur, ſi dicamus, verum eſſe, haud valere quod agitur, ubicunque repugnantia vel contrarietas circa idem factum reperitur; Licet vero inſtes, videri utique hic adeſſe contrarietatem circa idem factum ob copulam *Et*, dum teſtator diſpoſitionem ſuam vult ut teſtamentum & ut codicillos valere; In promptu tamen & ad hoc eſt re-
50 ſponſio, videlicet Copulativam *Et* vel *Etiam* hic pro disjunctiva à teſtatore uſurpatam intelligi, prout hoc frequentiſſime fit in Jure, ac proinde in disjunctivam *Vel* reſolvendam eſſe. Quotiescunque enim Copula inter diverſa, quæ non poſſunt ſimul ſtare, poſita reperitur, toties, ut actus valeat, reſolvitur in disjunctivam, & per *vel* explicatur

l. 53. de verb. ſignif. l. 10. ff. de uſu & uſufruct. legat. Strauch. *Lex. Part. Jur. voc. Et. num. 18.* ibique magno numero allegati. Sichard. *ad l. fin. pr. C. de codicill. num. 5. 6. 14. ſub fin.*

51 2.) Procedit *legis hujus fin. C. de Codic.* diſpoſitio ſive lata ſit ſententia in prius mota actione, & actor ſuccubuerit, ſive non; (quia in caſu *d. l. ult.* ex teſtamento agenti ſi ſuccubuerit, propterea, quod teſtamentum ut ſolenne haud ſubſtiterit, ideoque ad aliam actionem convolare & ob adjectam clauſulam Codicillarem jam tanquam fideicommiſſarius ex codicillis defuncti bona petere voluerit, non opponitur exceptio rei judicatæ, ſed dicitur eum propter contrarietatem actionum non eſſe iterato admittendum, ut ex eodem teſtamento, ex quo ante ut heres directus hereditatis petitione egit, nunc ut fideicommiſſarius extraordinaria perſecutione experiatur. Et ideo Gloſſa hic recte ait, illum iterato agentem propterea repelli, quia primo elegerit unam viam ex contrariis, electione autem unius ex contrariis
52 tollatur alterum.). modo tamen lis à reo ſuper prius mota actione conteſtata, nam ante litem conteſtatam, actor conſilium mutare, libellum ſemel porrectum abolere & novum proponere poteſt

arg. §. 34. Inſt. de act. l. 4. §. f. de nox. act. l. 3. C. de edend. B. D. Lauterb. *ad tit. de edend. §. 18.* ibique alleg. Carpzovius & Gailius. Diſſentit Boer. *dec. 33. num. 14. ſeq.* qui nec ante litem conteſtatam mutationem ſive variationem admittit poſt Baldum, Alexandr. Corneum, Jaſonem &c. *per d. l. fin.* ibi: *ab ipſis intentionis exordiis.*

Poſtquam autem lis eſt conteſtata, variare amplius & ad alteram actionem redire nequit, quia per Litis conteſtationem inter partes quodammodo contrahitur, & ſic alicui jus quoddam acquiritur, quod invito auferri nec poteſt nec debet. 53

l. 75. de reg. jur. c. mutare. eod. in 6.

3.) Porro diſpoſitioni *d. l. ult. C. de codicill.* locus eſt, ſive actor ſciverit vel ſcire debuerit (cum hæc paria cenſeantur) eam viam, quam elegit, eſſe inutilem, ſive errore ductus hoc ignoraverit, ut primum probatur 54

l. poſtquam. 43. & l. legitimam. 8. ff. de hered. petit.

Secundum autem probatur ex doctrina 55

Bartoli *in l. Claudius 97. ff. de acq. hered.*

dicentis, quod licet juris error proſit, quando quis eligit unam ex duabus viis, licet inutilem, ortum habentibus ex duabus ſcripturis, ut

in l. 19. l. 12. §. 2. de inoff. teſtam. d. l. 8. de hered. petit. d. l. 97. de acquir. hered.

Attamen nunquam dictus error proſit, 56 ſi cadat circa electionem unius ex duabus viis, ex eadem ſcriptura deſcendentibus

per l. ult. C. de codicill.

in tantum, ut nec excipi tunc debeant, ve- 57 luti in terminis reſpondit

Lud. Romanus *Cons. 125.*

mulieres in jure errantes, quibus alias juris error propter ſexus infirmitatem nonnunquam prodeſſe ſolet.

l. 1. §. 1. de Jur. & fact. ignor.

Nam in lucris captandis nec ipſis etiam 58 mulieribus error juris prodeſſe debet

l. error. 8. de jur. & fact. ignor. l. quamvis. 11. C. eod.

Nec in damnis vitandis idem iisdem prodeſſe ſolet, niſi ſpecialiter id ipſum reperiatur expreſſum

l. 1. de jur. & fact. ignor. Alexand. *lib. 1. Cons.*

Cons. 42. & lib. 2. Cons. 14. num. 1. Cons. 119. n. 35. lib. 5. Cons. 75. num. 10. Tiraquell. *de utroque retract. tit. 2. §. 4. gl. 7. n. 13.*

59 Haud ergo proderit mulieribus error juris in casu l. ult. C. de Codicill. quia damnum, quod isto casu sentiunt, à lucro originem trahit, nullo ergo modo tali damno vitando juris ignorantia prodesse debet.

l. 38. de acq. hered. ibi gloss.

maxime cum in his, quæ ad Juris rigorem conservandam inducta sunt, ut in casu *d. l. fin.* juris ignorantia non prodest etiam in damnis vitandis

juxta gloss. *in c. 1. dist. 38. l. 4. de jur. & fact. ignor.*

60 Præsupponitur autem hereditatem, in cujus amissione damnum ob viæ inutilis electionem sentiunt mulieres, de quibus nobis sermo est, non sit ipsis debita, ut vult textus *d. l. fin. §. 2. C. de codic.* h. e. non sint defuncti testatoris mater, avia &c. Nam excipiuntur in *d. l. fin. §. 2.* a regula in principio constituta, quod nemo possit etiam diversis temporibus & successive ex eodem testamento intentare contrarias actiones, ascendentes & descendentes, agnati ad quartum, cognati ad tertium gradum usque, quibus hoc conceditur privilegium, ut circa petendam hereditatem descendentium vel ascendentium etiam post sententiam in una actione latam adhucdum variare, & succumbentes v. g. in electa via directa ad contrariam Codicillarem redire, atque hereditatem, quam jure directo veluti ex testamento ante petierunt, ex postfacto jure fideicommissi vi clausulæ Codicillaris adjectæ, ex eadem scriptura petere possint, etiamsi deliberato & ex certa scientia priorem viam elegerint. Cujus
61 ratio est, quia, ut textus dicit, non est par eademque ratio eorum, qui amittunt lucrum & qui amittunt debitum, hoc est: aliud est servandum in his personis, quibus non debetur alicujus hereditas, & sic si aliquid capiunt, capiunt tanquam lucrum, & iis personis, quibus debetur illa hereditas, i. e. nisi fierent heredes dicerentur damnum, i. e. diminutionem sui patrimonii accipere.

d. l. fin. §. 2. C. de Codicill. ibi Sichard. & Dd. commun. Boer. *dec. 33. n. 17. 19.* B. Dn. Collega D. Fromman. *Disp. de Jure variandi sect. 1. c. 1. membr. 1. n. 5. 6. 7.*

62 Quæ Exceptio ascendentium & descendentium à dicto jure *in l. fin. pr. C. de Codicill.* constituto specialiter ab ipsa lege *in §. 2.* facta in cæteris omnibus haud exceptis personis generalem regulam in contrarium firmat

arg. l. 12. §. 43. ff. de fund. instruct. l. 18. de testib. Glossa *in rubr. de reg. jur. in 6.* ibi Dynus. Dec. *n. 20.* Cagnol. *n. 31. 34. in l. 1. ff. de reg. jur.*

quia qui quædam eximit, de cæteris accuratius cogitasse, atque sub regula generali comprehendere voluisse videtur.

l. 4. §. ult. de pen. legat. l. 12. ff. de judic.

Cui regulæ eousque omnino inhærendum, donec exceptio liquido probetur, quoniam qui regulam h. e. legem ac constitutionem quandam pro se habet, fundatam intentionem habere dicitur juxta communem Dd. theoricam.

Aus welchen bisher deducirten Rechten 63
nunmehro von selbsten fliesset, daß ob man gleich ungestandenen Falls setzet, daß die clausula codicillaris das Testamentum ratione præteritionis nullum, aut ex causa exheredationis inofficiosum in vim fideicommissi sustenire, doch Herr Kläger, weil er besag des bey Höchstpreißlichem Käyserlich. Reichs-Hoff-Rath eingegebenen Libells, und eigner Geständnis nach, ex testamento quæstionis tanquam ex testamento perfecto & valido hereditatem defunctæ uxoris, ut heres directus petirt, nach der ex parte der Beklagten Gerichtlich producirten Exceptions-Schrifft durchaus nicht variren, und in denen seiner Seits übergebenen Replicis & Triplicis, wie auch auf diesseitige Interventions-Schrifften eingegebene Exception und Duplic-Schrifft keinesweges den Regress und Recurs vi adjectæ clausulæ Codicillaris ad fideicommissi persecutionem nehmen können, also damit schlechter Dingen hinzuweisen, und allein in prius mota actione, directa nempe hereditatis petitione, sine ulla reflectione, ad lite super illa jam contestata, motam extraordinariam persecutionem, ad defunctæ uxoris hereditatem fideicommissi jure consequendam, facienda zu sententioniren. Und ist ex deductis nun gar leicht auf alle des Hrn. Klägers eingewandte Exceptiones zu antworten.

Dann wann er 1.) in seinen Duplicis §. und 64
obwohlen ꝛc. einwendet, daß obwohl man seiner Seits nicht in Abred sein könne, daß der dem Testamento qu. angehengten clausulæ codicillaris, ejusque effectus & resultantis inde actionis, vel potius extraordinariæ persecutionis ad hereditatem jure fideicommissi consequendam nicht gedacht worden seye, so sey jedoch solches dazumahlen der Ursach nicht nöthig gewesen, alldieweilen man noch nicht gewußt, ob von den Primordial - Beklagten das Testamentum ex capite præteritionis würde impugniret werden; So ist dieses von gar schlechter Würckung und thut zu Justificirung seiner Sach weniger denn nichts. Gestalten 1.) Herr Kläger ja das Testamentum

65 tum in Händen gehabt, und daraus erſehen können, daß die Teſtirerin, ohn einig gehabte rechtmäßige Urſach, ihren leiblichen Vatter præteriret und nec in legitima inſtituiret, ihm alſo die Rechnung wohl machen können und ſollen, daß deswegen das Teſtament nicht würde unangefochten bleiben, ſondern deſſen Annullir- oder Reſcindirung geſuchet werden. Ja es hat 2.) Herr Kläger aus denen vor Hoch-Löblicher Regierung zu Inſpruck ſchon vormals in eben dieſer Sache ausgeübten Proceſs-Actis ja wohl gewußt oder doch wiſſen können, daß der von ſeinem ſeeligen Herrn Vattern daſelbſt actionirte Herr Hannß Melchior Kechler von Schwandorff ſich hauptſächlich auf die Exceptionem nullitatis teſtamenti ex cauſa præteritionis, jedoch ſalva exceptione fori declinatoria, bezogen, welchen veſtigiis auch deſſen hinterlaſſener Sohn Herr Johann Frantz Kechler, der beklagten Pupillen Vatter ſeel. kräfftiglich inſiſtirt, allermaſſen aus einer bey den am Höchſt-Preyßlichen Käyſerlich Reichs-Hoff-Rath verübten Actis befindlichen Beylag, (ſo eine bey höchſtgedachter Oeſterreichiſchen Regierung eingegebene Kechleriſche Exception-Schrifft iſt) mit mehrerm zu erſehen. Daher nicht anders kan geſchloſſen werden, denn daß die unterlaſſene Exprimirung clauſulæ codicillaris, ejusque vis & effectus, ac omiſſa intentatio extraordinariæ perſecutionis, ac loco ejus facta electio actionis directæ magis ex Juris, quam facti ignorantia geſchehen, weswegen ſich Herr Kläger poſt litem ſuper electa & inſtituta prius directa hereditatis petitione conteſtatam des Juris variandi nullo modo bedienen kan.

66 Von gleicher Würde und Würckung iſt der ander Einwurff des Herrn Klägers, da er opponiret, quod *l. fin. C. de Codicill.* loquatur per vocem *Etiam* de caſu, quo clauſula codicillaris copulative adjecta fuit in Teſtamento, & non disjunctive, aut ſub conditione: Si non valet jure teſtamenti, valeat jure codicillorum; Quando vero illa hoc modo, disjunctive nempe aut conditionaliter, à teſtatore expreſſa & teſtamento inſerta, uti hic in teſtamento qu. tunc utique actor, qui viam incompetentem elegit, variare & ad viam competentem liberè adhuc redire queat, non quidem ipſo jure, ſed tamen ope reſtitutionis in integrum, ex cauſa juſti erroris, juxta doctrinam & ſententiam

Bartoli *ad d. l. fin. C. de codicill. arg. l. mater. ff. de inoff. teſtam.*

Quin nec opus etiam eſſe reſtitutione in integrum, ſi probabilis error facti fuerit, ſed illam tantum requiri, ubi ex errore juris via incompetens electa, docent.

Bald. Jaſon. & Angel. *in d. l. fin.*

Geſtalten die ex Bartolo angeführte und caſui huic applicirte diſtinction inter clauſulam Codicillarem conjunctivè & disjunctive aut conditionaliter adjectam durchaus weder *in d. l. fin. C. de Codic.* noch ſonſt in ulla alia lege fundirt, ſondern es gehet die Diſpoſition *d. l. fin.* ohn Unterſcheid an, es ſey die clauſula Codicillaris copulative oder disjunctive von dem teſtatore in ſeinem letzten Willen exprimirt und angehengt, 67

Nam clauſula iſta Codicillaris non operatur, ut voluntas teſtatoris ex parte tanquam teſtamentum, ex parte vero jure Codicillorum ſubſiſtat, quia res eadem diverſo jure haud cenſenda 78

l. 23. ff. de uſucap.

nec quis pro parte teſtatus, pro parte vero inteſtatus decedere poteſt, juxta notiſſimam Juris regulam

in l. 7. de reg. jur.

contra quam omnino diſponentem, qui teſtamento ſuo clauſulam codicillarem adjecit, partim teſtatum, partim inteſtatum deceſſiſſe dicendum foret, ſi voluntatem ejus teſtamento declaratam partim jure teſtamenti, partim jure codicillorum valere ſtatueretur; Sed facit clauſula iſta Codicillaris diſpoſitionem uno ſaltem jure valere, adeoque ſi ſubſiſtere poteſt jure teſtamenti, minimè valebit jure codicillorum, ne tum quidem, ubi teſtator dixit: Velle ſe diſpoſitionem ſuam valere jure teſtamenti & Codicillorum, ut ſtatuit 79

ipſe Bartol. *in l. fin. C. de codic. n. 2. 4. it. in l. 1. n. 2. q. 2. ff. eod.* dicens, quod illis in terminis clauſula Cod. ſubſiſtere non poſſit, quia repugnantia inducatur, & utroque jure ſimultaneè diſpoſitio valere nequeat.

Si autem ut teſtamentum ſubſiſtere nequit, tum vigore adjectæ clauſulæ in vim codicillorum ſubſiſtit & conſervatur, quia in hos tùm virtus teſtamenti, mediante illa, transfunditur & convertitur 80

l. 29. C. de fideicomm. l. 24. §. 11. ff. de fideicomm. libert.

Hinc in favorem ultimarum voluntatum inductum, ut iſto caſu copulativa oratio à teſtatore uſurpata in disjunctivam reſolvatur, perindeque habeatur, ac ſi dictum fuiſſet: Si non valet jure teſtamenti, valeat jure codicillorum 81

arg. l. 20. de uſufr. legat.

cum, quod quando copula *Et* ponitur inter incompatibilia, ita procedatur, ut in disjunctivam eadem reſolvatur.

Bald. *ad d. l. fin. C. de codic. vers. nunc aliqua de clauſula &c.* Joh. Faber *ibid.*

Habet ergo locum hæc lex. Fab. Turret. *de claus. Codicill. ejusque effect. q. 12. effect. 9.*

82 Tum quod testator non simpliciter voluisse intelligatur testamentum Jure Codicillorum valere, sed sub conditione, casu nimirum quo non valeat, nec valere possit jure testamenti, eveniente, proinde virtus adjectæ clausulæ codicillaris sese exerit, ex ejus mente & voluntate, conditione existente, ea vero deficiente cessat.

Joh. Petr. Surd. *Cons. 232. num. 38.* Auguſt. Beroj. *vol. 2. Cons. 17. num. 26.* Corn. *vol. 2. Cons. 18.*

83 Licet igitur *in d. l. fin. C. de Codicill.* sæpe dicta clausula Codicillaris juxta externum verborum corticem conjunctivè per verbum *Etiam* apposita fuerit, inspecta tamen mente testatoris disjunctive seu sub conditione si voluntas non valeat, jure testamenti appositam fuisse censeri debet, cum impossibile sit, ut eadem ultima voluntas simul ut testamentum sive directa heredis institutio & ut codicilli sive fideicommissum subsistere possit, notumque sit, quod clausula codicillaris à testatore ea mente testamento adjiciatur, ut si conditio, quam ille respexit, eveniat, ut testamentum non subsistat, clausula codicillaris ejus defectibus succurrat & quocunque meliori modo voluntatem ejus sustineat, quando itaque testamentum valet, deficit utique conditio sub qua clausula codicill. adjecta, consequenter nihil operari potest

post alios Zepper. *de claus. codicill. cap. 4. num. 13. 14.*

84 Ne tandem quicquam de eo dicamus, quod Testatrix uti in ipso testamento quæst. particula disjunctiva, ita in sua d. 11. Sept. 1634. coram Rectore Magnifico facta contestatione particula conjunctiva usa sit, dum publice contestata: Daß in solchem Zettul, so sie in Handen gehalten, ihr endlicher letzter Will, Meynung NB. und Codicill begriffen sey:

85 So kan sich auch Herr Kläger keiner Restitution ex causa justi erroris getrösten, dann ist es ex errore juris geschehen, daß er jure testamenti ut heres directus in seinem eingegebenen Libell die Erbschafft petirt mit gäntzlicher Hindansetzung viæ alterius contrariæ hereditatem vi clausulæ codicillaris jure fideicommissi petendi,

quia credidit testamentum quæstionis esse validum non obstante præteritione patris, & sic clausulam codicillarem frustraneam & inutilem esse, aut effectu suo destitui, vel quia sibi persuasum habuit, se per electionem actionis directæ sibi regressum ad actionem utilem non præclusisse,

kan ihm solcher error nicht zu guten kommen, sondern ist inexcusabel

per l. 8. l. 2. Cap. de jur. & fact. ignor.

zumal weil er als ein Nieder-Oesterreichischer Regierungs-Rath und Juris Peritus 86
wissen sollen, daß dergleichen Testament juxta communiorem ubique fere locorum receptam, præprimis autem in Electoratu Bavariæ, ubi testamentum conditum, peculiari statuto firmatam opinionem ipso jure null und nichtig, folglich wo nicht höchstnöthig, doch wenigstens sehr nützlich und sicherer sey, seinen Recurs gleich anfangs ad clausulam Codicillarem zu nehmen, und petitionem libelli wenigstens alternative dahin einzurichten: peto hereditatem defunctæ ex testamento si valeat, vel si non valeat, ex clausula codicillari, jure fideicommissi.

Ist es aber ex errore facti geschehen, daß 87
Herr Kläger hereditatis petitionem directam intendirt, und sich in seinem Libell mit keinem Wort auf die clausulam Codicillarem und daraus resultirende Extraordinar-Persecution ad petendum fideicommissum universale bezogen, so ist entweder solcher Error facti darinn bestanden, quod nesciverit clausulam codicillarem in testamento quæstionis adjectam fuisse, und das wäre eine crassa & supina ignorantia, quæ ad instar ignorantiæ juris prodesse non possit nec deberet/

Boer *dec. 33. n. 13. 14.*

oder ist darinn bestanden, quod nesciverit 88
Patrem in testamento filiæ præteritum ipsi supervixisse, und dieser Error kan gleichfalls nicht vorgeschützet werden, indem Herr Kläger aus denen coram Regimine Oenipontano ventilirten Actis gesehen, oder doch sehen können, daß Rei sich in dieser Exception principaliter fundirt, daß die Testirerin ihren noch lebenden Vatter ohn Ursach præterirt und dahero das Testament null und nichtig. Weil nun Herr Kläger dessen allem un- 89
geacht nichts destoweniger ex testamento quæstionis directæ agirt, der clausulæ Codicillaris anbey in geringstem nicht gedacht, ist billig dafür zu halten, daß er huic clausulæ & juri agendi exinde ad fideicommissum gleich anfangs renunciret, deswegen er post litem contestatam super actione priori darzu durchaus keinen Regreſs nehmen können.

Wann

Wann 3.) Herr Kläger einwendet, quod ſæpe dicta *l. fin. C. de eod.* loquatur de caſu, quo quis directè ex teſtamento agit, & propter illius vitium ſuccubuit, ſive ut verba legis ſonant, ſuperatus eſt, nos autem verſemur in caſu, ubi necdum facta declaratione nullitatis nulla ſuperatio militat, ſed utrumque remedium ſecundum receptam Praxin conjunctim & quidem alternative intentatum eſt;

So iſt demſelben droben in decidendi ratione ſchon begegnet und remonſtriret, quod inſtituto quidem ab initio integrum ſit vigore clauſulæ codicillaris teſtamento inſertæ, eligere, utrum velit ex teſtamento, an vero ex codicillis agere, cæterum quando unam viam ſemel elegit, & lis ſuper electâ & intentata actione conteſtata eſt, ſive lata ſit ſententia & ipſe ſuccubuerit, ſpeque ſua fruſtratus ſit, ſive non ſit lata ſententia nec ſuccubuerit, malit tamen jam alterâ via uti, nequaquam ipſi permittatur ita amplius variare & ad aliam viam accedere, quia aditum ſibi per electionem ſemel factam præcluſit, & jus per ſubſecutam ſuper electâ & inſtituta actione litem conteſtatam adverſario quæſitum adimere invito per variationem ſuam nequit, neque ex teſtamento ut heres directus agens, ſi ad alteram actionem ex clauſula codicillari teſtamento adjecta reſultantem poſtea convolare, & tanquam fideicommiſſarius ex codicillis defuncti bona petere & perſequi velit, id facere impeditur propter obſtantem exceptionem rei judicatæ, ſed propter contrarietatem actionum, quæ non minus ante, quam poſt latam ſententiam & ſuperationem variandi licentiæ obſtat, eamque excludit, ſuffragante ipſa *lege fin. C. de Codicill.* verbis: Si quis agere ex teſtamento voluerit, ad fideicommiſſi perſecutionem adſpirare cupiens, minimè permittatur, &c. & ibi: ſi teſtator faciens teſtamentum, in eodem pro codicillis etiam id valere complexus ſit, qui hereditatem petit, ab ipſis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat poteſtatem, ſciens, ſe unius electione alterius ſibi aditum præcluſiſſe &c. nec non in verbis: ſtatim inter ipſa hujus juris auſpicia propoſitum ſuæ intentionis explanet, & rurſus in *§. 1. ſub fin.* ibi: ut qui ex teſtamento agere voluerit, ad fideicommiſſum migrare non poſſit. imprimis verò §. 2. verbis: ſi de hereditate ex teſtamento ſecundum mortui voluntatem agens fuerit ſuperatus, vel certe ipſe ſponte (nondum nempe ſuperatus in directo judicio) voluerit ad fideicommiſſi ſubſidium convolare &c. quæ ſatis innuunt non loqui *d. l. ult.* tantùm de caſu, quo agens directè ex teſtamento jam latâ ſententiâ ſuperatus eſt, ſed & alterum caſum, ubi ante ſententiam ad alteram viam agendi ex codicillis confugere velit, comprehendere.

Deſſen nicht zu gedencken, daß Herr Klä- 93
ger in ſeinen Replicis & Triplicis, (worinn er keineswegs mehr, vi dictorum, ad alterum remedium virtute clauſulæ codicillaris die Erbſchafft jure fideicommiſſi zu petiren und perſequiren, ob ſemel electam & per libelli oblationem in judicium deductam directam hereditatis petitionem, litis conteſtatione deſuper factâ, ſeinen Regreſs zu nehmen, tanquam extraneus & neque ex deſcendentibus, neque ex aſcendentibus teſtatricis exiſtens befugt) nur allein incidenter der Clauſulæ codicillaris gedacht, in medio concludendi & ipſa concluſione aber ſich wieder purè auf das Teſtamentum qu. tanquam validum bezogen, und alſo des Juris agendi ex clauſula codicillari ceu ſupervacanei & ſuperflui, ex perſuaſione ipſius, begeben habe, quia non attenduntur, quæ narrantur, ſed quæ concluſive petuntur.

Carpzov. *p. 1. conſt. 2. d. 11. n. 2.*

Endlich wirfft Herr Kläger ein, quod licet 94
ex teſtamento agenti haud concedatur regreſſus ad jus codicillorum, fallat tamen id in Reo, qui ab initio teſtamentum validum dicere queat, ſi vero res ipſi ex voto non cedat, ſed ſpe ſua hactenus fruſtretur & ſuccumbat, in codicillis tamen poſteà ſe nihilominus fundare poſſit, per tradita

Matthiæ de Afflictis *dec. 134. num. 3.* Socini. *Conſ. 334.* Ubertin. Zucar. *ad l. fin. cod. de Edict. D. Hadr. tollend. num. 199.*

Wir ſehen aber nicht wie dieſes Herrn Klägern zu ſtatten kommen könne, indem er nicht Rei, ſondern Actoris vices vertritt, ſo wohl intuitu intervenientis Dn. de Pircken, als ab initio principaliter judicio pulſatorum heredum Joh. Caſpar. Kechleri à Schwandorff. Und ſo viel von der andern Frage.

Folget nun

Die dritte Frage:

Ob die dem Libello actoris annectirte 95
clauſulæ ſalutares: ſuper quibus omnibus & ſingulis peto mihi Jus & Juſtitiam adminiſtrari, &c. item omni meliori modo, via ac forma Juris ac ſtatutorum, qua fieri debet ac poteſt, &c. von ſolcher Rechts-Krafft und Würckung ſeyen, ut vigore harum clauſularum non tantum actionem directam ex teſtamento, ſed etiam actionem utilem ex

ex clausula codicillari in judicium deductam fuisse censendum sit?

96 Da es Anfangs zwar das Ansehen haben möchte, ob wäre dieselbe affirmative zu decidiren, weil diese und dergleichen Clausulæ Salutares, item Salvantes daher genennet werden,

quod Jus nostrum salvent, & salutem adferant, h. e. causam nostram meliorem reddant, ac vulgo herbæ betonicæ comparari soleant, eò, quod omnia libellorum vitia ad sanitatem & validitatem reducant

Carpzov. *p. 1. c. 2. d. 15.*

97 Ejusque indolis esse censentur, ut virtute earum omnis actio, omneque remedium competens & ex narratis resultans in judicium deductum videatur, ac in considerationem veniat,

post Joseph Ludovicum, Octav. Cacheranum Ozaschum, Capycium & alios Carpzov. *p. 1. dec. 49. num. 8.* Barschamp *de clausul. cap. 22. §. 1. num. 31.*

98 quia adjiciens has clausulas censetur interpellasse Judicem, ut officium suum impertiatur super omnibus, quæ ipsi utilia esse deprehenderit.

Jalon. *in §. 1. Inst. de action. n. 147.*

99 Unde Judicem ex officio, utcunque actor expressè non petierit, partem adversam in fructus & usuras condemnare posse tradit

post Ant. de Butrio *per l. ædiles. ff. de ædil. edict. l. usuris ff. de usur.* Barschamp. *d. l. n. 32.*

100 Quin & in Camera Imperiali virtute præfatarum clausularum sæpius quoque super non expressè petitis pronunciatum fuisse testantur

Gail. *1. O. 61. n. 11.* & Mynsi. *c. 4. obs. 55.*

101 Hinc easdem nunquam omittendas sed semper libellis inserendas suadet

Rosenthal *de feud. cap. 12. concl. 13. num. 9.*

quia operantur ut in casu dubio libellus explicetur eo modo, quo favorabilius est actori libellanti,

Alexand. *v. 1. Cons. 7. Cons. 305. & Cons. 302.* add. Celsus Hugo Dissutus Cabilonensis Burgund. *tr. de clausul. rubr. de clausul libell.* Barschamp. *d. cap. 22. §. 1. num. 33. seqq.* qui plura de effectu & operationibus dictarum clausularum notant.

102 Dessen jedoch unerachtet halten wir beständig dafür, daß auch diese Quæstion mit Nein zu beantworten, dern obwohl gedachten clausulis à Dd. eine grosse Krafft und Würckung zugeschrieben wird, & imperiti quidam Advocati aut Notarii, ex malo illarum intellectu, iis, ceu unico collyrio, omnibus libelli morbis mederi conentur, wir selbst auch ihnen nicht gar alle Krafft und Würckung benehmen und denegiren können, sondern denselben ihren schaffenden Nutzen lassen müssen, und gerne zugestehen, welchen sie haben tam circa petitionem, quam circa probationem, ut & ipsam sententiam; So extendirt sich doch deren efficacia nicht ultra narrata in libello, sondern ist in allewege ad narrata libelli, & accessoria eorum, quæ principaliter petita sunt, zu restringiren.

103 Nam nunquam quicquam dictas clausulas operari quoad ea, quorum mentio nulla in libello facta est, sed vim & effectum suum saltem exerere circa narrata, seu summam aut rem petitam, minime vero quoad aliud, quod plus probatum, expresse tradunt

Aym. Cravetta *Cons. 151. num. 4.* Grammat. *dec. 105. num. 51.* Arism. Tepat. *Compend. dec. tit. 125. rubr. quos effectus non producat.*

104 Quare si in libello non fuerint narrata, quæ articulis & probationibus incidenter posteà tractantur, non utique vigore clausularum illarum salutarium super iis judex pronunciare valet, sed in narratis libelli subsistere, ultraque ea sententiam extendere haud debet, ex. gr. si ab aliquo actor petiisset decem ex causa mutui, & probasset ex causa depositi, aut confessionem mutui, nihil obstaret, quo minus obtineret, quandoquidem ex narratis unum probasset, scil. conventum sibi in decem obligatum esse; secus verò omnino esset, si bovem petiisset, & de equo probasset; aut bona petiisset immobilia, & probasset de mobilibus; vel ubi pecuniam petiisset, & de specie probasset, nullo enim modo probatum illud petiit, nec ex narratis libelli in genere nec in specie colligi potest.

Hartm. Pistor. *l. 1. quæst. 45. num. 25.*
Carpzov. *d. p. 1. dec. 49. n. 21.*

105 Weniger extendiret sich vis ac virtus clausularum istarum dahin, ut salvet aut sustineat libellum contrarias actiones aut incompatibilia remedia proponentem vel continentem, uti in hoc asseveranter multos gravissimæ authoritatis Dd. adducit

Menoch. *2. præsumpt. 41. num. 4.* Arism. Tepat. *d. l.* Carpzov. *d. dec. 49. num. 22. & in Proc. tit. 6. art. 2. num. 8.*

Contrarietas enim libellum adeo ineptum & ipso jure nullum reddit, ut nec per salutarem clausulam ullam salvari aut sustineri queat, sed ex officio, parte etiam non petente, à judice rejiciendus sit

Carpzov. *p. 1. c. 2. d. 15. n. 26. d. 7. & l. 1. Resp. 70. num. 14.* Vultejus *de Judic. cap. 4. num. 137.*

106 Haben nun ermeldte Clausulæ salutares nicht die Krafft u. Würckung, daß sie libellum contraria remedia proponentem sustiniren, wie viel weniger

weniger werden ſie denn contrarias actiones, contra legum authoritatem, ſelbſt induciren, welches in allwege geſchehen würde, wann ſie würcken ſollten, ut intentata vi juris hereditarii ex teſtamento hereditatis petitione civili directa, propter illarum adjectionem, ſimul in judicium deducta cenſeatur ei contraria actio utilis ex codicillis, ſive extraordinaria perſecutio ad hereditatem jure fideicommiſſi conſequendam, vi teſtamento inſertæ clauſulæ Codicillaris, quod propter actionum harum contrarietatem concedi nequaquam poteſt, cum vi *l. fin. C. de Codicill.* per illius directæ actionis electionem huic renunciaſſe intelligatur actor, quippe qui ſcivit, aut ſanè ſcire debuit, in actionibus contrariis & elective concurrentibus Jura noſtra hanc conſtituiſſe regulam, quod per unius electionem præcludatur regreſſus ad aliam imo hæc altera, lite conteſtata, ſtatim conſumatur ac tollatur

per jura ſuperius in ſecunda quæſt. allegata. B. Dn. Collega D. Fromman *Diſp. de Jure Variandi. cap. 3. membr. 7. n. 354. ſeq.*

107 Solchem nach kan keines weges ex Jure noſtro behauptet werden, daß in Krafft deren dem Libello Actoris annectirten clauſularum ſalutarium nicht nur directa hereditatis petitio vi directæ in teſtamento factæ inſtitutionis, ſondern auch extraordinaria perſecutio ad petendum fideicommiſſum, vi adjectæ clauſulæ codicillaris, in judicium deduciret ſey, mag auch durchaus nicht erachtet werden, daß Herr Kläger derentwegen befugt, in ſeinen Replicis ac Triplicis ſeinen Regreſs noch zu dieſem letztern remedio zu nehmen, nachdem er in dem offerirten Klag-Libell die erſte action ex teſtamento tanquam valido & perfecto, ohn einige gethane Meldung der angehengten clauſulæ codicillaris, intentirt, und darüber von den Bekl. litem conteſtiren laſſen.

108 Nam ſi clauſula: Salvo jure corrigendi, mutandi libellum in ſpecie libello adjecta, haud tribuit actori licentiam poſt litem conteſtatam genus actionis mutandi, quia poteſtas mutandi libellum, in ſubſtantialibus præſertim, non dependet ab actoris arbitrio, ſed ita promiſſa eſt, prout Edicti perpetui monet authoritas, vel jus dicentis decernit æquitas & integritas, h. e. quatenus jus conſtitutum aut receptum, vel eo deficiente Magiſtratus arbitrium concedit, *l. 3. C. de edend.*

109 Jure vero hodierno in Camera præprimis recepto nec ante litem conteſtatam ulla mutatio libelli permiſſa, nedum ergo poſt litem conteſtatam.

Rec. Deput. *de anno 1600. §. Es ſoll auch vvann &c.* Schwaneman *Proc. Cam. l. 1. c. 41. n. 11.* Denaiſ. *Jur. Camer. tit. 175. §. 5.* Fabric. *ad Gail. 1. O. 74.* Roding. *Pand. Cam. lib. 3. tit. 29. §. 15.* add. Carpzov. *p. 1. c. 11. d. 1. Et in Proc. tit. 6. art. 2. n. 22. ſeq.* Brunnem. *ad l. 4. ff. de noxal. act. n. 13. ſeqq.*

neque clauſulam iſtam hoc operari poſſe, ut, contra juris recepti authoritatem, poſt Litem conteſtatam libellum mutare liceat, expreſsè docent ac tradunt 110

Carpzov. *p. 1. c. 11. d. 4.* Blum. *in Proc. Cam. tit. 68. n. 57.* Umm. *ad Proceſs. Diſp. 6. n. 59.* B. D. Lauterb. *Concl. for. Ex. 7. concl. 13. lit. E.*

Si ergo, ut dictum, clauſula illa non facit, ut poſt L. C. libellum & genus actionis in eo mutare liceat, nec præmemoratæ clauſulæ ab actore uſurpatæ idem operabuntur, præſertim in actionibus ejusmodi contrariis, ex quibus per unius electionem regreſſus ad alteram omnino præcluditur. 111

Und gebühret dieſem gantz keinen Abbruch, was in contrarium angeführet worden, denn öffters ermeldte Clauſulæ den Namen ſalutarium clauſularum mit Recht führen und behalten, wegen des Nutzens, den ſie circa petitionem, probationem & ipſam ſententiam haben in denen Stücken, ut ſuppleant defectum concluſionis & petitionis in libello pro natura actionis & narratorum, ut faciant libellum explicari pro actoris intentione, & intentatum cenſeri remedium, quod omnium maxime aptum & neceſſarium ex narratione facti colligitur, ubi nempe non ſatis conſtat aut apparet, quam actionem quis inſtituere & quid denique ex narratis petere voluerit; ut omnem actionem omneque remedium actori competens ex narratis quoquo modo reſultans inducant, & in judicium deductum innuant; ut agens, ſi in libello narret petitorium & poſſeſſorium, & concludat in poſſeſſorio, poſſit nihilominus in petitorio probationes adducere; ut judex, qui ſuper non petitis pronuncians alias fatuus eſſe dicitur, virtute earum tamen, quod deeſt, ſupplere, & ſuper non petitis (acceſſoriis) etiam pronunciare poſſit; ut ſuſtineant libellum ineptum, modo jus agendi ex narratis libelli utcunque colligi poſſit &c. Sicuti hos effectus iis, ſed cum reſtrictione ad naturam actionum & narrata libelli, tribuunt 112

Carpzov. *p. 1. c. 2. d. 15. lib. 1. R. 70. n. 15.* Vult. *de judic. l. 2. c. 4. n. 171. ſeqq.* Celſ. Hugo *Diſſ. cit. loc.*

Und darff ſolches Namens wegen, daß ſie ſelben mit Recht und Fug führen mögen, gar nicht ihre Würckung auch ultra narrata in libello, & ad talia vitia, quæ libellum ipſo jure nullum, aut adeo ineptum reddunt, ut commoda interpretatione juvari nequeat, extendiret werden, weil ſolches wider die klare Diſpoſition der Rechten, wider die gemeine Obſervanz und einhellige Meynung der Rechts-Lehrer lauffet, die clauſularum harum efficaciam 113

ciam, vim ac virtutem ad narrata libelli & naturam actionum restringiren, und nicht zulassen, ut illa extendatur ultra narrata libelli, & ad purganda vitia, quæ ipso jure nullum reddunt libellum, vel adeo ineptum faciunt, ut de jure agendi ex eo constare nequeat, nec commoda interpretatione juvari possit, ejusmodi enim libellum, haud attentis additis clausulis salutaribus, a judice ex officio rejiciendum, & ut vulgo loquuntur, dentibus lacerandum, communis Dd. definitio est.

Gail. *1. O. 66. 67.* Mev. *p. 5. dec. 91.* Carpz. *p. 1. c. 2. d. 11. 12.*

114 Dergleichen vitium aber libellum ipso jure nullum reddens ist auch die contrarietas, wie oben gemeldt, weil nun solches nicht einmahl per clausulam salutarem adjectam kan purgiret werden, also, daß libellus contraria continens salvirt werde; wie viel weniger wird dann erachtet werden können, daß virtute öffterserwehnter clausularum libello actoris insertarum es dafür zu halten, daß nicht nur directa hereditatis petitio vi directæ in testamento quæst. factæ institutionis, sondern auch extraordinaria persecutio ad hereditatem testatricis jure fideicommissi petendam vi adjectæ clausulæ codicillaris in judicium deducirt sey, wohl erwogen solches zwey contrariæ actiones seyn, die incompatibel und ne successive quidem concurriren

per l. fin. C. de Codicillis.

Die vierte Frage ist:

115 Ob mit Bestand Rechtens behauptet werden könne, daß Hr. Johann Adam Ernst von Pürcken, des Höchstpreißl. Kayserl. Cammer-Gerichts Assessor als Intervenient in gegenwärtiger Rechtfertigung, welcher mit denen Primordial-beklagten Kechlerischen Pupillen, oder dero Vormundschafft, als Coheres Johannis Caspari Kechlers, Senioris, ausweiß beygehender Genealogie sub lit. D. ad elidendam Dn. Actoris intentionem causam communem macht, pro Actore, wie Herr Gegentheil ad enervandam vim argumenti ex l. fin. C. de codicill. desumpti anmaßlich behaupten will, oder nicht vielmehr ob indubitatum cum Reis litis consortium für ein Mit-Beklagten zu halten, folglich sich in solcher Qualität eben sowohl als sie der ex d. l. fin. fliessender Exception und anderer den Reis vermög der Rechten zu statten kommenden Gutthaten und Prærogativen zu erfreuen habe?

116 Da wir der gäntzlichen Meynung seyn, daß nicht mit Bestand Rechtens behauptet werden könne, daß Herr Johann Adam Ernst von Pürcken, des Höchst-gepriesenen Kayserl. Cammer-Gerichts-Assessor, als Intervenient pro Actore zu halten, sondern daß er vielmehr ob indubitatum cum Reis litis consortium für einen Mit-Beklagten zu halten sey, consequenter sich in solcher Qualität eben so wohl als die bekl. Kechlerische Pupillen der ex L. fin. C. de Codicill. fliessender Exception und anderer den Reis vermög der Rechten zu statten kommender beneficiorum und prærogativen zu erfreuen habe.

117 Denn ob wohl viel vornehme JCti statuiren, daß ein jeder tertius interveniens actoris partes vertrete, und pro Actore zu halten sey,

1.) quia non invitus trahitur ad judicium, sed ultro se offert, ut impediat, vel assistat

l. inter stipulantem. 83. §. 1. ibi: *judicium autem etiam in invitum redditur &c. ff. de V. O.*

118 2.) quia interveniens pro suo interesse non potest declinare forum & petere se remitti ad suum judicem, sed sub eo litem prosequi tenetur, coram quo se opposuit, sive ubi judicium per Principalem inchoatum est.

l. 49. ff. de judic.

118 3.) quia repelli potest exceptione excommunicationis, ut quilibet alius actor, nam excommunicatus ab agendo repellitur, non autem a defendendo & sic reo haud obstat exceptio excommunicationis.

c. pia. de except. in 6. c. Bart. *in l. de pupill. §. fin. n. 2. ff. de nov. oper. nunc.* Panorm. *in c. cum inter. de except.*

119 4.) quia regulariter is actor dicitur, qui de jure suo docere tenetur.

c. forus. §. accusator. de verb. signif. l. 13. de jud.

Interveniens autem interesse suum jactat, & illud, antequam ad judicium admittatur, probare tenetur

l. 34. ff. solut. matrim. cap. 38. x. de test. & attest.

120 Pro actore igitur ea de causa habendus videtur. Sicuti adductis hisce rationibus quemlibet tertium intervenientem actoris partibus fungi probant

Gail. *1. Obs. 71. n. 4.* ibi Græv. *cons. 1. n. 3.* Tilem. de Benign. *Synt. 2. Imp. Cam. dec. 1. vot. 10. n. 16. seqq.* Idem post Baldum, Cravettam, Decium & Parisium respondit & firmavit Octav. Cacheran. Ozasch. *Cons. 5. n. 21.* Alex. Trentacinq. *var. resol. lib. 2. tit. de judic. resol. 16. n. 2.*

Daher zufolgen scheinet, daß auch hier Tit. Hr. von Pürken deme nach pro Actore zu halten sey, wie der Herr von Wallenstein zu behaupten suchet.

121 So seyn wir doch der beständigen rechtlichen Meynung, daß wir erst-berührte opinion, inter-

intervenientem ſemper actoris loco eſſe, in Rechten durchaus nicht gegründet, und das wiedrige, quod nempe non usque quaque verum ſit, intervenientem actoris partibus fungi, ſed & rei vices ipſum interdum ſubire, gantz ſolide contra ante citatos probirt a

Petr. Frid. Mindano *de Continent cauſæ lib. 3. Cap. 8. th. 16.* cujus ſententiam etiam probat. B. Dn. Eric. Mauritius Illuſtr. Cam. Imp. Aſſeſſor *in Diſſ. de Intervent. th. 25.* Umm. *ad Proc. Diſp. 11. th. 1. n. 3.* Gilhauſ. *arb. Judic. civil. cap. 5. zam. 2. n. 1.* & ante hos id poſterius jam aſſeruit Sebaſt. Vantius *tr. de nullit. tit. quis poſſ. dic. de nullit. n. 30.*

122 Welches auch offenbar daraus zu ſchlieſſen, quod ſæpe fiat interventio ad aſſiſtendum reo, eumque defendendum, quando nempe intervenientis intereſſe cohæret juri rei, vel inde conſequentiam trahit, quo caſu proinde hic interveniens cauſæ rei, unde intereſſe ipſius dependet, adhæret, eamque inſtruit magis ac defendit, quare etiam tunc non conſideratur in Proceſſu ut tertius litigans, ſed Reo cui adhæret, adjungitur in ipſa ſententia hoc modo: In Sachen N. N. Klägern eines, entgegen und wider N. N. Beklagten, auch N. N. Intervenienten andern Theils, notante

123 Carpz. *in Proc. tit. 4. art. 2. n. 3. 4.* B. Dn. Eric. Mauric. *d. Diſſ. th. 21.*

Cum alias, ubi jus ipſius ſeparatum eſt, neque per conſequentiam connexum cum jure partis alterutrius, ut tertius litigans principalis conſiderari & hinc quoque in ſententia ab utroque litigante, actore nempe & reo diſtingui ſoleat hunc in modum: In Sachen N. N. Kl. Eines, N. N. Beklagten andern, und N. N. Intervenienten dritten Theils; Ubi vero actori adhæret & adſiſtit propter juris & intereſſe ſui cohærentiam cum actoris jure, ſententia ita concipi ſoleat: In Sachen N. N. Klägers, und N. N. Intervenienten an Einem entgegen und wider N. N. Beklagten andern Theils, teſte eodem

Carpzov. *d. l.* Dn. Er. Maurit, *d. th. 21. 23.*

124 Alſo unzweifflich in gegenwärtiger Rechtfertigung Hoch-Edel- ermeldter Herr von Pürcken, als Intervenient vor einen Mit-Beklagten, und nicht pro Actore zu halten ſeye, welches ſich vors erſte ex ipſa definitione actoris & rei gantz klar ergiebt,

Nam Actor ille dicitur, qui actionem intendit

pr. I. de except.

& per eam ab alio aliquid petit, unde etiam petitor dicitur,

pr. Inſt. de ſatisdat.

Reus vero eſt cum quo agitur

d. pr. I. de except. §. ult. Inſt. de perpet. & tempor. act.

& a quo per actionem aliquid petitur

l. 6. C. de edend.

Nun iſt aus Herrn von Pürcken bey höchſtpreißlichem Kayſerlichen Reichs-Hof-Rath Anno 1688. übergebener Interventions-Schrifft klärlich zu erſehen, daß er ſowohl in Exordio, als fine ſeu concluſione derſelben, zu Bezeugung ſeines mit den vorhin belangten Kechleriſchen Pupillen habenden gemeinſchafftlichen Intereſſe, vornemlich dahin getrachtet und gebeten, daß er als Coheres des à teſtatrice præterirten Vatters, weyland Hr. Hanns Caſpar Kechlers des ältren, ſeines Proavi, von der ab Actore wider die Kechleriſche Erben (darunter er auch mit gehöret und begrieffen) angeſtellten Klag und intentirten Action abſolvirt werden möge. Welches ein unfehlbares Zeichen, daß Herr Intervenient in lite ab Actore mota die Perſon eines, unter dem Nahmen der Kechleriſchen von Hanns Caſpar Kechlern dem ältern herſtammenden po. hereditatis & dotis belangten Erben, Mitbeklagten vertreten wollen. 125

2. Ergeben die Acta heiter und klar

Quod Jus & intereſſe Domini intervenientis cum Jure Reorum ab initio conventorum adeò cohæreat, ut idem detrimentum à litè perdita eidem immineat, quod ipſis, econtra vero & ex obtenta victoria idem ſperet commodum, quod ipſi exinde ſperant, ac hic ipſe propter commune Intereſſe ad aſſiſtendum iis, cauſamque communem magis inſtruendam, deducendam & defendendam, modò intervenerit, non poteſt igitur non pro Reo & litis conſorte Reorum ab initio conventorum haberi, ſeu Rei vices ſubire dici argumento ſupra dictorum & allegatorum. 126

Ohnerachtet 3.) derſelbe intuitu der anbey annectirten Reconvention pro Actore zu halten, wohlerwogen ſolche Reconvention allein auf den Fall, da das Teſtament als null und nichtig declarirt, folglich er mit ſeinen Mit-Conſorten den Kechleriſchen Pupillen ab Actione inſtituta abſolvirt werden ſolte, tacitè reſtringiret und conditionirt, auch eine von dem den Kechleriſchen Erben, und unter denſelben auch Hrn. Intervenienten ab actore movirten lite ſeparirte cauſa iſt, deswegen ob er gleich hierinn vices actoris vertritt, ſteht er doch nichts deſtoweniger in den von Herrn Gegnern mit den Kechleriſchen Erben als Reis angefangenen Rechts-Streit à partibus Reorum, hat mit ihnen als Coheres Johannis Caſpari Kechlers pro dimidia parte hereditatis cauſam communem und iſt dahero auch unſers nochmahligen Erachtens darinnen in allwege für einen Mitbeklagten zu halten, conſequenter hat er ſich auch in ſolcher Qualitæt eben ſowohl als die Beklagte Kechleriſchen Pupillen der *ex L. fin. C. de codicill* flieſſenden Exception und anderer den Rr. zu ſtatten kommenden Beneficiorum zu erfreuen. 127

Von welcher unſerer Rechtlichen Meynung uns abzuweichen nicht moviren die à Gailio, Tilemanno de Benignis und andern in eam ſententiam, ac ſi omnis Interveniens 128

veniens semper actoris partibus fungeretur, angeführte Rationes, in Betrachtung dieselbe solches zu probiren viel zu schwach. Denn so viel die erste belangt, so ist zwar nicht ohne quod judicium etiam in invitum reddatur, daraus folgt aber nicht, quod proinde omnis, qui non invitus ad judicium trahitur, sed
129 ultro venit, seque offert statim pro actore habendus sit, nam sicut nonnunquam & actor, invitus agere compellitur, (np. si quis se expresse vel tacite obligaverit ad agendum contra tertium, cujus exempla in
l. 13. §. pen. de act. empt. l. 75. §. f. de leg. 1. l. 8. pr. de opt. leg. l. 2. §. pen. & in f. pr. ff. de L. Rhod. de jact. Vultej. *de judic. lib. 1. c. 5. n. 24.*
130 Deinde etiam diffamator diffamationis Processu compellitur, ut jus suum persequatur, ni malit sibi perpetuum injungi silentium.
arg. l. diffamari. C. de ingen. manumiss. Blarer. Contard. *in repet. d. l. diffamari.* Mund. *tr. de diffamationibus.* Carpzov. *lib. 2. resp. 34.*
131 Ulterius ad agendum quis provocari potest remedio L. si contendat 28. ff. de fidejuss. quo Reus exceptionibus se tutum opinatus, judicis implorat officium, ut ipse actore agere cessante sententia sua declaret, reo legitimam competere exceptionem adversus actoris intentionem, eaque illum contra eandem satis tutum esse.
B. D. Lauterbach. *Disp. de Remed. d. L. si contendat.*)
132 Sic econtra & Reus interdum sponte ad judicium venit, atque inde in voluntarium & necessarium distinguitur à
Tilem. de Benignis. *Synt. 2. dec. Cam. 1. vot. 10. num. 16.*
133 Uber das geschiehet es nicht allezeit ut interveniens ultro & libera voluntate ad judicium accedat, sed sæpissime coactus in judicium trahitur, quod Petr. Friderus Mindanus
134 *de continent. causæ lib. 3. cap. 8. th. 16.* in specie declarat exemplo casui nostro apprime convenienti, si qui de hereditate, inquiens, experiantur mihi etiam communi, nisi præjudicium pati velim, intervenire & assistere cogor, quo casu in judicium ego non traho, sed trahor ad juris mei defensionem.
135 In secunda ratione quod pro universaliter vero ac perpetuo principio assumitur, tale non est, ut ostendit
Mindan. *d. l. th. 17.*
136 Tertiam quod attinet sciendum est excommunicatum & similes personas ab interventione tum demum removendas esse, cum actori assistunt, vel ipsi principaliter tanquam actores interveniunt, non etiam cum defendunt reum aut ipsi vices rei sustinent
Ilic. Umm. *Disp. 11. num. 3.* Mindan. *d. l. th. 16.*
137 Ad quartam denique respondetur, non solum actorem, sed & reum de jure suo, quod contra intentionem actoris allegat, docere teneri, hinc & reus in suis exceptionibus actoris vices sustinere dicitur, in
l. 1. ff. de except.

Was dann die

Fünffte Frage:

Ob nicht auf den Fall, da das Testa- 138
mentum qu. ipso jure nullum, **das** remedium nullitatis integris triginta annis **dagegen** intentirt **werden kön-ne?**

concerniret, so waltet bey uns der geringste Zweiffel nicht, daß solche durchaus mit Ja zu beantworten.

Dann erstlich ist die gemeine Rechts-Regul: 139
Quod omnibus actionibus civilibus, (quæ ex civilibus causis h. e. ex aliqua parte Juris Civilis, quatenus illud Juri Prætorio opponitur, descendunt,) tàm realibus, quàm personalibus, simplicibus & mixtis, regulariter 30. annis præscribatur, fundata
in l. 3. l. 8. §. 1. C. de præscript. 30. vel 40. annor. l. un. C. de ann. except. l. 7. C. de hered. petit. B. D. Lauterbach *Disp. de variet. temp. art. 7. §. 6.* Struv. *Ex. 46. th. 29.*
olim his actionibus nullus plane præstitutus 140
erat terminus, sed perpetuo durabant ob perpetuitatem causæ, Juris nempe Civilis.
pr. Inst. de perpet. & tempor. act.
Quia tamen inde fiebat, ut nunquam Posses- 141
sores in tuto constituerentur & litium multitudine obruerentur, placuit postea Impp. Honorio & Theodosio, ipsis ordinarium illum & regularem terminum 30. annorum præfigere, quo præscriberentur.
d. l. 3. C. de præscr. 30. vel 40. ann.
Quo termino ipsis jam constituto ac præfixo, nihilominus perpetuæ adhuc dicuntur anaphoricè, ratione Prætoriarum & aliarum actionum, quæ citius & breviori temporis spatio extinguuntur ac finiuntur.
d. pr. Inst. de perp. & temp. act. arg. l. 9. de servit. l. 25. de pecul. Frantzk. *ad d. pr.*
Sub generali illa regula ergò comprehen- 142
duntur omnes omnino actiones Civiles, per alias leges non exceptæ.

Wer demnach behaupten will, daß diese oder 143
jene Action breviori temporis spatio **auffgehoben und** præscribirt **werde, der muß** legem quandam allegiren **können, darinn** sie à dicta regula excipirt **werde, weil man sonst der gemeinen Regul so lang zu** inhæriren **hat, biß die** Exceptio evidenter probirt **ist. Nun wird in Ewigkeit kein** Lex ex toto corpore Juris vel Civilis vel Canonici allegiret **werden können, darinn die** Querela nullitatis, quæ indubie actio civilis est, à prædicta regula excipirt **sey.**

Wir erinnern uns zwar wohl 2.) **daß die** 144
Facultas **oder das** Jus deducendi nullitatis sententen-

sententiæ per Novissimum Imperii Recessum de anno 1654. dergestalten coarctirt seye, daß, der dieselbe deduciren will, nicht solle damit gehöret werden, er habe dann das Fatale interponendæ appellationis observirt, und also intra decennium a lata sententia computandum contestirt, daß er die nullitates sententiæ wolle deduciren, es wären dann dergleichen Nullitäten, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters oder der Parthey, oder aus den substantialibus des Processus nach sich führen, quoad eas ist es bey der Disposition der gemeinen Rechten gelassen worden, daß selbige, sine ulla prævia contestatione intra illum vel alium terminum faciendà, mögen biß in 30. Jahr geklagt und deduciret werden.

d. R. J. d. 1654. §. *Jndeme auch nunmehr &c. 121. & seq.* Brunnem. *in Proc. Civ. cap. 28. num. 109. seq.* Textor. *ad D. R. 1. Disp. 11. th. 144.*

145 Aber diese Constitution kan tanquam Correctoria keines weges, contra mentem Constituentium, & bonæ interpretationis leges, ultra terminos Constitutionis ad querelam nullitatis in genere, vel ad aliam ejus Speciem ratione alterius negotii, quam sententiæ, ipso jure nullius competentem, adeoque nec ad jus dicendi testamentum nullum nominatim extendiret werden, sondern es hat und behält auch post promulgatam hanc Constitutionem die Querela nullitatis quoad alia negotia ihren ordinarium und regularem præscriptionis terminum, 30. annorum nempe, um so mehr als derselbe ihro auch in nullitatibus sententiæ insanabilibus ex persona judicis vel partis aut ex defectu substantialium Processus coortis gelassen, und die coarctation allein in cæteris haud insanabilibus nullitatibus sententiæ per dictam Constitutionem Imperii geschehen.

146 Wie dann dahero 3.) nicht nur die alten, sondern auch die neuere Juris Interpretes, die zu unsern Zeiten post jam publicatum dictum Recessum Imperii docirt und geschrieben haben, alle einmüthig darin seyn, und uno quasi ore communissime statuiren, quod Jus dicendi testamentum nullum ad 30 usque annos duret, nec nisi ejus temporis spatio eidem præscribatur.

vid. Glossa *in l. licet. C. de jur. delib.* Bartol. *in l. filio præterito. ff. de injust. rupt. irrit. testam.* Balb. *de præscript. q. 4. princ. q. 21.* Cancer. *var. resol. l. 1. c. 4. n. 36.* Joh. Car. Antonell. *de temp. Legal. lib. 4. cap. 95.* Guil. Bened. *in c. Raynutius. verb. in eodem testamento. n. 100.* Manz. *de testam. valido & inval. tit. 10. q. 19. n. 1. 9.* Gerhard. *de jur. testam. Rom. Disp. 9. th. 6. 7.* Fibig. *in Vind. Frantz. Ex. 6. q. 4. lit. a.* Richter *ad Auth. In testamento. C. ad SCt. Tertull.* Stryck. *in usu mod. Pand. tit. de inoff. testam. §. 2.*

Und hätten wir allerdings nicht gewußt, was wir wider diese Decision pro dubitandi ratione sollen oder können anführen, wann uns nicht folgendes Herr Kläger in seinen Exceptionibus und Duplicis auf die Interventions-Schrifft suppeditiret, da er schreibet: daß, wann in casum inconcessum die Vätterliche Præterirung das Testamentum quæst. vernichten sollte, gleichwohl ista nullitas intra quinquennium non minus, ac querela in cujus locum surrogata est, hätte intentirt werden müssen, non obstante eo, quod surrogatum non sapiat naturam ejus in cujus locum surrogatum, si diversa qualitas in surrogato sit, quemadmodum hoc loci ex adverso male prætenditur, neque enim nullitas & querela ad diversum, sed unum eundemque finem, scil. ad eversionem testamenti, tendunt, & licet querela genus actionum temporaneum sit, nullitas econtra remedium ad 30 annos duret, hoc tamen solummodo in illo casu procedit, ubi nullitas alicujus actus nullis est circumscripta cancellis, & in ordine ad intentandam illam nulla specialis in jure est præscripta actio, illius actioni nullum certum impositum est fatale, secus vero ubi nullitas non est absoluta, sed tantum respectiva & quoad quid, illique præparata certa actio, eaque non perpetua, sed annalis. Nam tunc 148 cum remedium s. nullitatis actio eadem sit cum actione specialiter in Jure præfixa, & ab ea separari non possit, inque eundem finem & effectum tendat, iisdem certe fatalibus quoque terminari & limitari debet, jam vero in jure obvium est Testamentum etiam ex capite præteritionis nullum non pro absolute nullo & pro non facto, sed solum respective & quidditative pro nullo haberi, si scil. præterito illud non ratihabere, sed impugnare vel nullum dicere placuerit, adeo, ut hoc non facto testamentum ex tunc formiter teneat, neque reliqui venientes ab intestato illud expugnare queant, imo nullitas hujusmodi testamenti adeo circumscripta est, ut etiam in casum impugnationis non nisi institutio rescindatur, reliquis capitibus ipso jure salvis: Quod nulla sane ratione de illis actibus dici poterit, qui nulli absolute sunt, & infecti habentur. Præterea hujusmodi testamenti impugna- 149 tioni certa & specialis actio, nimirum querela inofficiosi una cum certo fatali quinque nempe annorum præscripta est, legitime igitur ex his deductis inferre licebit, jus dicendi testamentum nullum eodem quinquennali fatali ac querela inofficiosi terminandum & limitandum esse.

Aber dieses seyn lauter irrige, falsche, ana- 150 logiæ juris nostri zu wider lauffende præsupposita, denn 1.) setzet Herr Kläger als ein gewisses unstrittiges principium juris, wann die Vätterliche Præterition das Testamentum quæst. gleich vernichten sollte, doch nullitas ista nicht weniger als die querela inoff. testam. in cujus locum surrogata intra quin-

quennium intendirt werden müssen; welches gantz falsch, der zu Anfang dieser Quæstion von uns angeführten gemeinen, in allegatis legibus klar gegründten, unwidersprechlichen Rechts-Regul, qua omnis actio civilis ad triginta annos usque durare, nec ante præscribi dicitur, nisi alius brevior aut longior terminus uni ac alteri actioni a lege præstitutus appareat aut probetur, quod quoad querelam nullitatis in genere vel in specie quoad jus dicendi testamentum nullum vel ex præteritionis vel ex alia quaque causa, nec ab Actore nec ab ullo alio Juris interprete, quantum nobis constat, probatum est, so dann der allgemeinen Opinion der Rechts-Gelehrten, nemine quidem, quantum nobis iterum constat, dissentiente, zuwider ist.

Videantur supra citati Dd. qui aperte quoad hunc casum, ubi testamentum ex capite præteritionis impugnatur, inter querelam nullitatis & querelam inofficiosi testamenti hanc ponunt differentiam, quod si illa competat, ea ad 30 usque annos duret, si vero hæc detur, ei quinquennio præscribatur.

151 2.) Ist ein unerweißliches falsches suppositum, querelam nullitatis testamenti surrogatam esse in locum querelæ inofficiosi testamenti denn vielleicht jene eine ältere Action als diese, und sind zwey distincta ac diversa juris remedia, diversam naturam, finem & effectum diversum, nec non diversum terminum, quo extinguantur, habentia, den querela nullitatis præsupponirt und erfordert, ut
152 testamentum ab initio statim sit ipso jure nullum vel 1.) ratione causæ efficientis, aut propter testatoris inhabilitatem

l. 4. l. 5. ff. qui testam. fac. poss.

aut propter insufficientem voluntatis declarationem, quia nempe non continet veram liberam & plenam testatoris voluntatem

l. 4. ff. d. t. l. 2. pr. l. ult. ff. si quis aliq. test. prohib. &c. Carpzov. *p. 3. c. 5. d. 8. 9. 16.* Manz. *de testam. val. & inval. tit. 3. q. 1.* B. Dn. Collega D. Kurrer. *Disp. de testam. coact. th. 29. & seq.*

153 vel 2.) ratione formæ & quidem vel intrinsecæ, ut si nullus heres institutus vel institutus, qui de jure institui nequit, si sui heredes jam nati non sint heredes instituti aut legitime exheredati.

l. 3. ff. de his quæ in test. delent. §. 5. Inst. de exhered. lib. l. 7. ff. de lib. & posthum.

it. de Jure Bavarico si Parentes neque heredes instituti, neque legitime ac justa ex causa exheredati

Chur-Bayer. Landr. *tit. 35. art. 1. 2. 3.*

si filius fam. sub alia quam potestativa conditione institutus

l. 4. ff. de hered. instit.

vel extrinsecæ, quæ in solennitatibus a Jure præscriptis consistit, ubi si vel unica ex iis omissa, ea testamentum nullum facit.

l. 1. ff. de inj. rupt. irrit. testam. l. 12. C. de testam.

Hergegen wo die querela inoff. testam. soll 154
statt finden, muß das Test. von Anfang gültig und kräfftig, auch nicht widerruffen, oder sonst ipso jure gefallen und entkräfftet seyn, sondern erst ob iniquam exclusionem, earum personarum, quibus de Jure legitima debetur, & non tamen relicta est, per ipsam querelam inoff. Testam. enervirt werden. In der 155
Querela nullitatis bittet Kläger, daß der Richter das Testament vor null und nichtig erklären wolle, in querela inoff. testam. bittet er, daß der Judex erkennen wolle, daß das aufgerichtete Testament billig quoad institutionem heredis zu rescindiren und aufzuheben ꝛc. Per 156
querelam nullitatis igitur in totum testamentum annullatur, de Jure communi, de jure vero Bavarico, sicut & nostro Würtembergico Jure, testamentum ob præteritionem liberorum vel Parentum nullum invalidum tantum est quoad institutionem, legata autem & cætera testamenti capitula salva manent.

l. 17. ff. de inj. rupt. irrit. testam. Jus. Bav. *tit. 35. art. 3. 4.* Jus. Prov. Würt. *p. 3. tit. 17. §. vvann ein Vatter. tit. 20. Item vvann der testir.* ibi B. D. Lauterbach. *th. 37. 38.*

Per querelam inofficiosi testamenti, & Jure communi, testamentum saltem quoad heredis institutionem rescinditur, salvis manentibus cæteris testamenti capitulis.

Nov. 115. c. 3. 4.

Querelæ nullitatis 30 annis demum præscri- 157
bitur

l. 8. C. de jur. delib. j. l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. ann. Dd. supra citati.

Querelæ inoff. testam. autem quinquennio

l. 34. in fin. C. de inoff. testam.

Querela nullitatis morte illius cui com- 158
petit, haud extinguitur, sed ad heredes indistincte transit

arg. l. 37. ff. de acq. hered. l. 24. de Verb. signif. Oldrad. *Cons. 171. n. 6.* Stryck. *in usu Pand. modern. ad tit. de inoff. test. §. 11.*

Querela inoff. testam. vero morte inique excluſi extinguitur, nec ad heredes transmittitur, nisi præparata fuerit, animo de ea movenda actu aliquo exteriori declarato, excepto casu, quo filius, antequam scriptus heres hereditatem adeat, decedit tunc enim etiam non præparatam ad descendentes transmittit.

l. 6. §. fin. & seq. l. 7. l. 8. ff. de inoff. test. l. 5. l. 34. l. 36. §. 2. C. eod. Barry *de succes. test. & ab intest. lib. 10. tit. 20. n. 4.* Brunnem. *ad d. l. 34. C. de inoff. test.* Stryck. *d. l.*

Ob

159 Ob quam diverſam duorum horum remediorum naturam male Dn. Actor ea, quæ ſunt querelæ inofficioſi teſtamenti, applicat alteri remedio, querelæ nullitatis ſcil. ſine ullâ juris authoritate, imò contra eandem, cum illa haud patiatur à ſeparatorum uno ad aliud inferri, ſed velit ſeparatorum ſeparatam manere debere rationem & determinationem.

l. 20. de minor. l. 10. C. de probat. l. 12. §. 1. de acqu. poſſ. Conſ. Argent. *vol. 1. Conſ. 88. n. 29.* Regn. Sixtin. *v. 1. Conſ. Marp. 10. n. 44.*

160 Und wann man gleich concedirte, daß die querela nullitatis in locum querelæ inofficioſi teſtam. ſurrogirt wäre, folgte doch nicht daß ſie deßwegen eundem terminum fatalem hätte, denn auch die Condictio *ex leg. 30. C. de inoff. teſtam.* ad ſupplementum legitimæ in locum querelæ introducirt iſt, nec tamen ideo naturam querelæ inoff. teſtam. ſequitur, & eadem cum illa fatalia habet, ſed 30. annis demum tollitur.

Gail. *2. O. 120. num. 7.* Vinn. *ad §. 3. Inſt. de inoff. teſt. num. 4.* Mynſ. *2. O. 72.* ibi Fabric.

161 Quia ad diverſa ſubrogatio facta & qualitas earum diverſa eſt proinde naturam ejus haud ſequitur, nam regula illa: ſurrogatum ſequi naturam ſurrogati, potiſſimum obtinet, ubi unum ex altero ortum & quaſi per modum ſucceſſionis alteri ſurrogatur, ut plane prioris vicem ſuſtineat.

Gœdd. *ad l. 98. n. ult. ff. de verb. ſignif.*

162 3.) Wird Herr Kläger nimmer beweiſen, quod hæc nullitas his circumſcripta ſit cancellis, ut actioni de ea competenti jure proditæ fatale quinque annorum præfixum ac conſtitutum ſit.

163 4.) Iſt es ein in Rechten durchaus nicht gegründetes Præſuppoſitum, quod teſtamentum ob præteritionem liberorum vel parentum nullum non ſit ipſo jure ſimpliciter ſeu abſolute & omnino nullum, ſed tum demum, ſi præteriti liberi vel parentes velint dicere nullum.

Nam etſi hanc quæſtionem: utrum teſtamentum, in quo à Patre filiusfam. præteritus exiſtit, (idem vero cenſendum de caſu, ubi Pater à filio præteritus, cum ſtatuto teſtamentum, in quo à liberis parentes præteriti etiam nullum eſſe jubetur) ſit ipſo jure ſimpliciter & omnino nullum etiam antequam filius illud nullum dicat, & quamvis nullum non dicat, vel ita demum, ſi filius velit dicere nullum? adeò controverſam eſſe ſcribat

Ferd. Vasquius *Illuſtr. controv. lib. 3. c. 99. num. 1.* ex Jaſone *in l. fin. ff. de bon. poſſ. contra tab. n. 23. ſeq.*

164 ut hic articulus ſit de ſummis juris apicibus, ac ita demum nullum eſſe teſtamentum, ſi filius præteritus id voluerit & non aliter, teneant

Gloſſæ magno numero allegatæ à laudat. Vasquio *d. l.* quas ſequitur Angel. *in l. ita tamen §. quoties ff. ad SCt. Trebell.* ubi dicit, hanc ſententiam non aliter veram atque Evangelium ſe ſemper exiſtimaſſe, eamque ſimiliter poſt multos, quos allegat, ſequitur Tiraquell. *in l. ſi unquam. verſ. revertatur. n. 13. C. de revoc. donat.*

Attamen communiori calculo probata ac recepta eſt contraria ſententiaquod nempe præteritio filiorum (idem autem dicendum quoque eſt de præteritione Patris in caſu dicti ſtatuti) teſtamentum prorſus nullum reddat, etiam antequam filii illud nullum dicant, & quamvis nullum non dicant. 165

vid. Jaſon. *d. l.* Dec. *in l. poſthumo. C. de bon. poſſ. contr. tab.* Imola *in l. filio præterito. ff. de inj. rupt. irr. teſtam.* Alexand. *lib. 6. conſ. 27. num. 1. 3.* Guil. Bened. *in C. Raynut. verſ. in eod. teſtamento num. 96. C. de teſtament.* Boer. *dec. 96. n. 1. 2.*

Et hanc ſententiam communem tàm Ultramontanorum, quàm Citramontanorum, inque puncto juris veriorem eſſe dicit 166

Jaſon. *in l. poſthumo. C. de bon. poſſ. contr. tab. n. 23.*

Et ſimiliter communem dixerunt

Eman. Coſta, Guil. Bened. Alexander in Conſ. Decii & denique Curt. jun. prout illos adducit Vaſqu. *d. c. 99.* ubi harum pugnantium opinionem conciliationem ex d. Curtio ſubjungit.

Eamque obtinere, tametſi Pater extraneum heredem inſtituerit ſub conditione, ſi filius ſe vivo mortem obeat vel inſtitutionem in id tempus conferat, quo filius heres jam eſſe nequeat, firmant 167

Aretin. *in l. ſi quis eum. §. ult. ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* Idem Aretin. Alex. & Jaſon. *in l. Gallus. pr. de lib. & poſthum.* Eman. à Coſta *in d. l. Gallus §. & quid ſi tantum. part. 1. n. 51.*

Nec non locum habere, quamvis præteritio cum illius cauſæ adjectione fiat, quæ exheredationi ſatis ſuperque foret, tradunt 168

Imola *in d. l. filio præterito. n. 14.* Idem Imola & Socin. *in d. §. & quid ſi tantum.* Alexand. & Jaſon. *in l. ſicut. C. de teſtam.* Alexand. *l. 2. conſ. 161. n. 1. & in Auth. non licet. C. de lib. præterit.* & alii quos referunt Bid., Covarr. *in C. Raynutius. n. 1.* Gomez. *de teſtam. c. 11. n. 2.*

Quæ de filio præterito dicta recte applicantur ad Patrem præteritum in caſu exiſtentis ſtatuti teſtamentum filii ob Patris præteritionem annullantis, in quo hic verſamur. Et hæc quoque de quinta quæſtione ſufficiant. 169

170 Bey

Der sechsten und letzten Frage:

Ob, posito, **das** Testamentum quæst. **wäre allein** inofficiosum, **die zu dessen** eversion competirende querela in officiosi **auch der Ursachen nicht mehr den Kechlerischen Erben zu statten kommen könne, weil selbige theils nicht** intra quinquennium intentirt, **theils auch** utpote à patre in testamento filiæ præterito non præparata ad suos descendentes **nicht** transmittirt **werden können, nichts destoweniger sie die ihrem** præterirten **Ur-An-Herrn Hr. Hanns Caspar Kechler dem Alten** ex Jure naturæ **schuldig gewesene** legitimam condictione ex lege integris 30. annis **zu fordern, oder auch selbige** Jure retentionis (prout in casu præsenti ob nondum solutam Testatrici adhuc debitam dotem factum) **in Handen zu behalten befugt und berechtiget seyen?**

171 **Uns vollends kürtzlich zu expediren, so tragen wir kein Bedencken** simpliciter affirmativè **auf diese** Quæstion **zu** respondiren.

Denn obwohl, posito, **das** Testamentum quæst. **wäre allein** inofficiosum, **und die zu dessen** eversion competirende querela inofficiosi intra præstitutum ei tempus **nicht** instituirt, **daraus eine** tacita renunciatio querelæ inofficiosi **flieſſet;**

172 Tacite enim renunciatum videri querelæ inofficiosi, si quis permiserit labi tempus quinquennii, quod præstitutum ad ejus intentationem, communiter tradunt Dd.

v. Maurit. *de restit. in integr. cap. 149. num. 7.*

173 Ex tacita renunciatione querelæ **aber auch ferner die** Renunciation **der dem** renuncianti **schuldig gewesen** legitimæ **zu** colligiren **seyn scheinet, und deßwegen ihm der** Regreſs **dazu nicht weiter zu gestatten;**

Quia renunciatione semel facta variare & ad ea, quibus renunciatum, recurrere non licet, imo satis absurdum esset, redire quem ad hoc, cui renunciavit.

l. 11. C. de reb. cred. l. 29. C. de pact. l. ult. §. ult. C. de temp. appell. l. 17. §. 1. de acq. hered. l. 14. §. 9. de ædil. edict. Gœdd. *v. 1. Conſ. Marp. 24. num. 203.*

174 **So mag doch hierfalls dergleichen Schluß zu Nachtheil und Ausschlieſſung der Kechlerischen Erben** à jure petendi legitimam Proauo debitam, quæ honorabili institutionis titulo à filia ipsius ei in testamento relinqui debuisset, **mit Bestand Rechtens keinesweges gemacht werden.**

Nam etsi haud queat negari, sed certo sit certius, legitimæ renunciari posse, per textum expressum in

l. 35. §. 2. C. de inoff. test. ibi omnes scribentes. Post Cynum, Cagnolum, Parisium, Corneum, Curtium jun. Menochium, Claudium Chifflet. Paul. Gallerat. *de renunciat. tom. 2. cent. 1. cap. 47. num. 5.*

Attamen haud sufficit generalis sed requiri- 175
tur expressa & specialis renunciatio

d. l. 35. §. 2. ibi: *nisi hoc specialiter.* ibi omnes Dd. post infinitos à se allegatos laudatus Gallerat. *d. l. n. 6.*

Quapropter generalis renunciatio suc- 176
cessionis, vel hereditatis, vel bonorum, non includit renunciationem legitimæ, nisi id expressè dictum fuerit; adeò, ut nec renuncians hereditati cum promissione non amplius petendi haud videatur renunciasse legitimæ, sed jus eam petendi salvum habeat. Post plures alios longâ serie adductos Laud Gallerat. *d. l. n. 7.* ubi *seq. num. 9.* late etiam declarat, qualis expressio in renunciatione, ut per eam legitima tollatur, esse debeat.

Cum igitur vi latius ab ipso deductorum specialis expressio ad tollendam legitimam requiratur, & quidem ita qualificata, ut per eam aperte constare possit de voluntate ejus, cui eadem de Jure debetur, quod nempe legitimâ carere velit, quodque successioni vel hereditati renuncians etiam de privatione legitimæ senserit, satis superque 177
inde patet, nec expressam pacto vel transactione factam renunciationem querelæ inofficiosi testamenti legitimæ renunciationem inducere posse. Quod si verò ne ex- 178
pressa quidem querelæ renunciatio legitimæ renunciationem operari valeat, quanto minus id faciet tacita renunciatio querelæ, quæ fieri intelligitur per taciturnitatem, seu per quinquennium, seu intra illud ad mortem usque, ab excluso continuatam, vel per acceptationem relicti in testamento inofficioso.

Quantumvis ergo vel ob lapsum temporis 179
querelæ inofficiosi movendæ præstituti, vel ob mortem inique testamento inofficioso excluſi, qui jus petendi legitimam habuit, facultas querelam movendi expiraverit, non tamen propterea & facultas legitimam petendi aut ejus supplementum, statim extincta censebitur, sed hæc ad 30. usque à morte testatoris annos salva & integra adhuc manet & perdurat, vi notabilis illius textus

in d. l. 35. §. 2. C. de inoff. testam. Paul. Galleratus *d. l.* Gail. *2. O. 120. n. 11.* Manz. *de testam. val. & inval. tit. 12. q. 55.* Vinn. *ad §. 3. Inst. de inoff. test. n. 4.*

Und weil diese Rechte klar und offenbar, auch 180
ohnverneinend und unumstößlich seyn, tragen wir gantz und gar kein Zweiffel, daß Krafft deren obermeldte Kechlerische Erben wohl befugt und berechtiget

rechtiget wären, posito, daß das Testamentum quæst. allein inofficiosum wäre, ob gleich die querela intra quinquennium ei præfixum nicht intentirt worden, noch auch deswegen, daß sie a patre in testamento filiæ præterito nicht præparirt, in ipsius descendentes nicht transmittirt werden können, dennoch die ihrem præterirtenUhr-An-Herrn Herrn Hannß Caspar Kechlern, dem ältern schuldig gewesene legitimam ex ipsius persona condictione ex lege integris 30. annis zu fordern, wie in simi-
181 libus planè terminis auch respondiren

Manz. *d. t. 12. q. 55.* ubi id etiam Jure Bavarico sic expresse constitutum & decisum esse notat. B. Dn. Collega noster D. Fromman *in Decad. casuum Thesiumque ex tit. 18. Inst. de inoff. testam. th. 9.* Mercur Merlin. *de legit. lib. 5. tit. 4. q. 5.*

oder auch selbige jure retentionis ob nondum 182
solutam Testatrici debitam dotem in Händen zu behalten.

Nam & jure retentionis legitimam servari posse, in terminis tradunt

Hahn *ad Wesenb. tit. de inoff. testam. n. 6. in fin.* B. D. Lauterbach *ad eund. tit. ff. de inoff. test. th. 50.*

Welches ꝛc. Actum in Collegio nostro d. 20. Junii 1692.

CONSILIUM XLII.

De

Dote, per filiam naturalem, à Patre, sine tamen ipsius consensu, per Comitem Palatinum, legitimatam exacta.

SUMMARIA.

Præmittitur succincta casus narratio a num. 1. usque 5.

6. Prima dubitandi ratio à sententia condemnatoria, quæ in rem judicatam transiit, desumpta, vi cujus Reus pro infantis patre declaratus, ipsique alimentorum præstatio injuncta fuit.

7. 8. 9. & 10. Res judicata cujus sit effectus ostenditur.

11. Huic omninò standum.

12. & 13. Cujus ratio hic subjungitur.

14. Contra rem judicatam nemo facile audiendus venit.

15. Quousque hoc extendatur & ex qua ratione?

16. & 17. Paternum officium exigit dotem pro sua progenie dare.

18. Secunda dubitandi ratio desumitur à Legitimatione per Comitem Palatinum facta.

19. Per Principis rescriptum & à Comite Palatino facta Legitimatio quoad effectum ad paria hodie judicantur.

20. Liberi legitimati legitimis per omnia æquantur, exceptis in casibus hic recensitis.

21. Legitimatus non à patre tantum, sed & ab omni sanguine conjuncto pro legitimo agnoscendus est, ex ratione hic annexa.

22. Tertia dubitandi ratio, quæ demonstrat quod hodie citatio, consensus vel ipsa plane patris supplicatio ad actum legitimationis necessarius non sit.

23. De Jure Civili Justinianeo quid ad legitimationem per rescriptum Principis ejusque formam requiratur, ostenditur.

24. 25. & 26. Moribus tamen hodiernis, per late hic deducta, non amplius requiruntur.

27. Quarta dubitandi ratio in tenore instrumenti legitimationis se fundat.

28. Quinta dubitandi ratio se fundat in proximè præcedenti, ut & in condemnatione ad alimenta.

29. Dotis & alimentorum causa eundem in jure favorem habet.

30. & 31. Ex rationibus hic subjunctis.

32. Imò dotis causa à plurimis favorabilior quam alimentorum censetur.

33. Sexta dubitandi ratio fundatur in obligatione, patri naturali jure, filiam dotandi, incumbente.

34. Jus naturæ, ex quo patris obligatio, dotem progeniei suæ constituendis oritur, inter naturales & legitimos non distinguit.

35. Septima dubitandi ratio fluit juxta plurium Ddrum opinionem ex Jure Canonico, vi cujus patri dotationem naturalis filiæ incumbere censent.

36. Octavum dubium est, quia in favorabilibus Parentes & liberi naturales etiam horum nomine veniunt.

37. Nona dubitandi ratio consistit in hoc, quod Pater etiam ad dotem filiæ præstandam teneatur, licet ipso inscio nupserit.

38. & 39. Ratio decidendi prima consistit in hoc, quod onus, dotandi liberos, Patri ex juris necessitate incumbens ad liberos legitimos, qui Patrem honeste demonstrare valent, & sub ejus potestate patria constituti sunt, solummodo, neutiquam verò ad naturales liberos extendatur.

40. Liberis naturalibus pater dotem constituere potest, si vult, non tamen tenetur, ad quod probatur ex L. 19. ff. de Ritu Nupt.

41. *Præter hanc Constitutionem nulla alia lex expressa, quæ Patrem filios dotare cogit, in Jure nostro extat.*
42. *Lex finalis Cod. de Dot. promiss. quidnam propriè disponat, hic explicatur.*
43. *Non alii quam in Patria potestate existenti filiæ dotem dare pater cogi potest.*
44. *Leges hac de materia latæ duas quasi partes continent, quæ hic explicantur.*
45. *Dotis constitutio filiæ à Patre ab ipsius potestate liberata facta, est mera liberalitas, nec Pater ad illius præstationem potest cogi, ex ratione hic subjuncta.*
46. *Secunda decidendi ratio, quod pater naturali filiæ dotem constituere non teneatur, deducitur ex l. 41. §. 11. ff. de Legat. 3.*
47. *Tertia decidendi ratio se fundat in L. 8. C. de Nat. Lib. & Nov. 89. cap. 12.*
48. *Quarta decidendi ratio consistit in hoc, quod Pater tum filiæ summam ducentorum florenorum, quæ ipsi dotis loco esse possunt, tum & Matri impregnatæ summam quingentorum florenorum pro dote jam solverit.*
49. *Duplici vel triplici onere sine legum authoritate nemo gravandus.*
50. *Quinta & ultima decidendi ratio deducitur exindè quod filia legitimata fuerit patre ad actus illius neque citato, neque adhibito prius ipsius consensu.*
61. *Tum de Jure Civili Justinianeo, tum hodierno, ad hunc effectum, ut liberi in patris naturalis potestatem transeant, omniaque familiæ jura consequantur pro forma legitimationis requiritur, ut patris voluntate & consensu fiat.*
52. & 53. *De Jure Civili Justinianeo quod hoc pro forma legitimationis requiratur patet ex textibus juris hic allegatis.*
54. *usque 60. Moribus hodiernis quod pariter pro legitimationis forma requiratur, tum ex antiquioribus tum novioribus juris interpretibus prolixe demonstratur.*
61. *Quod si verò, neglecto Patris consensu, sit facta legitimatio, tunc legitimato nullum planè familiæ & hinc nec jus petendæ dotis offert.*
62. *Sed talis legitimatus respectu patris non consentientis consideratur adhuc tanquam naturalis.*
63. *Respondetur ad superius adductum dubium primum remissivè.*
64. & 65. *Ad secundum dubium respondetur, quod in substrato circa legitimationis actum forma præscripta, in adhibendo patris consensu, non fuerit adhibita.*
66. & 67. *Ad tertium & quartum respondetur, negari quod citra patris consensum legitimatio hodie ita fieri possit, ut liberi in præjudicium patris in ejusdem potestatem & familiam transeant.*
68. *Responsio ad quintum dubium explicat modum legitimationis à Principe ex plenitudine potestatis valide factæ.*
69. *Quomodo legitimatio à Comite Palatino Principis nomine in substrato facta sit intelligenda, explicatur.*
70. *Pater naturalis filiæ legitimatæ dotem dare cogi in substrato non potest.*
71. *Alimentorum atque dotis causa diversa plane est, ex ratione hic subjuncta.*
72. *Argumentum ab alimentis ad dotem negativè quidem, neutiquam verò affirmativè procedit.*
73. *Nec obstat favor dotis.*
74. *Circa sextum dubium negatur, quod quilibet pater de jure naturæ quamcunque filiam dotare teneatur.*
75. *Solonis & Lycurgi leges circa dotium constitutiones occasionaliter allegantur.*
76. *Ægyptii valdè à dotibus abhorruerunt.*
77. *Aliæ gentes hujus quidem rationem habuerunt, ipse tamen maritus uxori dotem dedit.*
78. *Romani verò dotis dationem ex parte uxoris Reipubl. utilem judicarunt.*
79. *Quod & aliis moratioribus gentibus placuit, quanquam dotis constitutio quoad speciem indifferens manserit.*
80. *Dotis constitutio est saltem juris positivi, & à Jure familiæ dependet, cui filia naturalis non inest.*
81. *Ad septimum dubium respondetur partim remissivè, partim etiam per hoc quod alimenta Dotis loco jam fuerint soluta.*
82. & 83. *Octavum & nonum dubium, ob cessantem dotandi necessitatem, nihil operari.*

1 ALs uns Decano und andern Doctoribus der Juristen Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Wirtembergisch. Universität Tübingen, wieder mitkommende wenige Acta um Ertheilung unsers rechtlichen Gutachtens, vor dem jüngst-entstandenen Alarm und Troublen dieser Orthen, zugesandt worden; So haben wir, nachdem sich selbige einiger massen geleget, und die so wohl daraus, als sonsten vorhin aus obgehabten vielen Amts-Geschäfften zugewachsene Hindernissen aus dem Wege geraumet und cessiren, nicht ermangelt, solche unter Handen zu nehmen und mit gebührendem Fleiß zu durchgehen, da wir dann forderist befunden, was gestalten 2
bey Hochgräfl. Hanauischer Cantzley Anna Maria Muhtin klagend angebracht, daß ihre Tochter mit einem Schneider sich in Eh-Verlöbniß eingelassen, und solche Christlicher Ordnung nach zu vollziehen entschlossen.

Weil

Weil selbige aber nicht nur zu Fortsetzung ihrer vorhabenden Hochzeit, sondern auch zu Anstellung einer eignen Oeconomie und Haushaltung eines mercklichen Stuck Gelds vonnöthen, und dann Herr Carl Pels der Aeltere ihr nicht nur die alimenta à tempore nativitatis zu reichen, alles von ihm dagegen beschehenen Einwendens ungeachtet, durch Urtheil und Recht condemnirt, auch sothanige Urtheil an dem Höchst-preislichen Kayserlichen Reichs-Hof-Rath confirmirt worden, sondern auch dieselbe nachdem sie Krafft Legitimations-Scheins alle denen ehelich gebohrnen Kindern zu gut kommende Zu- und Ansprüche an ihres Vatters Facultates erlangt, einfolglich er diese seine Tochter juxta illud: Patris officium est dotare liberos, pro conditione & modo facultatum suarum ehrlich
3 auszusteuren verpflichtet; So sey ihr höchstflehentliches Bitten zu erkennen und zu sprechen, daß ermeldter Herr Pels sein- und ihrer Tochter zu Fortsetzung ihrer vorhabenden Heyrath und Anstellung einer eigenen Oeconomie 2000 Reichsthaler Heyrath-Guts refusis expensis zu geben und auszuhändigen schuldig und gehalten seyn sollen, cum Implor. solita.

4 Uff welche Klage sich Herr Pels nicht ehender einzulassen und zu antworten schuldig erachtet, biß Klägerin gebührend cautionem de reconventione & expensis geleistet, und durch Producirung des Legitimations-Scheins erwiesen haben würde, ob, wie und welcher Gestalt, auch auf wessen Vorbitte und Begehren ihre Tochter legitimiret worden sey, dazu er sie anzuhalten gebeten. Nachdem sie nun hierauf replicirt und das Instrumentum Legitimationis producirt, hat er eine gründliche Exception- und Bitt-Schrifft mit Beylag A. & B. eingegeben, darinn er forderist dem vorigen petito ratione cautionis inhæriret, daneben aber eventualiter weitläuffig deducirt, daß er nicht der vermeintlich legitimirten Muthischen Tochter Vatter sey, und wann man ihn schon davor gehalten, demnoch 2.) zu der Legitimation weder citirt worden, noch darum angesucht oder in dieselbe consentirt, sondern solche ex falsissima causa von Gegentheilin erschlichen worden, nicht weniger 3.) elapso termino & tempore alimentorum sie die dotem, quæ in locum alimentorum succedit, nicht fordern könne, zumahlen da 4.) ihre Tochter ohne Vorwissen und Einwilligung ihres jedoch ohne Grund der Wahrheit angegebenen Vatters sich mit einem Schneider
5 ehelich eingelassen. Und demnach gebeten, ihn von der muthwillig angestellten Klag zu absolviren, die Klägerin aber mit gebührender Straffe zu belegen, Implorato Judicis officio.

Zu mehrerer Sicherheit aber hat er für gut angesehen sich in der Sache aus denen Rechten belehren zu lassen, und gebeten, ihm über diesen Puncten

Ob Klägerin Krafft der beschehenen Legitimation ihrer Tochter von ihm eine dotem für selbige zu prætendiren zu Recht befüget sey?

Unser rechtliches Bedencken zu communiciren, welches wir Pflichten halber nicht abschlagen können, demnach in versammletem Collegio davon nach Nothdurfft reifflich deliberirt, und einmüthig in negativam geschlossen.

Denn ob es wohl anfangs kein geringes Ansehen zu haben scheinet, ob wäre Kl. wohl befugt von Herrn Pelsen congruam dotem für ihre legitimirte Tochter zu prætendiren.

Erstlich dieweil Herr Pels durch Urtheil und 6
Recht von Hoch-Gräfl. Hanauischer Regierung condemniret worden, die von Klägerin anno 1671. zur Welt gebrachte, jetzo sich mit einem Schneider verheyrathende Tochter alles Einwendens und Erbietens, einen leiblichen Ayd auf gewiße übergebene Puncten zu dem allwissenden GOTT dahin abzulegen, daß sie Klägerin von ihme nicht geschwängert worden, und er ihrer Tochter Vater nicht sey, ungeachtet, für sein Kind zu erkennen, und ihr die alimenta à tempore nativitatis zu reichen, welche Urtheil interposita appellatione an Höchstpreisl. Kayserlichen Reichs-Hof-Rath confirmirt, und in rem judicatam getreten, demnach anjetzo in keinen Zweifel mehr gezogen werden kan, daß er vor den Vater gedachter von Kl. zur Welt gebrachter und jetzo verheyrathender Tochter zu halten,

ex quo constat rem judicatam pro veritate haberi 7

l. 25. ff. de stat. hom. l. 207. de reg. jur.
Socin. *reg. 365.*

tantæque esse authoritatis & potentiæ, ut 8
jus faciat inter partes

d. l. 25. c. cum inter. 13. c. in causis. 19. X. de re jud.

notorium inducat 9

l. 10. §. 12. ff. de act. empt.

ex nigro album, ex albo nigrum reddat, ut 10
loquuntur Doctores

Bald. *in c. in præsentia. x. de renunc.*

Cui omnino immotè standum esse, rescribi- 11
tur

in l. 1. C. de rejud.

ut litium sit finis 12

l. 1. ff. de rejud. l. 6. ff. de except. rei jud.

quarum nullus futurus esset, si liceret parti- 13
bus semel decisa & definita quasi refricare & denuo in judicium deducere; in quo tamen antea omnia juste, ritè & solenniter esse acta & judicata, præsumptio est, authoritate judicis, qui tanquam minister DEI & justitiæ, bonusque vir & Juris disceptator est, omnem fraudis & læsionis suspicionem excludente

c. in præsentia. x. de renunc. c. sicut nobis. 16. §. ult. x. de sent. & rejud. l. 1. in f. ff. de offic. Præsid. l. 2. §. 20. ff. de vi bon.

bon. rapt. l. 1. C. de præd. & al. reb. min. l. 12. C. de pact.

14 adeo ut contra rem judicatam nemo facile sit audiendus

Imol. *in c. tenor. x. de sent. & re jud.*

15 nec prætextu novorum instrumentorum, aut etiam Principis Rescripto ea retractanda, cum plenissimum Jus tribuat, quod nec Princeps ex plenariâ potestate immutare vel auferre alicui potest.

l. 16. C. de transact. l. ult. C. sent. rescind. non poss.

16 Ist er nun den Rechten nach für den Vater zu achten, so scheinet er auch denselben nach schuldig und verbunden zu seyn sothane Tochter congrua dote zu versehen,

17 cum paternum sit officium dotem pro sua dare progenie

l. fin. C. de dot. promiss.

18 Und zwar so mehr 2.) weil sie à Comite Palatino legitimiret ist, besage des von Klägerin producirten Legitimations-Scheins, und also das Recht der ehelich gebohrnen Kinder dadurch erlanget hat.

19 Juris enim tralatitii est, Legitimationem per Rescriptum Principis, seu quod idem hodie est, authoritate Cæsarea à Comite Palatino, factam tollere & abstergere omnem nativitatis maculam, natalibus plene restituere, legitimatos ponere in eum statum, in quo nasci potuerunt legitime nati, adeoque eos justos facere liberos, tribuere jus suitatis, agnationis, nobilitatis, familiæ, mutuæ successionis &c.

Palæott. *de nothis & Spuriis cap. 62. n. 2.* Cothmann. *vol. 3. Resp. 33. num. 96.*

20 Et in universum, legitimatos vi illius legitimis per omnia æquari, nec diversa de iis admitti, nisi aut lex discernat, aut ratio diversitatis, quæ adesse creditur in dignitatibus eminentioribus.

Nov. 89. c. 9. inf. Ord. Camer. *p. 1. t. 3. §. 2.* Mynsi. *4. Obs. 31.* Jul. Magenhorst *ad Ord. Cam. d. p. 1. tit. 3.* verb. *auch rechter, natürlicher ehrlicher Geburt &c.* Collega noster D. Schweder *in Introd. ad Jus Publ. Imper. noviss. part. Spec. sect. 1. cap. 16. num. 12.* Fulv. Pacian. *lib. 2. c. 41. n. 121.*

21 Quod in tantum procedit, ut non à Patre tantum, sed etiam ab omni conjuncto sanguine pro legitimis agnoscendi sint, quibus eos conjunxit natura, non plane separavit naturalis macula

Ruin. *vol. 3. Cons. 94. num. 7.*

22 Welches Recht sie zu erlangen 3.) dadurch dem Ansehen nach nicht verhindert werden mögen, daß Herr Pels nicht zur Legitimation citirt worden, nichts darum gewußt, weniger darein consentirt, zugeschweigen selbst darum angesucht und supplicirt habe, in Erwegung

23 quod licet de Jure Civili Justinianeo ad legitimationem per Rescriptum Principis opus, imo pro forma requisitum fuerit, 1.) ut legitimandus naturalis ex concubina susceptus, & ita 2.) non ex damnato coitu natus fuerit. 3.) Pater commode concubinam ducere non potuerit ob mortem ejus, vel aliam justam causam, 4.) ipse Pater Principi supplicem libellum obtulerit & 5.) liberos alios legitimos non habuerit

Nov. 89. c. 9. & 10. Dn. Collega D. Schweder *d. l. n. 11.*

24 Hodie tamen hæc omnia fere aliter sese habeant, cum & Spurios moribus, concubinatu per noviores Imperii Leges inter prohibitas & damnatas conjunctiones relato,

vid. *Reform. guter Policey de anno 1530. 1548. & 1577. tit. von leichtfertigen Beywohnungen.*

25 per Rescriptum Principis legitimari posse indubium sit, nec 2.) hodie amplius exigitur ut deficiant liberi legitimi, sed iis etiam existentibus legitimatio per Rescriptum fieri potest, modo ipsis in legitima non inferatur præjudicium. Cessat 3.) hodie quoque hoc requisitum, quod Pater concubinam ex justis causis ducere non potuerit, atque ut ipse Principi vel Comiti Palatino libellum obtulerit. Nam utut superstes sit concubina 26 & duci possit, tamen propterea legitimatio non denegari solet, inductum præterea moribus est, ut Spurii ipsi Principem vel Comitem Palatinum adeant, & Patre vel ignorante vel mortuo legitimationem petant, quod contra omnem legitimationis rationem receptam testatur

Joh. Strauch. *Dissert. 4. th. 12.* Dn. Stryk. *in Specim. usus modern. Pandect. lib. 1. tit. 5. §. 15. seqq.*

27 Inmassen dann 4.) ausdrücklich in dem Legitimations-Schein enthalten, daß er Herr Comes Palatinus, der Annâ Mariâ Muthin Tochter legitimiret, Krafft empfangener Kayserlicher Vollmacht und Gewalts ersigemeldte ihre Tochter Mariam Judith legitimire und ehrlich mache, auch mit ihro dero unehrlichen Geburt halber dispensire, solche Macul von ihro gäntzlich aufhebe, abthue und vernichte, einfolglich sie in die Ehr und Würde des ehelichen Standes setze und erhebe, also und dergestalt, daß ihro, deren Kindern und Nachkömmlingen solche ihre uneheliche Geburt, weder in- oder ausserhalb Gerichts noch sonsten in keine andere Weyse zu keiner Schmach vorgehalten, noch sie deren in einigen Händeln oder Sachen entgelten, sondern für ehelich gebohren gehalten, und zu allen Ehren, Würden, und Zünfften, Handwerckern und dergleichen, wie andere, so von Vater und Mutter ehelich gebohren seynd, angenommen und zugelassen werden, und derselben auch aller und jeglichen Gna-

den,

den, Freyheiten, Recht, Gerechtigkeiten und guten Gewohnheiten in allen und jeglichen Sachen empfänglich, dazu tauglich und gut, auch aller Erbschafften, es sey durch Testament, letzten Willen, Donation oder ab intestato und in alle andere Wege fähig seyn, und sich dessen allen und jeden, sammt und sonderlich freuen, gebrauchen und geniessen solle, könne und möge, dafür sie auch von männiglich gehalten und darwider nicht beschwehret werden soll. ꝛc.

Posito jam juxta hactenus dicta, daß Kl. Tochter vor des Herrn Pelsen Tochter auch
28 müsse gehalten werden, und vi ac vigore legitimationis die Jura der ehelich gebohrnen Kinder erlangt, scheinet 5.) unwidersprechlich und nothwendig zu folgen, daß sie optimo maximo jure befugt von ihm Herrn Pelsen congruam dotem zu fordern, und er solche zu geben keines wegs sich entschütten möge, so weniger weil er vorhin schon condemnirt worden ihro zwey hundert Thaler pro alimentis zu reichen,

29 Causa autem dotis æque favorabilis est ac causa alimentorum, pro qua in dubio semper fieri debet interpretatio ac judicari.

Joh. Renaud. *de monet. num. 8.*

30 dum pro pia causa habeatur

Joh. Roy *in Epit. Succeſſ. cap. 33. num. 7.*

Baldus *Novell. de dot. part. 5. num. 3.*

Joh. Bosche *de nupt. lib. 6. n. 11.*

31 alimentis æquiparetur, & inter necessaria computetur

Damhoud. *in pupill. patroc. cap. 9. n. 82.*

Marsil. *de Eccles. redit. cap. 32. n. 1.*

32 imo favorabilior quoque à plurimis censetur, quam causa alimentorum, vel alia pia causa.

Damhouder *d. c. 9. num. 56.*

33 Zumahl da 6.) ein jeder Vatter jure naturali obligirt, seiner Tochter ein Heyrath-Gut zu schöpffen, und sie, so gut er immer kan, zu elociren.

ita, ut dotando Pater debitum naturæ solvere dicatur

Damhouder. *d. c. 9. num. 50.* Fort. Garz. *de ult. fin. Jur. Canon. & Civil. num. 14.*

34 Dahero nothwendig zu folgen scheinet, daß Herr Pels in allweg schuldig und verbunden sey, diese seine filiam naturalem postea legitimatam zu dotiren, und sich dessen durchaus nulla ratione wegern könne, um so mehr, als er solches zu thun gehalten, wann sie gleich nicht wäre legitimiret worden, sondern Filia naturalis geblieben, weil das Jus naturæ, ex quo oritur obligatio Patris dotem progeniei suæ constituendi keinen Unterschied weiß oder macht inter liberos naturales & legitimos, sondern das discrimen inter liberos legitimos & illegitimos nur Jure Civili eingeführt ist ex doctrina

Henr. Henning. *ad Grot. de Jur. bell. & pac. lib. 2. c. 7. num. 8.* verb. *naturaliter is partus &c.*

Gestalten 7.) nicht wenig von den vor- 35
nehmsten Rechtslehrern der beständigen Meynung seyn, und dociren

quod Pater omnino etiam Filiam naturalem dotare teneatur si non Jure Civili, tamen Jure Canonico, ad minimum pro quantitate alimentorum omni jure debitorum.

Covarruv. *de matrimon. part. 2. §. 6. de aliment. & aliis juribus illegitim. num. 25.* & ibi longa serie allegati. Cornel. Benincas. *de privil. paupert. quæst. 8. special. tertio in contract. num. 6. seq.* Ascan. Clement. *de Patr. Potest. effect. 11. num. 8. seqq.* Boer. *dec. 122.* Matth. Matthesil. *sing. 146.* Ant. Capyc. *dec. 164. 181.* Petr. Benintid. *dec. 22.* Anton. Thessaur. *dec. 211. num. 1.* Vincent. de Franchis *dec. 104. num. 7. & dec. 233. num. 11. seq.*

Quod 8.) tanto quidem magis asseren- 36
dum videtur, quia in favorabilibus, cujus generis causam dotis esse supra dictum, appellatione Parentum & liberorum veniunt quoque Parentes & liberi naturales

Joh. Papon. *lib. 20. tit. 3. arrest. 2.*

Und kan sich 9.) Herr Pels von solcher 37
Schuldigkeit, wann selbige in Rechten sonst gegründet, damit nicht ausbalfftern, wann er gedenckt diese seine Tochter habe sich ohn seinen erforderten consens in eheliches Verlöbniß mit dem Schneider eingelassen, weil solches nicht pro justa causa dotem denegandi gehalten wird, sintemahlen juxta communiori Ddrum calculo approbatam sententiam Pater etiam Filiæ, ipso inscio nubenti dotem dare cogitur, ut pluribus eam sententiam firmat

Fachin. *lib. 3. controv. cap. 45.* Joh. Petrus Surd. *de aliment. tit. 1. quæst. 6. num. 17.* Gail. *2. Observ. 95. num. 11.* Ascan. Clement. *de Patr. potest. effect. 6. num. 13. seqq.* Sed vid. Bachov. *ad Treutl. v. 2. Disp. 7. th. 2. lit. G.*

So halten wir doch, dessen allen, und was noch weiter scheinbarliches angeführt werden möchte, ungeachtet, beständig dafür, daß Klägerin keineswegs zu recht befugt sey Krafft beschehener Legitimation ihrer Tochter für selbige eine Dotem von Herrn Pelsen zu prætendiren.

Denn ob er wohl durch Urtheil und Recht 38
von Hochgräflicher Hanauischer Cantzley condemnirt worden, die von Klägerin ausser Ehe erzeugte, und anno 1671 gebohrne, jetzo sich verheyrathende Tochter Maria Judith vor seine Tochter zu erkennen, und ihr der Klägerin 500 Reichsthaler pro defloratione, der

Tochter aber 200 Reichsthaler pro alimentis zu zahlen, auch solche Urtheil an Höchstpreislichem Kayserlichen Reichs-Hof-Rath confirmirt und vires rei judicatæ erlangt, deßwegen er Herr Pels nunmehro vor ihro der Maria Judith Vatter zu achten, so ist er doch derenthalben nicht schuldig worden, mit und neben den ihr zuerkannten alimentis, oder über solche, ihr jetzo zur Zeit ihrer Verheyra-
39 thung auch noch congruam dotem nolens volens zu geben, weil das onus dotandi liberos Patri ex juris necessitate incumbens sich allein ad liberos legitimos, qui Patrem honeste demonstrare valent, & sub ejusdem potestate patria constituti sunt, erstreckt, ad liberos naturales autem ex concubinatu per Reformationes Politicas Imperii hodie sublato, aliosque illegitimos ex stupro & alia prohibita conjunctione prognatos, qui Patrem honeste demonstrare nequeunt, durchaus nicht zu extendiren.

40 His enim ceu sub patria potestate illius non constitutis licet possit si velit, non tamen ex Juris necessitate tenetur & invitus compellitur Pater dotem constituere. Id quod probatur primò ex

l. 19. ff. de rit. nupt. cujus verba sunt: *Qui liberos, quos habent in potestate, injuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt, ex Constitutione Divorum Severi & Antonini, per Proconsules, Præsidesque Provinciarum, coguntur in matrimonium collocare & dotare. Prohibere autem videtur, & qui conditionem non quærit.*

41 Præter hanc Constitutionem Divorum Severi & Antonini Imperatorum cujus fit mentio in verbis modo relatis, nullam aliam Legem expressam, quæ Patrem filias dotare cogat, in Jure nostro habemus, proinde totius rei decisio ex ea Constitutione dependet. Nam. *L. fin. C. de dot. promiss.* nihil novi quoad hanc partem constituit, sed claris verbis ad leges antiquas se tantum refert hisce formalibus: Neque enim incognitæ sunt leges, quibus cautum est, & ideo nihil amplius continet, quam in *d. l.* habetur, relatum enim est in referente cum
42 omnibus suis qualitatibus. Ast dicta Constitutio Severi & Antonini Impp. agit tantum de filiabus in patria potestate existentibus, & has dotare Patrem cogit, non ergo trahi potest ad filias naturales, quas in potestate Patris non esse vel dupondiis aut novis Justinianeis, qui primis modo labris jus degustarunt, plus quam notum est. Et quamvis

in d. l. fin. C. de dot. promiss.

in genere dicatur Paternum esse officium filiabus dotem constituere, sine distinctione, an in potestate Patris sint, vel non: Attamen notandum, naturalem quidem rationem suadere, ut Pater filias suas sive sub potestate ejus sint, sive non, legitimas tamen, dotet, eaque ratione dici paternum esse officium dotem pro sua dare progenie, hoc tamen officio non cogi patrem reluctantem ad munus id adimplendum semper & sine discrimine liberorum, nam antequam Constitutione Marci & Veri Impp. cautum & introductum fuisset, ut pater cogi posset, dotem filiabus in potestate ejus existentibus constituere, Celsus, qui Hadriani tempore vixit, jam tum scripsit, officium paternum esse dotem filiæ dare

l. 6. ff. de collat. bon.

nec tamen aliis, quam in patris potesta- 43
te existentibus, ut dotem dare cogi possit Pater, laudati Imperatores sanciverunt. Nihil ergo est, quod urgeatur *d. l. ult.* loqui de officio, quo ex legibus positivis injungitnr Patri dotare filias. Nam ex dictis satis patet, leges positivas approbasse primò dictamen rationis naturalis suadentis Patri dotem dare filiabus, deinde dedisse facultatem judici cogendi Patrem, si per injuriam dare negaverit.

d. l. 19. ff. de rit. nupt.

Habent itaque leges hac de re latæ duas 44
quasi partes. Prima continet approbationem dictaminis naturalis suadentis Patri dotem dare filiabus. Secunda continet facultatem datam jus dicentibus cogendi Patrem ad dotem dandam, si per injuriam eam dare noluerit, & ex hac secunda parte Pater cogitur dotem dare, non ex prima. Secunda autem illa pars non nisi filias in patria potestate constitutas complectitur

d. l. 19.

Licet prima etiam à sacris paternis libe- 45
ras, legitimas tamen, contineat, de qua Justinianus Imperator

in d. l. fin.

agit, non semel modo vel iterum, sed sex planè vicibus dotem datam eo in casu, quo dixerat officium paternum esse dotem hujusmodi dare, liberalitatem appellitans, quod absurde dictum esset, & perperam toties inculcatum, si ad eam dandam Pater cogi posset, nemo enim liberalis existit in necessitatibus, nec quisquam liberalitatem dici potest exercere, quando actum facit, ut se ab onere à legibus sibi injuncto eximat

l. 1. de donation. l. 18. de adim. legat. add. *l. 44. l. 51. ff. de jur. dot.* Strauchius *Diss. 3. th. 4.* Colleg. Jur. Arg. *lib. 23. tit. 3. th. 5. num. 3.* Arum. *ad Pandect. Disp. 15. th. 7.* B. Dn. D. Lauterbach. *ad tit. de jur. dot. §. 11.* Brunnemann. *ad l. 44. d. t. de jur. dot.* Merend. *lib. 3. controv. cap. 15.*

Clarius

46 Clarius 2.) idem in specie de Filia naturali, quod eam nempe Pater haud cogatur aut teneatur ex juris necessitate dotare, probatur ex

l. 41. §. 11. de legat. 3. ubi Pater debitor filiæ naturalis ex causa fideicommissi fuit, & eam postea simpliciter dotavit, hinc orta quæstio an superesset fideicommissi petitio? Respondet JCtus, superesse si non ratam habuerit dotationem, à contrario sensu ergo sequitur, quod si ejus voluntate facta sit dotatio, fideicommissum cum dote compensetur, quod quia dici non posset aut deberet, si Pater cogi posset, filias naturales dotare, inde colligunt commun. Dd. patrem naturalem minimè teneri dotare filiam naturalem, & in dubio eam potius ex bonis ejus propriis, quàm ex suis dotare secus atque de Patre legitimo leges præsumunt & constituunt. Brunnemannus *ad d. l. 41. §. 11. num. 3. 4.* Petrus Barbosa *ad l. 1. ff. solut. matrimon. p. 4. num. 49.* Sichardus *ad l. fin. C. de dot. promiss. num. 32.* Colleg. Jur. Argent. *lib. 23. tit. 3. th. 5. num. 4.* Strauch. *dict. loc.* Bachov. ad Treutler. *vol. 2. Disp. 7. th. 2. lit. C. H.* Arum. *dict. loc.* Struv. *Ex. 30. th. 3.*

47 Facit eo 3.)

L. 8. C. de nat. liber. j. Nov. 89. c. 12. ubi Patri datur potestas, ut si liberos legitimos habeat, liberis naturalibus ex concubina susceptis unam solam unicam donare vel ultima voluntate relinquere possit. Cum vero ipsi hæc potestas libera detur, oppido patet quod ad eam donandam neutiquam cogi possit. Poterit ergo, si velit, hoc casu usque ad istam unciam dotare, sed non cogetur continuo. Si liberi legitimi ei non sint, poterit iterum quidem pro arbitrio filiam naturalem dotare

d. Nov. 89. c. 12.

ast rursus non cogitur ea vel ulla alia lege.

48 Welche gantz klare und offenbare Jura 4.) hier in diesem unserm Fall so mehr anschlagen und Platz finden, so daß Herr Pels nulla ratione Klägerin Tochter das Geringste pro dote zu geben angehalten werden möge, weil sie bereits von ihm Herrn Pelsen 200 Reichsthl. pro alimentis empfangen, die sie noch wohl in salvo haben wird und marito dotis loco jetzo geben kan, deßwegen obgleich einige seyn, die wollen, quod Pater filiam naturalem, si plane sit inops, ut propter paupertatem nubendi conditionem invenire nequeat, usque ad quantitatem alimentorum dotare debeat, si non Jure Civili saltem Jure Canonico, so könnte er Herr Pels doch hier zu nichts weiter angehalten werden weil er seiner obligation in præstatione alimentorum schon ein Genügen gethan, eo ipso, daß er ihr pro alimentis die zugesprochene 200 Reichsthl. gezahlet, dazu der Mutter 500 Reichsthl. dotis loco numeriret, davon jetzo der Tochter wohl ein dos marito afferenda constituirt werden kan, ohn des Patris naturalis weitere Beschwehrde, dannenhero er, Herr Pels, als Pater naturalis filiæ suæ huic naturali, quæ nubendi conditionem jam invenit, über bereits bezahlte 200 Reichsthaler loco alimentorum, jetzo auch noch ein dotem zu geben keinesweges schuldig,

cum nemo duplici vel triplici onere sine 49
legum authoritate gravari debeat, id enim naturali æquitati quam maximè repugnat.

l. 4. §. 2. ff. ad L. Rhod. de jact. l. 16. §. 3. ff. ad SCt. Trebell. l. 34. §. 5. de leg. 2. Barbos. locuplet. *lib. 13. cap. 22. ax. 7.*

5.) Kan die erfolgte Legitimation der Mu- 50
thischen Tochter auch solches nicht würcken daß Herr Pels derentwegen und vermöge derselben sollte de Jure schuldig und verbunden seyn, gedachter seiner filiæ naturali ultra solutos 200 thaleros pro alimentis noch itzo zur Zeit ihrer Verheyrathung eine dotem weiter zu geben, weil sothane Legitimatio ohn sein Wissen, Einwilligung und Consens geschehen auf einseitiges suchen und bitten der Mutter und Tochter und er Herr Pels nicht einmal dazu citirt oder ihm denuncirt worden, da so wohl de Jure Civili Justinianeo, als hodierno pro forma legi- 51
timationis ad hunc effectum, ut legitimati liberi in Patris naturalis potestatem & familiam transeant, jus suitatis, agnationis, nobilitatis, successionis paternæ & ut pater eos dotare aut donationem propter nuptias pro iis facere teneatur ex juris necessitate, erfordert wird, ut Patris voluntate & consensu eadem omnino fiat.

De Jure Civili Justinianeo pro forma le- 52
gitimationis ad istum effectum requiri patris voluntatem liberos Principi offerentis, aut saltem in testamento desiderantis ut beneficium hoc filio vel filiæ impertiatur, evidentissime patet ex

Nov. 89. c. 9. pr. ibi: Si quis *voluerit* 53
legitimam suam facere sobolem &c. ibi: *& voluerit eos restituere naturæ & antiquæ ingenuitati, & legitimos de cætero & sub potestate habere &c. d. c. §. 1.* ibi: Sit igitur licentia Patri &c. Imperio preces offerre hoc declarantes, *quia vult naturales suos filios restituere naturæ & antiquæ ingenuitati & juri legitimo, ut sub potestate ejus consistant, nihil à legitimis filiis differentes &c.* cap. 10. ibi: *testamentum volens sibi legitimos esse filios successores, & in hoc damus ei licentiam & fiduciam, supplicantibus tamen etiam sic filiis post mortem Patris & hoc dicentibus & ostendentibus Patris testamentum &c.*

54 Requiri verò idem etiamnum moribus nostris, nec in desuetudinem abiisse, aut contraria consuetudine abrogatum esse, docent passim tam recentiores quam veteres Juris interpretes de viridi observantia testantes.

55 Sic novissimè Dn. Sam. Stryk. *in Specim. usus modern. Pand. lib. 1. tit. 6. §. 18.* ita scribit:

Moribus quoque illud adscribendum quod liberi naturales & Spurii ipsi Principem adeant & legitimationem *Patre vel ignorante vel mortuo* petant, quod magna Juris perversitate receptum esse testatur

Strauch. *Disp. 4. th. 11.*

Verum res salva est si legitimationis effectus tantum restringatur ad legitimatum, nec extendatur in Patris aliorumve præjudicium. Nihil enim obstat, quo minus Princeps Spurium vel naturalem etiam *inscio Patre* legitimare possit, *non ut Patri succedat vel Juribus familiæ fruatur*, sed ne ipsi defectus natalium opponi possit, quo minus ad Collegia Opificum, aliasve dignitates admittatur. Idem est si mortuo Patre, (citra hujus destinationem, *de quo in Nov. 74. c. 2.*) legitimatus sit, ubi hereditatem paternam non recuperat, nec aliis agnatis præfertur ac succedit, *nisi hi in legitimationem consenserint*,

Carpzov. *p. 2. c. 6. d. alt. in fin.*

vel Princeps ex potestate absoluta legitimaverit. Gail. *2. O. 142. num. 16.* quod tn. facere non solet. *l. 4. C. de emanc. lib.*

Gemina his tradit laudatus Author *in tr. de success. ab intest. Diss. 1. cap. 2. n. 75. & 76.* inquiens: *Si voluntas aut destinatio Patris*, in testamento scribentis se velle naturales liberos sibi legitimos esse successores, *non adsit, & filii naturales proprio motu* legitimationem impetrent, ea *Patri & agnatis non præjudicat*. Distinguendum ergo inter effectum legitimationis ratione præjudicii tertii, & ratione status personæ: quoad illum *plane nulla* est legitimatio, quoad hunc vero valet, ob autoritatem legitimantis, in tantum, ut pro illegitimo quoad personam suam haberi, & ita à Collegiis Opificum excludi nequeat legitimatus. Nec absurdum est, aliquem certo respectu legitimum, alio vero respectu illegitimum reputari.

Gail. *2. O. 142. num. 6. in fin.*

Idem innuit Dn. Ziegler *p. m. de Juribus maj. lib. 1. c. 10. num. 7.* scribens:

Requirunt 4.) Interpretes ad legitimationem hanc etiam Patris voluntatem liberos Principi offerentis, aut saltem in testamento desiderantis, ut beneficium hoc iis impertiatur *Nov. 89. c. 20.* quanquam & hic non impediatur Princeps ad liberorum ipsorum petitionem, etiam non supplicantibus Parentibus, eos legitimos pronunciare, utcunque talis legitimatio ad successionem (Patris & agnatorum) nihil proficiat.

56 Similiter ex antiquioribus Juris interpretibus notanter scribit

Anton. de Rosellis *tr. de Legitimatione. libr. 2. de legitimatis Princip. clementia. §. modo viso de causa efficiente &c. num. 7.*

Quæro: Quid si Pater est furiosus vel mortuus, an poterit filius *dempto consensu Patris* se facere legitimari? Credo *quod sic*, sicut *se potest legitimare* se sponte curiæ offerendo, ita & Principi supplicando, *etiam non habens Patris consensum*, ut *in Auth. quib. mod. naturales effic. legit. §. naturales.* quod est verum, ut jura legitimorum consequatur, *non ut sit suus ipsi Patri*, & hoc voluit tx. *in Auth. quib. mod. naturales effic. sui. §. Si vero is qui solummodo &c.* ubi textus dicit, quod legitimatus habeat donum Patris & Principis, i. e. naturæ simul & Legis: Per Principem Jura legis, i. e. legitimationis & per Patrem jura naturæ, i. e. quod suus Patri efficiatur, jus naturæ ergo non habet *sine consensu* Patris, seu absque consensu ejus legitimatus Patri non fit suus.

57 His plane similia tradit Ludovicus de Sardis JCtus Ferrariensis *tr. de natural. liber. ac success. eor. rubr. de legitimat. per Rescript. Princip. impetranda. §. Quinto ex ordine &c.* vers. Primo quæritur:

Quid si Pater sit furiosus & mente captus an possit filius hanc legitimationem impetrare? Quidam resp. quod sic, quia potest filius *etiam patre vivente & non consentiente* se offerre Curiæ. *in Auth. quib. mod. natur. effic. sui. §. si quis igitur ex qualibet &c.* fatentur tamen, quod hoc casu quamvis jura legitimorum consequatur, *non tamen fiat legitimus Patri, quia non consentit.* Sed adverte, quod ille §. loquatur de Patre mortuo, & permittat filio, ut ipse se tunc dare possit Curiæ; nec videtur, quod Patre inscio debeat Princeps aliquem natalibus restituere. *l. 4. l. 5. ff. de natal. restit.* melius igitur & tutius esset dare Curatorem furioso, qui Principi supplicet, ut ejus filii legitimentur. Et idem seq. rubrica: de legitimationis per Rescriptum effectu *n. 7.* ait: Aut Pater vult ut filius legitimetur & non est dubium, quod legitimatus præferatur omnibus in successione Patris, quia tunc nemini fit præjudicium, aut Pater est mortuus, & tunc aut voluit eum esse heredem in testamento, & filius impetrat legitimationem, tuncque idem est, quia præjudicat agnatis, etsi adivissent hereditatem, quia de jure adire non poterant spe testamenti subsistente; *l. 39. de acquir. hered.* aut Pater nihil disposuit sed filius ex se impetrat legitimationem, tunc non præjudicat agnatis in hereditate iis delata, nisi iis citatis & consentientibus sit facta. *l. 1. de natal. restit.* nam hoc casu hæc legitimatio fit contra jus, ergo restringenda, nec debet intelligi cum damno alterius concessa esse. *l. 2. §. merito. & §. Si quis à Principe. ff. ne quid in loc. publ.*

Pari-

58 Pariter ad hoc, ut legitimatio valeat in præjudicium Patris & agnatorum, Patris conſenſum requirit Martin. Laudenſis *tr. de Legitimat. num. 81. ſeqq.* ſcribens, quod legitimatus non auferat bona agnatis, *niſi ſit legitimatus patre conſentiente*, vel pater poſt mortem ſuam ordinaſſet, quod legitimaretur, juxta *Auth. Item ſine legitimis C. de natur. lib.* & hinc inferens, quod, ſi Princeps conceſſerit Comiti Palatino facultatem legitimandi citatis & non citatis, de quorum præjudicio agitur, legitimatio tamen nemine citato facta haud valeat, cum ſit abſurdum, quod Comes Palatinus faciens legitimationem poſſet auferre jus tertii, & dare alteri id, quod noſtrum eſt, ex doctrina

Baldi *in l. Reſcripta. 7. C. de precib. Imp. offerend. & in l. Gallus. §. quid ſi tantum. de lib. & poſthum.* contra Bartol. & Angel. *in d. §.*

additis rationibus, qua Imperator non poteſt citationem tollere, quæ eſt juris naturalis, Clem. Paſtoralis *x. de re judic. l. 3 ff. de juſt. & jur.* nec poteſt auferre jus alteri quæſitum,

juxta Baldum *in l. nam divus. ff. de adopt. & in l. 2. C. de ſervit. & aq.* & alios ibi allegatos.

59 Horum omnium veſtigia premit Benedictus de Barzis *tr. de filiis non legitim. n. 46.* ſcribens: Quær. Numquid poſſit legitimari filius *patre inſcio & invito?* Jacob. de Beloiſo *in Auth. quib. mod. naturalis effic. ſui.* dicit, quod non quantum ad obtinendam Patris hereditatem & jus ſuitatis, quia tunc eſt opus, quod conſentiat ipſe Pater, ut notat etiam Bald. *in l. Gallus. §. nunc de lege. ff. de lib. & poſthum. per text. in d. Auth. §. generaliter.* & idem dicit Guilelm. *de accuſat.* quando fiat legitimatio per ſubſequens matrimonium

arg. l. fin. ff. de his qui ſunt ſui. vel al. jur. & ita dicit Bald. *in l. benignius. de legib.* & de iſto articulo vid. per Angel. *Conſ. 17.*

Conſentiunt ergo Dd. ad unum fere omnes in eo, quod quidem filius aut filia naturalis *per ſe* Legitimationem petere poſſit, vel idem etiam mater facere queat, ſed tamen *Pater*, ſi in vivis adhuc exiſtat, ceu *de cujus præjudicio tum principaliter agitur, omnino citari quoque & conſenſus ejus, vel expoſtfacto, ſequi debeat, ſi jus legitimorum liberorum quoad illum & ejus bona conſequi aut nanciſci velit ac debeat filius vel filia*, alioqui ſi eo ignorante aut invito legitimatio facta aut impetrata fuerit, eadem haud valeat, ſaltem in ejus præjudicium.

arg. l. 2. ff. de natal. reſtit. l. 3. de jur. aur. annul. l. 39. ff. de adopt. Brunnemann. *ad d. l. 2. de nat. reſtit. & d. l. 39.* Ludwig de Sardis *d. tract. rubr. Requiſita in legitimatione impetranda. verſ. Octavo quæritur &c. num. 8. 9.* Jacob de Arcais *in d. l. 39.* Martinus Laudenſ. *de legitimat. num. 81.* Antonius Quetta *Conſ. 68. num. 2. & Conſ. 74. num. 9.* imprimis verò *Conſ. 76. num. 3. & Conſ. 77. num. 11. verſ. Interea procedo &c.* ubi diſerte ita: Clarum eſt quod facta fuit legitimatio in vita Patris, quo caſu non potuit fieri, niſi ſi Pater vivens inſtitiſſet illam fieri, vel licentiam dediſſet illam faciendi aut aliter conſenſiſſet. *Remota licentia & conſenſu inutilis eſt legitimatio, ſaltem ad obtinendam patris hereditatem* (& quod idem, ad obtinendam ab eo dotem) hoc probat tx. *Auth. quibus modis naturalis effic. ſui. §. generaliter*, ut ſicut filius legitimationi conſentit ne invitus tranſeat in poteſtatem, ita pater conſentiat, ne invitus habeat heredem quem nollet, & ita ſentit Bartol. *in d. §. quid ſi tantum.* Salicet. *in Auth. Item ſi quis C. de nat. liber. Dec. 338. n. 9.* dicens hanc concluſionem eſſe irrefragabilem, pro qua adducit Conſilia Baldi & Anchar. *Si itaque Pater non conſenſerit in legitimationem, aperto jure inutilis & inefficax erit.* Eadem fere repetit laud. Quetta *Conſil. 79. num. 8.* In vita Patris, inquiens, non poteſt filius legitimari, *niſi ex licentia & conſenſu Patris.* Quod ſi *ſine conſenſu Patris* feciſſet ſe legitimari, utique *heres ſuus eſſe non poſſet*, (nec adeoque etiam filia ita legitimata ab invito patre dotem exigere.) Probatur *ex text. §. & generaliter. Auth. quibus mod. nat. effic. ſui.* arguendo a filio qui debet legitimationi conſentire, cum per eam tranſeat in poteſtatem Patris & invitus non debet tranſire. Idem in Patre, cum per legitimationem ſibi faciat heredem unde debet conſentire, ne heredem habeat, quem nollet. Et ita ſentit Bartol. *in l. Gallus. §. & quid ſi tantum. de lib. & poſthum.* & ibi ponderat Alexand. utiturque ratione prædicta, & concludit, quod legitimatus ſine Patris conſenſu non poteſt conſequi bona paterna &c. quia ille eſt fundamentum ſuſtinendæ legitimationis in vita patris factæ, nec ſufficit, quod facta ſit clam ipſo ignorante, quoniam ſi requiritur conſenſus, ut de conſenſu Doctorum loquuntur, utique non ſufficit, quod fuerit ignorans, quia ignorans non habet conſenſum.

l. mater. ff. de inoff. teſtam. &c.

61 Woraus gantz klar zu Tage leuchtet daß die Legitimation der natürlichen und anderer unehlichen Kinder, die bey Lebzeiten des Vatterts geschiehet, wann sie ohn daß der Vatter darum angesucht, oder dazu citirt worden, und darein gewilliget habe, geschehen, in Ansehung des Vatters durchaus nicht gültig sey, noch die Krafft und Wirckung habe, daß sie den ohn des Vatters consens legitimirten Kindern das Jus suitatis, familiæ, agnationis, successionis, facultatis dotem à patre invito petendi & similia jura gebe, oder den Vatter binde, daß er sie vor seine rechtmäßige Kinder erkennen und ihnen die Jura angedeyhen lassen müsse, die sonsten die liberi legitimi & naturales statim ab initio nativitatis tales von dem Vatter genieſſen, wohlfolglich diese der von Anna Maria Muthin auſſer Ehe erzeugten Tochter Mariä Judith, auf ihr der Mutter und Tochter Ansuchen ohn beschehene Citation, Wissen und Willen des Herrn Pelsen erfolgte und erlangte Legitimation intuitu sein Herrn Pelsen und der ex ipsius ceu patris persona genieſſenden Kinds-Rechtens so sonsten den liberis legitimis zukommt, gantz nichtig, ungültig und unkräfftig sey, auch selbige ihn durchaus nicht adstringire und binde, daß er der ohn sein Wissen und Willen legitimirten Tochter ein dotem nolens volens geben müsse, und dazu à Magistratu desuper implorato condemnirt werden könnte, sondern ob sie gleich dadurch erlangt, daß sie sonst in die Ehr und Würde des ehelichen Standes in so weit gesetzt und erhoben worden, daß sie von männiglich vor ehelich gebohren gehalten werden müsse, und ihro, deren Kindern und Nachkömmlingen ihre uneheliche Geburt weder in noch auſſerhalb Gerichts, sonst von niemand in keine Weys zu einiger Schmach vorgehalten, noch sie deren in einigen Händeln oder Sachen entgelten soll, sie auch zu allen Ehren, Würden, Zünfften, Handwercken und dergleichen, wie andere, so von Vatter und Mutter ehelich geboren seyn, angenommen und zugelassen werden, und derselben auch aller und jeglichen Gnaden, Freyheiten, Recht, Gerechtigkeiten und guten Gewohnheiten in allen und jeglichen Sachen empfänglich dazu tauglich und gut, auch aller Erbschafften, es sey durch Testament, letzten Willen, donation oder ab intestato und in alle andere Wege fähig seyn, und sich dessen allen und jeden sammtlich und sonderlich freuen, gebrauchen und genieſſen solle, könne und möge; Jedennoch sie juxta
62 superius allegata Jura, non obstante illa sua legitimatione sine Patris consensu impetrata, gantz ungezweiffelt respectu Patris & juris inter Patrem & liberos legitimos ex justis nuptiis natos obtinentis anders nicht als eine Filia naturalis zu considerirẽ, und consequenter nullo jure befugt, weil sie schon pro alimentis 200 Reichsthaler empfangen, ullam dotem von Herrn Pelsen, als Patre naturali weiter zu fordern oder zu prætendiren, unnoth erachtend solches weitläuffiger zu probiren.

Es irren auch dawider gantz nicht die in contrarium angeführte Schein-Gründe, und mögen das Widrige durchaus nicht erzwingen, sondern ist auf die meiste aus bißher deducirten leicht zu antworten, wir wollen aber, die Sach zu erleichtern, sie in der Ordnung, wie sie angeführt, considériren, und was auf jede zu respondiren kürtzlich andeuten.

Was demnach die erste dubitandi ratio- 63
nem anlangt, so ist bereits in prima decidendi ratione zur Gnüge ausgeführt und probirt, daß, obgleich Herr Pels propter sententiam in actione de paternitate adversus ipsum instituta non tantum in prima sed & secunda instantia contra eundem latam rei judicatæ vires nactam ejusque authoritatem, quæ tanta, ut pro ipsa veritate habeatur, vor den Vatter der Klägerin Tochter zu halten, dennoch er deßwegen nicht de Jure verbunden und gehalten solche seine Tochter zu dotiren, weil sich das paternum officium, ein Heyrath-Gut den Kindern zu constituiren, weiter nicht als auf die ehelich geborne Kinder, die ex justo matrimonio erzeugt, erstreckt, ad liberos illegitimos extra legitimum conjugium ex prohibita conjunctione prognatos aber keineswegs zu extendiren, zumahl mit solchem effect und Wirckung, daß der Vatter den unehlichen Kindern dotem zu geben, wider Willen judicis officio könnte gezwungen werden, wie per tx.

l. 19. de rit. nupt. l. 41. §. 11. de leg. 3. l. 8. C. de nat. liber. j. Nov. 89. c. 10.

klar erwiesen.

Die andere dubitandi rationem belangend, 64
so ist nicht ohne, daß die Legitimatio per Rescriptum, sie geschehe immediate à Principe oder mediate per Comitem Palatinum, den liberis legitimatis allen ex illegitima nativitate anhangenden Macul benimmt, sie in den Stand und Würde der ehelich gebohrnen Kinder setzet, ihnen das Jus suitatis, agnationis, familiæ, paternæ successionis, facultatis exigendæ à Patre dotis tribuirt, und in universum sie den liberis ex justo matrimonio adæquirt, wann sie nemlich decenter præviis iis, quæ à Jure Civili pro forma requiruntur, erlangt und geschehen ist. Wann sie aber solcher Gestalten nicht impetrirt und erfolgt, kan sie auch die Krafft und Wirckung nicht haben;

quia deficiente rei forma deficit formalis ipsius effectus

l. 55. l. 44. §. 3. ff. de condit. & demonstr. l. 1. 2. C. quand. provoc. non est nec.

Sicut

Sicut constat ex non observata certa testamentis ordinandis judiciis exercendis aliisque actionibus civilibus expediendis à Legislatore præscripta formâ, testamenta ipso jure nulla, judicia elusoria esse, cæterasque actiones omni effectu carere.

vid. l. 4. C. de sentent. & interlocut. l. 1. §. 2. ff. de V. O. l. 14. de Stat. hom.

65 Nun mangelt es hier an dem Haupt-Requisito, daß ad istum effectum, ut legitimatio tribuat jus suitatis, agnationis, familiæ, paternæ successionis & facultatis dotem à patre petendi, nothwendig erfordert wird, nemlich an dem consensu Patris in vivis adhuc existentis, als der um die beschehene Legitimation nicht das geringste gewußt, dazu nicht citirt, und noch weniger darein gewilliget und consentirt, deßwegen dann sothane sine assensu Patris naturalis facta legitimatio zu dessen Præjudiz A. Tochter das Jus suitatis, agnationis, familiæ & successionis aliaque similia jura keineswegs tribuiren kön-
66 nen. Und ist, ut ad tertiam dubitandi rationem veniamus, demnach gantz falsch daß der defectus omissæ citationis & neglecti consensus patris die Erlangung solcher Rechte nicht verhindern mögen, gestalten obwohl von den daselbst angeführten Requisitis das 1. 2. & 3. heutiges Tags allerdings cessiren,
67 auch es quoad quartum so weit zugegeben werden kan, quod liberi naturales possint per se Patre inscio legitimationem impetrare quoad hunc effectum ne iis defectus natalium ab aliis opponi & ipsi à Collegiis Opificum aliisve dignitatibus excludi queant, so wird doch constantissime negirt, daß das quartum Requisitum so fern cessire, daß heutigs Tages die Legitimation von den natürlichen und andern unehelichen Kindern, ohn des Vaters Wissen und Willen erlanget werden könne, quoad eum effectum ut in Patris præjudicium in ejusdem potestatem & familiam transeant, ei sui heredes fiant & alia legitimorum liberorum in familia ejus existentium jura consequantur & acquirant ipsi quoque, perinde ac si cum consensu Patris facta esset, gleich wie auch das
68 fünffte nicht gäntzlich und durchaus aufgehoben, sondern allein in so weit cessiret,

ut possit quidem Princeps ex plenitudine potestatis filium vel filiam naturalem legitimare, etiam in præjudicium legitimorum jam ante extantium. Sed tamen necesse sit, ut Pater in libello supplici liberorum legitimorum mentionem fecerit, alias legitimatio subreptitia censeatur.

Gail. 2. O. 142. *num. 7. seq.* Ziegler. *de Jure Majest. l. 1. c. 10. n. 6.*

Daher ob gleich der Herr Erasm. Seyfardt von Klettenberg, als Comes S. Palatii Cæsarei, der Klägerin Tochter dergestalt legitimiret, wie in 4ta dubit. ratione angeführet, so muß solches doch also verstanden werden, daß gleichwohl dem Patri naturali, qui nec citatus fuit, nec in legitimationem consensit, dadurch gantz kein præjudiz contra manifesta jura zugezogen, und er wider die selbstredende Billichkeit ulla ratione beschwehrt worden sey. Ob er sie auch gleich in specie aller Erbschafften es sey durch Testament, letzten Willen, Donation oder ab intestato fähig gemacht und erkährt, so kan doch solches de hereditate paterna anders nicht als sub conditione subsecuturæ ratificationis sine ipsius consensu factæ legitimationis verstanden werden, welche Ratification aber so gar nicht erfolget, daß Herr Pels so bald er mota contra ipsum hac actione erfahren, daß sie legitimiret, protestiret, daß sothane absque ipsius consensu beschehene Legitimation ihm in keinem Stuck præjudicirlich seyn solle. Und fol- 70
get demnach 5.) durchaus nicht, daß sie Krafft solcher Legitimation de jure befugt congruam dotem an- und von ihm zu fordern, und er nolens volens selbe zu geben schuldig, ungeachtet er vorhin condemnirt worden 200 Rthlr. pro alimentis zu bezahlen, massen der Schluß ab alimentis ad dotem nicht so schlechter Dinge angehet.

Nam diversa est causa alimentorum atque 71
dotis, sine alimentis nemo vivere potest, sine dote autem difficulter tantummodo nubere mulier: longe autem gravius est non posse vivere, quam non posse facile nubere. Igitur quæ ratio movit Judicem ut condemnaret reum ad alimenta solvenda, ea non continuo ipsum movere debet ut & eundem condemnet ad dotem præstandam, quia ad illa Pater naturalis quoque de Jure tenetur, ad dotem autem dandam minime obstrictus est & illa negans necare videtur, quod nullibi dicitur de eo qui dotem denegat.

l. 4. de agnosc. & alend. lib.

Argumentum ergo & consequentia ab ali- 72
mentis ad dotem negative quidem ita: Qui non alimenta præstare, ille nec dotem dare tenetur; Sed non affirmative ita: Qui alimenta præstare, ille & dotem dare tenetur, formari potest, nec dotis & alimentorum æquiparatio universalis est per omnia procedens.

vid. Joh. Bosche *de nupt. lib. 5. num. 13.* Vinc. de Franchis *dec. 283. num. 13.*

Ja eben der Ursach, weil Herr Pels loco alimentorum der A. Tochter ceu filiæ suæ naturali schon 200 Rthlr. gezahlt, die sie itzo dem Mann dotis loco geben kan, ist er so weniger schuldig, ihr dotem itzo noch dazu zu geben,

ben; quia nemo duplici onere gravandus citra legum authoritatem, quæ hic omnino deficit.

73 Nec obstat etiam, quod non minus quam alimenta, imo magis quoque favorabilem dotem statuant nonnulli ex Juris nostri interpretibus. Nam hoc ipsum simpliciter ita prolatum vero haud consonum esse, alimentorum & dotis invicem collata necessitas & favor, ratioque ipsa satis ostendit & probat.

Bachov. *ad Treutl. vol. 2. D. 7. th. 2. l. C.*

74 Die 6.) dub. rationem belangend, so wird nicht unbillich negirt, quod quilibet Pater de Jure naturæ obligetur filiam quamcunque dotare, & dotem dans debitum naturæ solvat. Nam ipsa dotis datio non Juris naturalis, sed positivi est, nec hujus quidem gentium populis omnibus recepti, sed tantum civilis. Græci enim uxores emerunt.

2. Polit. 6. Herod. *lib. 1. Histor.*

75 Solon & Lycurgus legibus caverunt, ut virgines indotatæ nuberent, unde sponsa colum solum & fusum, tres item vestes & levi pretio empta vasa marito apportabat, quod ideo constitutum, ne locupletes pauperioribus relictis præferrentur, & ut consortium viri ac uxoris sola gratia & benevolentia liberorumque charitate æstimaretur, breviter ut non census, sed morum ac generis & formæ ratio haberetur.

vid. Plutarch. *in apophtegm. Lacon. & in vita Solon. atque Lycurg. problem. 30.* Giphan. *ad l. ult. C. de dot. promiss.* Arnis. *de jur. connub. cap. 3. n. 12.* ubi exponit locum Aristotel. *2. Polit. 7.* Spartanos dedisse magn. dot. asserentis.

76 Ægyptii quoque adeo dotes aversati sunt, ut qui eas acceperint, velut mancipia addicti fuerint.

juxta Alexandr. ab Alexandr. *gen. dier. lib. 2. c. 5. & lib. 4. c. 8.*

77 Aliæ gentes dotis rationem quidem habuerunt, ut constat de Hebræis

Exod. 22. v. 16. 17. Deut. 22. v. 29.

de Wisigothis, Saxonibus, Alemannis, Longobardis

lib. 3. tit. 1. §. 55. 56.

78 Sed penes hos dotem uxori dedit ipse maritus. Romani tempore Monarchiæ arbitrati sunt dotis dationem a parte uxoris esse actum Reip. utilem valde & necessarium variis ex causis.

vid. *l. 2. ff. de jur. dot. l. 1. ff. sol. matrim. quemadm. dos restit.*

79 Placuit idem & aliis moratioribus populis, sed tamen indifferens mansit dotis constitutio quoad speciem, unde de eadem in plurimis diversimode constitutum est non modo Romanis, sed & quæ easd. receperunt gentibus aliis. Cum ergo ipsa dotis datio non sit Juris naturalis sed positivi, quî Parens jure naturæ obligaretur dotem cuique filiæ dare? Rectius dotandi necessitatem ex jure civili & quidem constitutione D. Marci & Antonini *in l. 29. de rit. nupt.* derivat

Merenda *lib. 3. controv. cap. 25.*

& illa à Jure familiæ dependet, cui cum non 80
insit filia naturalis, nec eam vel Jure naturæ vel civilium Legum authoritate dotare Pater cogitur. Falsumque similiter & illud est, quod annectitur, differentiam liberorum legitimorum & illegitimorum non ex jure naturæ esse, sed jure civili tantum inductam, ut ostendit

Hahn. ad Wesenbec. *tit. de concubin. circa fin.* Struv. *Syntagm. Jur. Feud. cap. 9. aph. 3. n. 11.* Puffendorf. *de jur. nat. & gent. lib. 4. c. 11. §. 9.*

7.) So ist zwar nicht zu läugnen, daß die al- 81
legirte Dd. statuiren teneri Patrem etiam filiam naturalem dotare, si non JCivili saltem Jure Can. ad quantitatem alimentorum. Allein ist in rat. decid. überflüßig erwiesen, quod Jure Civ. verissimum sit, Patrem non esse obstrictum, nec cogi posse ad dotandam filiam naturalem. Nun ist nirgends in Jure Canonico ein anders klar constituiret. Gesetzt aber, er sey schuldig filiam suam naturalem ad quantitatem aliment. zu dotiren, so mag doch hier Hr. Pels juxta illorum opinion. ad filiam plane inopem conditionem nubendi ob paupertatem invenire non valentem restringendam nicht weiter zur Dotation dieser seiner natürlichen Tochter, die den respect gegen ihm quoad jura familiæ behält, facta etiam legitimatione, angehalten werden, weil er ihr schon pro alimentis 200 Rthlr. beneben ihrer Mutter 500 Rthlr. gezahlet, davon kan itzo die Mutter und Tochter, als mit deren sich der Schneider intuitu dessen vermuthlich in Eheverlöbniß eingelassen, weil er sonder Zweiffel wird gehört haben, daß sie die 200 Rthlr. zu eigen hätte, selbst ein dotem constituiren.

Was 8. angeführt, mag sonst in andern actio- 82
nibus mere naturalibus angehen, hier aber findet es nicht statt, weil die dotandi necessitas, wie obgemeldt, à jure familiæ dependirt, cui non inesse filiam naturalem in vulgus notum. Und weil die Schuldigkeit A. Tochter zu dotiren in Hr. Peisen Person gantz und gar nicht gegründet ist, so fällt die letzte dubit. ratio von 83
selbst, weil solche dotandi necessitatem & obligationem in persona ejus de Jure fundatam præsupponirt, und bleibet demnach beständig dabey, daß Hr. Pels keines wegs öffters besagte der A. Tochter zu dotiren verbunden, noch dazu, sub ullo juris colore, wider seinen Willen, angehalten werden könne.

Wollten solches, salvo cujusvis melius sentientis judicio &c. Actum in Collegio nostro den 31 Octobr. 1692.

—CON-

CONSILIUM XLIII.

DE

Actione mandati directa ab Actore intentata, sed per Exceptionem, de facta scilicet sibi, ex prævio titulo dationis in solutum, cessione actionis in suam utilitatem in proprium suum commodum & emolumentum, pro impetranda satisfactione sua, exercendæ, a Reo iterum elisa.

SUMMARIA.

Præmittitur casus narratio à num. 1. usque 28. inclus.

29. *Quænam actio ab Actore primo sit instituta hic ostenditur.*

30. *Quod judicari potest ex petito actioni huic convenienti.*

31. *Ob moram commissam Mandatarius ad quid teneatur?*

32. *An actio mandati in substrato sit fundata?*

33. 34. 35. 36. & 37. *Exceptiones a Reo contra hanc actionem oppositæ hic continentur.*

38. & 39. *Libri mercatorum, sua requisita habentes, in causis illorum mercaturam respicientes hodie semiplene probant.*

40. *Quid de Jure Wirtembergico hoc in casu obtineat?*

41. 43. & 44. *Rationes adducuntur, ob quas juramentum suppletorium, in substrato cesset.*

42. *Propria insimulque judicialis confessio, omnium probationum regina.*

45. *Uti mandans mandatario, ita quoque remittens trassanti vel Camsori ad omnis indemnitatis præstationem tenetur.*

46. *Indebiti condictio pariter locum hic non invenit ex ratione subjuncta.*

47. & 48. *Incompatibilia plane sunt, repetere velle ea, quorum cessio ex prævio titulo facta est.*

49. *Cessio jurium ac actionum & procuratoris in rem suam constitutio an possit revocari?*

50. *Ab actore secundo quænam actio sit introducta ostenditur.*

51. *Rationes, ob quas reconventio non sit fundata, adducuntur.*

52. *Cessio nominis est modus liberationis.*

53. *Expensarum compensatio hîc cur fiat?*

54. *Sententia.*

Wohl-Edler, Vöst und Rechtsgelehrter, Edle, Wohl-Ehren-Veste, Großachtbare, Wohl-Fürnehme, Ehrsame und Wohlweise, insonders Großg. Hoch- und Vielgeehrte Herren.

1 AUs fleißiger Verlesung deren in Sachen sich haltend zwischen des Reichs-Wohlgebornen Herrn, Herrn Quirini von Honstätt, Chur-Fürstl. Brandenb. General Majors substituirten Hrn. Anwalden Joh. Bernhard Sattlern, J. U. L. und Fürstl. Würtemb. Hoff-Gerichts Advocato Vorklägern und Nachbekl. Eines: So dann Hrn. Friedrich Engeln, des Hoch-Fürstl. Stipendii Procuratore allhier, Vorbeklagten und Nachklägern andern Theils, ad definitivam ausgeübter und uns Endssubsignirten, um Ertheilung unsers rechtl. Gutachtens, ohnlängst zugestellter Actorum, haben wir mit mehrerm er-
2 sehen, welcher gestalten Hrn. General Majors von Honstätt substituirter Anwald klagend angebracht, was massen Herr Friedr. Engel schon in anno 1664. ex mandato Herrn General Majors von Hrn. Oberhansen seel. gewesenen Bereutern allhier, laut Beylag Num. 1. 40 Rthlr. empfangen, welche doch biß anhero von ihm unter dem Vorwand ein und anderer unerfindlicher Gegenforderungen nicht erhebt werden mögen, massen er vorgebe im Namen des Hrn. Generals bezahlt zu haben 1.) Hrn. Cumerellen zu Straßburg Wechsel-Geld wegen eines nacher Metz gemachten Wechsels 26 fl. 37 kr. 3
mit welchen es doch folgende Beschaffenheit habe, daß ihme Engeln und Claudi Großgadini, als damaligen Sociis Specie-Geld bezahlt, und hingegen Hrn. General Majorn nur current, als vor den Reichsthaler 8 Francken und nicht der Species valor, da der Thaler 8 Francken, 2 Grot zu Metz gegolten, als diese 26 fl. 37 kr. weniger nach Ausweiß Num. 2. bezahlt, dieser Post auch schon längst mit Hrn. Engeln und Cl. Großgadini als Sociis Num. 3. verrechnet worden, also ihm nicht gebühren wolle, eine andere Rechnung nach der Hand für sich allein zu machen.

2. Wollen wegen eines geschlossenen Wech- 4
sels à 900 Rthlr. so zu spat von Hrn. General Majorn solle abgeschrieben worden seyn, abgezogen werden 20 Rthlr. mit welchen es sich doch folgender Massen verhalte, daß dieser Wechsel von Hrn. General niemalen Num. 4. richtig

gemacht, sondern allein im Namen Hrn. Rittmeister Hehlins eine blosse Anfrag geschehen, und doch zu allem Uberfluß, weil sie in dem Pretio nicht einig werden können, ehe Hr. Engel denselben geschlossen, und richtig gemacht, also zeitlich genug Num. 5. & 6. abgeschrieben worden.

5 Was 3.) anlange die 3 fl. 22 kr. 3 Hlr. so bald Herrn Obervogten an Zinß bezahlt, bald aber vor Post-Geld ausgeleget worden zu seyn vorgegeben, und also variiret wird, erwarte man darum zuvor eine richtige Specification, wie, wann und wo solche entrichtet worden, und ob sie nicht auch vielleicht verrechnet, widrigen Falls sie an dem Interesse der schuldigen 60 fl. billich abzuziehen. Wann nun diese Prætension auch ex confessione Hrn. Engels selbst klar und liquid, die vorgewandte Gegenforder un-
6 gen aber ohn Fundament: Als gelange an den Herrn Remissions-Richter Herrn Anwalden dienstrechtl. Bitten Hrn. Engeln so wohl zu Bezahlung der schuldigen 60 fl. als des daraus aufgeloffenen Interesse, auch Erstattung aller verursachenden Kostens und Schadens fürdersam und executive anzuhalten, cum impl. sol.

7 Darauf Hr. Engel litem negative, negando scil. narrata, prout narrata, petitaque fieri debere, prout petita, contestirt, vorbringend, daß, obwohl qua facti nicht ohne, daß er auf Anweisung hochgedachten Herrn von Hohnstätt, so den 5 Nov. 1664. geschehen, an Hrn. Oberhansen seel. auf 40 Rthlr. und von diesem Cession so viel in Schlesien einzunehmen, und auf solche Weiß auch dieses Geld, nach angewandter vieler Mühe und Kösten, endlich in ao. 1670. erhalten, so habe doch Hr. General Major von Hohnstätt im geringsten weder Fug noch Macht
8 solches zu repetiren, oder derentwegen Ansprach an ihne zu machen, weil er so viel und noch mehrers vor ihn ausgelegt, deñ 1.) hab er Engel zusammt dessen damaligen Socio in anno 1664. Hrn. General Credit-Brieff an Hrn. Cummerellen nach Straßburg auf 700 Rthlr. nach Metz per Wechsel zu übermachen gegeben, Herr General auch in Krafft der gegnerischen Beylag. Num. 2. daselbst Rthlr. und zwar jeden nur um 8 Francken gerechnet, also ohne Abzug einigen Aufwechsels (da Herr Kläger selbst setze, daß zu Metz das Stück vor 8 Francken und 2 Grot auszubringen gewesen, so man dissеits dahin
9 gestellt seyn lasse) empfangen, hernach Beklagter in Krafft gegebener Credit-Brieffe solcher Gelder halber, dem Herrn Cummerellen zu Straßburg gutmachen müssen 728 Rthlr. 64 kr. dagegen nach der Hand erst von Herrn General Majorn zu zweymalen weiter nicht eingenommen denn erstlich den 29sten Martii 1664.

530 Rthlr.

und d. 16 Jun. wieder

180 Rthlr. 86 kr. 3 Hlr.

10 (denn die solches letzte mal weiters geschossene 4 Rthlr. weil Herr General Major selbe vor die Zinß und moram in restituendo accordirt nicht in den Auswurff zu bringen) wegen 26 Gulden 37 Kreutzer aber an den Herrn Cummerellen unter dem prætext, als ob die Provision zu hoch angesetzt wäre, und er Herr Ge- 11
neral Major an dem Wechsel-Geld verlohren hätte, (welches alles doch daher unglaublich, da, über das, daß die Quittung gantz anderst laute, Herr General Major in seiner Ruckreiß zu Straßburg wieder durchkommen, nicht das geringste gegen Herrn Cummerellen davon gedacht,) verwiesen worden, wie gegenseitig N. 3. ausweise, zu deren Restitution jedoch Herr Cummerell sich nimmer verstehen, oder besagte Summ anderwärts abrechnen lassen wollen, zu dem Herr General Major sich ausdrück- 12
lich obligirt, auf den Fall Beklagter keine Satisfaction von Cummerellen erlange, ihne selbst klaglos zu stellen, und darauff hin im Nov. 1664. wie lit. B. ausweise, sich zu solcher Schuld expresse bekennet, und die Bezahlung bey Hrn. Oberhansen seel. angewiesen, dahero Bekl. höchstbillich solche vor Herrn General Major ausgelegte und zuruck empfangene 26 Gulden 37 Kreutzer heraus zu geben recusire, massen 13
in Rechten nicht gegründet, daß derjenige, so einem Recommendation und Credit-Brieffe an einen Ausländischen Kauffmann gebe, hernach schuldig sey, den Recommandirten, so ihm auch wahrhafftig und (als es in præsenti casu nicht sey) erweislich einiger Schad und Læsion deren von solchem ausländischen Kauffmann gemachten Wechsels halber zuwüchse, schadlos zu halten, vielmehr die Rechte notorie dahin gehen, daß der Mandatarius von dem Mandante in allwege zu indemnisiren. Es 14
hindere auch nichts, daß die erste Rechnung von Bekl. und seinem ehmaligen Socio geführt, nach der Hand aber Bekl. allein gerechnet, dann Stadt-kündig, daß in anno 1666. die Societas zwischen beeden aufgehebt worden, da bey der Abtheilung Bekl. solche Prætension allein zukommen, folglich ihm freylich gebührt, für sich allein Rechnung zu stellen, so melde auch Gegn. Beylag Num. 3. gar nicht, daß die 26 fl. 37 kr. vom Hrn. Gen. Major an Bekl. und dessen Socium bezahlt, sondern vielmehr in contrarium diß ausdrücklich, daß sie nicht bezahlt, sondern ausgesetzt worden.

Was 2.) den Wechsel anbetreffe, habe Herr 15
Gen. Major ao. 1664. dem R. ohn das geringste vom Rittmeister Hehlin, oder jemand andern zu gedencken, schlechter Dingen committirt, biß 1500 Rthlr. per Wechsel nach Metz zu übermachen, und als gleich darauf die Herren von der Leinwandt-Compagnie zu Urach hier durch auf Straßburg gereißt, R. bey denselben 900 Rthlr. zu wegen gebracht, und selbige drauf mit ihren Leuten in Straßburg schliessen lassen, auch nach erhaltener Nachricht hiervon unverzüglich laut N. 4. daß und wie solcher Wechsel geschlossen, an Hrn. Gen. Major berichtet, und in selbigem Schreiben zum Uberfluß zweymal, daß der Wechsel würcklich geschlossen, eingerückt, und durch die daselbst auch desiderirte Richtigkeit-Bringung des Wechsels nicht anders verstanden, als daß das Geld gegen Empfahung des

Wech-

Wechsel-Brieffs überbracht und numerirt werde, und werde dabey negirt, daß Herr
16 von Hönstett nur eine Anfrag gethan, das contrarium sey daraus abzunehmen, daß er auf den Bericht, daß der Wechsel geschlossen, nichts wider die Schliessung, oder daß er nur angefraget, und nicht ohn fernere seine Erklärung hätte geschlossen werden sollen, sondern einig und allein wegen der Wechsel-Provision, daß solche zu hoch, besag lit. A. excipirt, und
17 daß nun des Hrn. Generals anderwerte Resolution wider sein und des R. auch deren zu Urach Vermuthen zu spath gewesen, und ohnerachtet aller Orthen hin ohn einige Zeit-Verlust der Wechsel abgeschrieben worden, dennoch der Kauffmann zu Metz nicht damit vergnügt seyn wollen, besag lit. D. seinen Correspondenten denen zu Urach, und diese wider R. solches geschlossenen und wieder abgeschriebenen Wechsels halber 20. Rthlr. inbehalten und abgezogen, davor könne R. nicht, sondern hab abermahlen mit höchstem Fug und Billigkeit die Wiedererstattung, und als Mandatarius seine Indemnisation von seinem Herrn Committenten prætendirt und angenommen.

18 Endlich die 3 Gulden 22. Kr. 3 Hlr. belangend, sey niemalen daruntur variiret, massen ohnverneinlich, daß R. vor Hrn. Generalen vormals etwas Zins bezahlet gehabt, und erst zimlich Zeit hernach wieder erhalten, daß er aber nach der Hand auch so viel Postgeld ausgeleget habe, weise specificatio sub lit. E. aus, welche ebenmäßig R. höchst billig wieder gefordert und eingenommen habe.

19 Und weil dann aus solchen præmittirten sonderheitlich aus Hrn. Generals eigner Confession in fine des Briefs sub lit. B. heiter hervor leuchte, wie liquid und rechtmäßig R. Forderung und angenommene Bezahlung, wie dagegen unbefugt Hrn. Generaln Zurückforderung sey; Als gelange solchem nach an den Hrn. Richter R. dienstrechtl. Bitte, in conventione mit Recht zu erkennen, daß R. dem Hrn. A. um seine Forderung nichts zu thun schuldig, sondern davon zu absolviren sey, refusis expensis & omni damno.

20 Hiernegst bringe er Dn. A. reconveniendo klagend an, wie daß er Vorbeklagter und Nachkläger von dem Herrn General etliche Jahr mit allerhand Commissionen bemühet worden, und gleichwohl, ob schon Nach A. bis diese Stund auf einige Recompens gewartet,
21 nicht das geringste honorarium davor bekommen; So dann auch derselbe vor den Herrn Nach R. schon in Anno 1664. 40 Rthlr. ausgelegt, dieselbe aber erst in Ao. 1670. wieder ohne Zins erhalten, zumal über 6 Rthlr. Ohnkosten aufwenden müssen, biß er dazu gelangt, und ausser solcher nach Schlesien erhaltenen Anweisung weder Nach A. als cessionarius, noch Nach R. als cedens von Hrn. Oberhansen seel. einigen Heller zu hoffen gehabt, indem derselbe viel Exceptiones wider die Hön-
22 stettische Prætensionen eingewendet; zu Rechten aber klar versehen, daß 1) ungeachtet der contractus mandati regulariter gratuitus sey, dennoch jenige Personen, so gewohnet nicht anders als um honoraria anderer wegen sich zu bemühen, als auch Kauff- und Handels-Leuthe, welche, teste communi observantiâ vor ihre Bemühungen und Commissiones ihre Provisions-Geldter aufzurechnen wohl befugt, auch solchen Falls, da qua honorarii nichts accordirt oder versprochen, solche zu erfordern.

2) Heutiges Tags ex omni mora die Zins und usuræ lauffen, und rechtmäßig erfordert werden.

3) Jeder Mandatarius und Bürge an den Principal debitorem alle Schadloshaltung, folglich auch alle aufwendende Kosten zu suchen; Als gelange an den Hrn. Richter in re- 23
convention des Nach A. fernerweite Bitte, in Rechten zu erkennen, daß Hr. Nach R. schuldig und verbunden seyn solle, dem Nach A. 1) vor seine vielfältige Bemühungen 12. Rthlr. 2) in 6 Jahren aus 40 Rthlr. Zins 12 Rthlr. und dann 3) aufgewandte Unkosten 6 Rthlr. zu bezahlen, beneben auch alle verursachende Kosten und Schaden zu restituiren, cum Implorat.

Auf welches hin Hrn. General Majors von 24
Hönstett substituirter Anwald in conventione replicirt, in reconventione aber auf die geführte Nachklag litem contestirt, und vor bekandt angenommen, daß Vor R. und Nach A. sich selbst als einen cessionarium præsentirt, seinen Herrn Principalen cedentem, folglich das negotium eine Cession nenne, denn hierdurch die Reconvention und das darinn prætendirte honorarium, sechsjährige Zins und angewandte Unkosten fallen, und Nach A. als eine Schuldigkeit zuwachsen, vi traditorum

à B. Lauterb. *Diss. Procur. in rem suam th. 38.*

massen darinn sein Hr. Principal wie der even- 25
tus, ipsa scil. realis debiti exactio & consecutio erwiesen, nomen verum imo bonum & ad se pertinens cedirt, folglich officio cedentis, und das was er schuldig gewesen, gethan

Lauterb. *d. diss. th. 39. seq.*

Wegen des gesetzten honorarii sey wohl zu be- 26
dencken, daß wie nicht wohl glaublich ein solcher raisonabler Cavalier die seinetwegen gehabte Mühwaltung ohnbelohnt gelassen haben werde, also Herr Nach A. so offt er einen Wechsel gemacht, allezeit die Provision richtig empfangen, und in übrigen geringern Diensten ohne Zweiffel den grossen Nutzen, welchen er bey Ausnehmung der Waaren von seinem Principal zerschiedener viel 100 Rthlr. besagender annoch vorhandener von ihme gestellten Kauffmanns Conto nach gezogen, regardirt, und gantz keinen Schaden erlitten.

Wann nun das Debitum der 40 Rthlr. 27
ex confessione Rei judiciali liquid, die Gegenforderung und Reconvention aber ungegründet, als hat Hr. Anwald in conventione das in libello angehenckte petitum repetirt,

und gebeten, in reconventione zu erkennen und zu sprechen, daß sein Hr. Principal Herr NachA. nichts zu thun schuldig, sondern zu absolviren sey, mithin zu einer gedeylichen Urtheil in Unterbleibung gegenseitiger Neuerung hintersetzet.

28 Worauf von VorR. und NachA. respective dupliciret, replicirt und eventualiter concludirt, nachgehends ferner von beeden Theilen forderist schrifftlich, endlich aber auch mündlich pure submittirt und hintersetzet worden.

Hierüber nun unsere beywohnende rechtliche Gedancken kürtzlich zu eröffnen, so ist forderist der Processus, fundatâ Jurisdictione per remissionem Serenissimi, rechtlich ausgeübt, und hat in allen Stücken seine völlige Richtigkeit, auch ist die Reconvention zu rechter Zeit angestellet, und ferner der Ordnung Rechtens gemäß, mit der Vorklag, simultaneo Processu, ad definitivam usque ausgeübet und vollenführet, daß also an den formalibus des Processes nichts abgehet, noch sich dabey einiger Mangel ereiget.

29 Materialia vel merita causæ anlangend, so ist von Hrn. Vorklägern in conventione die actio Mandati directa intentirt, indem er klagend vor- und einbringen lassen, daß Vorbeklagter ex ipsius mandato von seel. Hrn. Oberhansen, gewesenen Bereutern allhier 40. Rthlr. eingefordert und empfangen, welche er aber Hrn. Vorklägern unter dem Vorwand ein und anderer unerfindlichen Gegenforderung biß dato zu restituiren gewägert, deßwegen er gebeten, Vorbeklagten so wohl zu Bezahlung der ex mandato eingeforderten und mandanti zu restituiren schuldigen 60 Gulden als des daraus aufgeloffenen Interesse, auch Erstattung aller verursachenden Kostens und Schadens,
30 förderſamst anzuhalten; Welches petitum in so weit naturæ actionis mandati directæ gemäß, quatenus hæc actio de jure competit ad omne id, quod mandatarius mandati nomine & occasione est consecutus, restituendum.

l. 10. §. 2. l. 20. ff. mand.

31 ac si in eo restituendo moram commiserit, omnino etiam ad usuras eo nomine præstandas, quin & ad omnem utilitatem ex mandato profectam, eadem datur.

per *d. l. 10. §. 3.* ubi diserte JCtus Ulpianus, *si Procurator meus, inquit, pecuniam meam habeat,* ex mora *utique* usuras *mihi pendet. Sed etsi pecuniam meam fœnori dedit, usurasque consecutus est, consequenter dicemus, debere eum præstare* quantumcunque emolumentum *sensit, sive ei mandavi, sive non, quia bonæ fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat. Quod si non exercuit pecuniam, sed ad usus suos convertit, in usuras convenietur, quæ legitimo modo in regionibus frequentantur.*

Daß Vorbeklagter aber ex mandato Vorklagenden Hrn. General Majors von Hönstett berührte 60. Gulden eingefordert, und Anno 1670. endlich würcklich erlanget, ist er nie in Abrede gewesen, sondern hat solches jederzeit gestanden; Dahero dann die Klage so weit fundirt, und zu sattem Genügen bewehrt zu seyn, erachtet werden möchte. 32

Allein excipiret Vorbeklagter, daß Vorklagender Hr. General Major ihm seine wider den seel. Hrn. Oberhansen wegen der 60. Gulden gehabte Action ex titulo dationis in solutum cediret, und ihn zum Procuratore in rem suam, per illam Actionis in suam utilitatem exercendæ cessionem, ceu speciem mandati, constituirt, also ihm Vorbeklagten nicht committirt, solche 60 Gulden vor ihne Hrn. General Major, sondern vor sich selbst zu exigiren und einzutreiben, um die an ihn urgirte Satisfaction dadurch zu erlangen, vor die Schuld der 40. Reichs-Thaler, so Herr Vorbeklagter an Hrn. General Major ex variis capitibus zu prætendiren gehabt, denn 1) 34 habe er Vorbeklagter zusammt seinem damaligen Socio Claudi Grosgadini in Ao. 1664. Hrn. General Majorn ein Credit-Brieff an Hrn. Cummerellen in Straßburg auf 400. Reichs-Thaler per Wechsel zu Metz zahlen zu lassen, gegeben, welche er auch alldort richtig empfangen, besage Quittung, und weil Herr General Major mehr Geld gebraucht, hab er zu Anfang gefolgten Jahrs auf solchen Credit-Brieff noch 300. Reichs-Thaler bekommen, welcher 700. Reichs Thaler-halber Vorbeklagter neben seinem Socio, Krafft gegebener Credit-Brieff, Hrn. Cummerellen gutmachen müssen 700 Rthlr.

33

und für Wechsel-Geld, Provision, Brieff-Porto und Interesse 28 Rthlr. 64 Kr.

728 Rthlr. 64. Kr.

dagegen nach der Hand von Herrn General Major zu zweymalen weiter nicht denn erstlich
d. 29 Martii 1664. 530 Rthlr.
und d. 16 Jun. d. Ao. 180 Rthlr. 86 Kr. (3 Hlr.

710 Rthlr. 86 Kr. (3 Hlr.

(so in Auswurff zu bringen,) erhalten und eingenommen, wegen 26 Gulden 37 Kr. aber an den Herrn Cummerellen (unter dem Vorwand, ob wäre die Provision von ihm à 3 ½ Reichs-Thaler zu hoch angesetzt und er die 700 Reichs Thaler um 14 ¼ Reichs-Thaler höher als sie in Teutschland gültig, annehmen müssen, also verlohren

21 fl. 22 Kr. 3 Hlr.

worzu wann die 3 ½ Reichs-Thaler an der Provision zu hoch gesetzt, gerechnet werden à 5 fl. 15 Kr.

heraus kommen die 26 fl. 37. Kr. 3 Hlr.

ver-

verwiesen worden, mit dem Verspruch und Zusage, so ferne er Herr Cummerell sich dazu nicht verstehen würde, es dem Vorbeklagten neben seinem Socio gut zu thun, er Herr General Major alsdann gleichwohl um solche 26 fl. 37 Kr. 3 Hlr. ihm Satisfaction geben wollte, weil sich Herr Cummerell zu Straßburg aber gedachte Summ durchaus nicht wollen anderwerts abrechnen lassen, oder selbige sonst gut zu thun bequemen, sondern zur Antwort gegeben, er hätte Hrn. Hönstett zu Metz 700 Reichs-Thaler in specie angewiesen, so hoch er dieselbe angenommen, so hoch hab er sie daselbst auch wieder ausgeben, also keinen Verlust gehabt, und sey die Provision Kauffmanns- und Wechsels-Gebrauch nach, und nicht zu hoch, angesetzt, er also nichts zu ersetzen schuldig; als habe Herr General Major seiner Parole gemäß, nachgehends sich zu deren 26 Gulden 37 Kr. 3 Hlr. Ersetzung Vorbeklagten und dessen Socio zu thun schuldig erkandt, und die Bezahlung bey Hrn. Oberhansen seel. angewiesen;

35 2) Habe Herr General Major de Anno 1664. ohn das geringste von jemand andern zu gedencken Vorbekl. schlechter Dingen committirt biß 1500. Rthlr. per Wechsel nach Metz zu übermachen, deme zu Folge VorR. als gleich darauf Herr Hannß Wolff Müller und Hannß Georg Kieffer von Urach hierdurch auf Straßburg in die Meß gereißt, bey ihnen 900 Reichs Thaler zuwegen gebracht, und sie mit ihren Kauffleuthen von Metz den Wechsel à 900. Reichs-Thaler in Straßburg schliessen lassen, auch nach erhaltener Nachricht davon unverzüglich, daß, und wie solcher Wechsel geschlossen, Hrn. General Major berichtet, anbey gebeten, weil der Wechsel à 900 Rthlr. bereits geschlossen, bäldist zu notificiren, wie bald Herr General Major wolle kommen, und diesen Wechsel in Richtigkeit bringen, das ist, das Geld gegen Empfahung des Wechsel-Brieffs numeriren und erlegen; Worauf Hr. General Major acht Tag hernach geantwortet, daß er Hrn. Rittmeister Hehlen, vor den es gesollt, davon gesagt, so aber befinde, daß 2 pro Cento wie begehrt werde, zu viel sey, er könne dafür das Geld von Straßburg nach Paris übermachen lassen, werde also dabey seyn Verbleiben haben. Auf welches hin weiter wegen solchen auf 900. Reichs-Thaler in specie bereits geschlossenen Wechsels nicht nur zwischen ihnen, sondern auch den Kauffleuten zu Urach, so dann dem zu Metz zerschiedene Brieffe hin und her gewechselt worden, in deß sich geraume Zeit verloffen, unter deren dem Kauffmann zu Metz die schon in parato zu Bezahlung des geschlossenen Wechsels gehabte 900 Reichs-Thaler auf ein halb Jahr ohn Nutzen im Wechsel ligen blieben, deßwegen er sich über die Retractation des geschlossenen Wechsels hefftig beschwehrt, und durch Hrn. Battier Handelsmann zu Basel denen Urachern an ihrem baar geschossenen Geld 20. Reichs-Thaler abziehen und inbehalten lassen, welche solche wieder dem Vorbeklagten decourtirt, und dieser wiederum deßwegen an Herrn Vorklägern seine Indemnisation gesucht, auch selbige von ihm in denen ihm VorR. bey dem Herrn Oberhansen seel. cedirten 40 Reichs-Thalern erhalten.

3) Habe er 3 Gulden 22. Kr. 3 Hlr. Post- 36
Geld vor Hrn. Vorklägern ausgelegt, wie die Specificatio sub lit. E. ausweise, dafür er ebenmäßig seine Satisfaction an denen ihm in solutum cedirten 50 Reichs-Thalern bey Herrn Oberhansen seel. erlanget.

Weil er Vorbeklagter dann von Hrn. Vorklägern referirter massen nicht zum Procuratore in rem alienam, sondern per cessionem actionis zum Procuratore in rem suam constituirt, die Oberhanßische Schuld der 40. Reichs-Thaler nicht vor Herrn Vorklägern, sondern vor sich selbst zu exigiren, um dadurch seine Satisfaction wegen der an Herrn Vorklägern ex dictis capitibus zu prætendiren gehabten und eben so viel ausmachenden Schuld zu erlangen, sey er, nachdem er endlich durch anderwärtige an einen Schlesisch. Edelmann von Herrn Oberhansen wieder beschehene Verweisung, deren nach langer Zeit, grossen aufgewandten Mühe und Kosten in Schlesien habhafft worden, dieselbe Herrn Vorklägern zu restituiren durchaus nicht schuldig.

Welche des Vorbeklagten Exceptiones sich 37
guter Massen also, wie sie angeführet seyn, ex ipsis Actis ergeben, denn 1) erweiset Vorbeklagter die ex titulo dationis in solutum pro istis prætensionibus geschehene Cession per Extractum seines Kauff- und Handel-Buchs lit. Aa.

Cujusmodi libros mercatorum, concurren- 38
tibus tribus hisce requisitis, 1) quod nempe mercator istos proferens, sit bonæ famæ, honestæ vitæ & integræ fidei,

2) causa debiti expressa sit
l. 25. §. ult. ff. de probat.

& 3) liber rationum contineat data & accepta cum designatione dierum
l. 82. de condit. & demonst. l. 1. §. 2. l. 6. §. 3. ff. de edend.

ex hodierna consuetudine plerubique semi- 39
plene in causis mercaturam respicientibus probare, & quod probationi plene faciendæ deest, per juramentum suppleri posse, constat ex traditis

Carpzov. *p. 1. c. 17. d. 35.* Mev. *ad J. L. p. 5. tit. 6. art. 4. & p. 1. dec. 241. p. 2. dec. 92.* Finckelthaus. *Obs. 79. n. 10. seqq.* Richteri *part. 3. dec. 128. n. 3. seqq.* B. D. Lauterbach. *Disp. de Jure in cur. mercat. usitat. th. 285. seqq.* Mylii *Disp. de libris mercator. cap. 73. tot.* pluriumque ab his allegat.

Quæ consuetudo specialiter Jure nostro 40
Provinciali Würtembergico cum extensione quadam confirmata est
p. 1. tit. 34. §. item Schuld-Bücher &c. pag. 131.

imo constitutum ibidem, quod, si cum hisce libris etiam alia præterea concurrant adminicula, pro ratione circumstantiarum iis quoque plena fides haberi queat absque præstito juramento.

d. tit. 34. cit. §. ibi: Im Fall angeregte Umstænd auch durch andere mehr adminicula *oder Behelff bestærcket, möchte gemeldten Schuld-Büchern* ohne Ertheilung des Eydes *geglaubt vverden, so zu unser Gerichten Erkændtniß gestellt seyn soll.*

Welches die Ursach ist, daß, ob gleich Vor-
41 beklagter sich eventualiter zu solchem Juramento in actis offerirt, wir dennoch selbigen damit zu beschwehren vor unnöthig erachten. Weil

2) Herr Vorkläger selbst in Replicis & Conclusione der Cession geständig ist, also dieselbe mehr denn überflüßig erwiesen.

42 Ex quo constat, propriam judicialem confessionem esse omnium probationum optimam & perfectissimam, adeoque plenissimam facere fidem, imo esse probationem probatam, & quocunque instrumento publico ac quibuscunque testium depositionibus majorem & excellentiorem

l. fin. C. de fideicommiss. l. generaliter. §. & si quidem. C. de reb. cred. l. 13. C. de non num. pec. Jus Prov. Würt. *p. 1. tit. 33. pr. ibi: Die beste und stærckeste Bevveisung &c.* B. D. Lauterbach. *Disp. de Confess. th. 41. ibique alleg.* Arism. Tepat. *tit. 193. cap. 7. circa fin.*

43 3) Gestehet und schreibet Herr Vorkläger in lit. B. à seipso sine ulla protestatione producta selbst, Er habe in dem an Vorbeklagten addressirten an Herrn Oberhansen abgelassenen Schreiben an ihn begehrt, daß er das bewußte Geld an Vorbeklagten nach seinem Versprechen solle erlegen, weil er Herr Vorkläger es dem Vorbeklagten schuldig, und sich auf des Oberhansen Parole verlassen, bewähret also dadurch auch den præcedentem titulum, ex quo actionis cessio facta, denn dieses Schreiben den 5 Novembr. 1664. datirt, und die formal-Cession drauff den 25 Januarii 1665. geschehen.

44 Was in specie 4) belanget die 26 Gulden 37. Kr. 3 Hlr. so bezeugen Beylagen sub lit. Aa. Bb. Cc. Dd. Ee. Ff. Gg. genugsam, daß Claudi Grosgadini und itziger Vorbeklagter Hrn. Engel Krafft Herrn Vorklägern ertheilter Credit-Brieff dem Herrn Cummerellen zu Straßburg die 728 Reichs-Thaler 64 kr. müssen bezahlen, und gestehet Herr Vorkläger selbst, daß er ihnen mehr nicht den 710. Reichs-Thaler 86 Kr. nur restituiret, also die 26 Gulden 37 Kr. 3 Hlr. verblieben, so er ihnen, (ohngeachtet seines nichtigen Vorwands, ob hätte Vorbeklagter und dessen damahliger Socius agnoscirt, daß Hrn. Vorklägern zu viel vor Provision angerechnet oder gesetzet worden, und er an dem zu Metz gezahlten Gelde eingebüßt und Schaden erlitten, und ihnen daher die 26 Gulden 37 Kr. 3 Hlr. in ihrer mit Hrn. Vorklägern getroffenen Abrechnung abziehen lassen, als welches sich ex Actis selbst refutirt, inmassen daraus das Widrige am Tage liget, daß wie es von Herrn Vorklägern niemals erwiesen, noch præsumirlich oder wahrscheinlich, daß er an dem zu Metz empfangenen Gelde sollte eingebüsset haben, also Vorbeklagter neben seinem Socio solches nie agnoscirt, weniger in der Abrechnung über sich solchen Verlust zu tragen jemals genommen, sondern vielmehr immer die 26 Gulden 37 Kr. 3 Hlr. auch gut zu machen urgiret; Uns auf die Acta beziehend,) man mag sie als mandatarios, oder Camsores ansehen, in allwege zu restituiren und auch wieder gut zu machen verbunden gewesen.

Est enim indubitati juris, quod non mi- 45
nus Remittens trassanti vel Camsori, quam mandans mandatario, obstringatur ad præstandam plenam indemnitatem, adeoque illi non saltem ad summam in literis cambii contentam, quam ad instantiam remittentis alio loco trassans solvi fecit; sed & ad Provisionem, seu conventum, vel legale, aut usuale pretium, quod vulgo Lagio dicunt, item ad interesse, ad damna, expensas judiciales & extrajudiciales in conficiendo Instrumento protestationis, & epistolis transmittendis factas aliasque, obligetur

arg. l. 6. & l. 10. §. 9. ff. mand. M. de Felde *de Cambiis in Proœm.* Raphael de Turry *de Cambiis disput. 2. q. 16. num. 23.* Henr. Zipffel *Disp. de Tesser. Collybist. sect. 7. §. 15.*

Derowegen da er ihnen so viel dafür an der 46
Oberhanßischen Schuld Herrn Vorklägers eigener Bekändtniß nach, in solutum cedirt, mag er es so wenig per condictionem indebiti repetiren, als er befugt ist, actione mandati ejusdem restitutionem zu suchen.

Belangend 5) die 20. Rthlr. hat es damit fast gleiche Bewandtniß, denn weil Hr. Vorkläger dem Vorbeklagten schlechter Dingen, ohn das geringste von jemand andern zu gedencken, committirt einen Wechsel à 1000. biß 1500. Reichs-Thaler auf Metz wieder zu machen, und nachdem solcher auf 900 Reichs-Thaler geschlossen gewesen, denselben unzeitig revocirt, auch nachgehends agnoscirt, daß er Vorbeklagten den Schaden, darinn er durch solche seine Revocation, testantibus Actis, gekommen, zu ersetzen schuldig, demnach sich von solcher Obligation zu liberiren, und Vorbeklagten Satisfaction zu geben, so viel an der Oberhanßischen Schuld wissender Dingen cedirt, so mag er solche eben so wenig vel actione mandati vel condictione indebiti vel ulla alia actione repetiren.

Endlich

Endlich ist das geringe Pöstlein der 3. fl. 22. kr. 3. hl. durch die eingelegte Specification und andere concurrirende adminicula gnugsam probirt, und meritirt nicht, mehrere Wort davon zu machen, noch eines ehrlichen Mannes fidem deswegen in Zweiffel zu ziehen. Was nun bey solcher der Sachen Bewandnis, da Vor-Beklagter durch Hrn. Vor-Klägers eigne Bekandtnis, seine Handels-Bücher und andere adminicula, seine Exception, de facta scilicet sibi ex prævio titulo dationis in solutum cessione actionis in suam utilitatem, in proprium suum commodum & emolumentum, pro impetranda satisfactione sua, exercendæ, zu Rechtlicher Gnüge probirt, in Conventione zu erkennen und vor ein Urtheil auszusprechen, ist leicht zu ermessen und zu
47 schliessen. Denn weil cum cessione ex prævio isto titulo facta die Repetitio ejus, quod cessionarius cessa sibi actione consecutus, so weniger beysamen stehen kan, als unzweiffelichen Rechtens ist,

48 quod si factâ cessione à cedente actio fuerit intentata & debitum cessum exactum, cedens totum, quod exegit, cessionario restituere teneatur, omneque quod post cessionem ad cedentem pervenit, cessionario restituendum.

arg. l. 2. §. 1. ff. de hered. vel act. vend. l. 4. §. 6. ibi: *si venditor nominis paratus sit reddere, quantum ab emptore acceperit &c. ff. de dol. mal. & met. except.* Christ. Lentz. *de cession. action. cap. 28. membr. 2. n. 8.*

49 & quod cessio Jurium ac actionum & Procuratoris in rem suam constitutio, ex communi Dd. conclusione, nullatenus revocari possit, tametsi nondum intervenerit unum de tribus relatis *in l. 3. C. de novat.* idque sive ex causa necessaria sive ex voluntaria cessæ sint actiones, & sive ex contractu oneroso sive lucrativo cessio sit facta, dummodo acceptata sit per cessionarium, atque ita non detur regressus ad jura cessa.

vid. post Bertazolium, Gutzmannum, Schifferdeggerum Alphons. de Olea *de cession. jur. & action. tit. 8. q. 1. num. 28.*

So kan keine andere Sententz, als eine absolutoria vor den Vor-Beklagten erfolgen.

50 Die Reconvention itzo auch noch mit wenigem zu berühren, so ist darinn von Hrn. Nach-Klägern wider Hrn. Nach-Beklagten die Extraordinaria persecutio oder Imploratio officii Judicis Nobilis intentirt, und gebeten worden, in Rechten zu erkennen, daß Hr. Nach-Beklagter schuldig und verbunden seyn solle dem Nach-Kläger 1) vor seine vielfältige Bemühungen 12. Rthl. 2) in 6 Jahren aus 40. Rthl. Zinß 12. Rthl. und dann 3. vor aufgewandte Unkosten, in Exigirung deren cedirten 40 Rthl. 6 Rthl. zu bezahlen, beneben alle verursachte Kosten und Schaden zu restituiren. Von Hrn. Nach-Beklagten ist da wider exceptio non competentis actionis opponirt.

Kürtzlich uns nun hiebey zu expediren, so hal- 51
ten wir H. Nach-Klägers Intention und geführte Klag in keinem deren dreyen Stücken fundirt zu seyn, nicht 1) wegen des geforderten Honorarii der 12. Rthl. vor seine vielfältige vorgebende Bemühungen, denn deren keine specificiret, daß man sehen könnte, daß sie also bewandt, daß sie dergleichen Honorarium meritirten, ist auch præsumirlich, daß wann er dergleichen Commissiones übernommen hätte, dafür ein solches Honorarium könnte gefordert werden, er es, da Hr. Nach-Beklagter noch allhie zu Lande war, gefordert haben würde; Nicht 2) wegen des Zinses aus den cedirten 40. Rthl. noch 3) wegen der in Exigirung derselben angewandten Unkosten; weil er solche von dem Debitore cesso zu erfordern gehabt, an den Cedenten aber deswegen de jure keine Ansprach formiren kan.

Constat enim cessionem nominis esse mo- 52
dum liberationis, & debitorem, quando nomen aliquod in solutum dat, liberari, cessionarium verò nomen cessum suo periculo, suis expensis & sumptibus, nisi aliud convenerit, exigere teneri, ideoque à cedente usuras & expensas in lite pro exactione nominis cessi factas haud repetere posse.

l. 96. §. 2. ff. de solut. l. 17. in fin. ff. de petit. hered. l. 30. ff. de Procurat. Brunnemann *ad l. 2. C. de novat. n. 6. 7.* ibique allegati Carpzov. *p. 2. c. 34. d. 26.* Berlich *p. 2. dec. 290. per tot.* & post infinitos alios à se allegatos Alphons. de Olea *de cession. jur. & act. tit. 7. q. 4. n. 2. seqq.*

Deme nach in Reconventione Hr. Nach- 53
Beklagter von Hrn. Nach-Klägers wider ihn angestellter Klage gleichmäßig zu absolviren, und weil solcher Gestalt beede respective gewinnen und verliehren, seynd die Unkosten zu compensiren ex doctrina

Henrici Temmen *de litium expensis cap. 9. sect. 1. n. 15.* ubi expresse tradit *quod si uterque vicerit & victus ac æqualis victoria sit, velutisi actor conveniendo forsan obtinuerit, reus reconveniendo, aut contra, licet par non fuerit calculus expensarum, cum quotidie accidat, quod unus plus altero impendat, ita, ut rarissime sumptus æqualis à litigantibus fiant, tamen eo casu fiat impensarum compensatio.*

Und solchem nach könnte und möchte diese gantze Strittigkeit durch nachstehende Urtheil, die wir den Rechten und der Sachen Beschaffenheit gemäß erachten, auch im Fall obhabenden Richterlichen Amtes selbst zu publiciren kein Bedencken tragen wollten, erörtert und entschieden werden.

Urtheil.

54 IN Sachen Rechtens sich haltend zwischen Herrn Quirini von Honstatt Chur-Fürstlich Brandenburgischen General - Majors substituirten Anwalden Hrn. Johann Bernhard Sattlern J.U.L. und Fürstlich Würtenbergischen Hof-Gerichts Advocato Vor-Klägern und Nach-Beklagten Eines; so dann Hrn. Friderich Engeln, des Hoch-Fürstlichen Stipendii Procuratore allhier, Vor-Beklagten und Nach-Klägern andern theils, wird auf beederseits gethane Klage, Antworten, eingelegte Documenten, und all ander Gerichtlich Vorbringen, nach gethanem Rechtsatz, genommenem Bedacht, und gehabten Rath mit Urtheil zu recht erkandt, erstlich in Conventione daß Vor-Beklagter von Hrn. Vor-Klägers wider ihn angestellten Klage zu absolviren und zu entbinden: So dann in Reconventione, daß Hr. Nach-Beklagter gleicher Gestalt von Hrn. Nach-Klägers intentirten Klage zu absolviren und los zu sprechen;

Wie dann beede Vor- und Nach-Beklagte hiemit von deren wider einander angestellten Klagen absolvirt und losgesprochen, die Unkosten aber in beeden Sachen gegen einander compensirt und verglichen werden.

Welches Unsern Hoch- und Vielgeehrten Herren wir zu verlangter Rechtlichen Nachricht dienstlich nicht verhalten wollen, die wir verharren

Unserer Hoch und Vielgeehrten Herren

Tübingen den 3. May
1693.

Dienst-bereitwilligste

Gabr. Schweder, D.
Mich. Graß, D.

CONSILIUM XLIV.

DE

Legitimationis necessitate, Nullitatum deductione, ut & de demoliendo opere oblata Cautione.

SUMMARIA.

Præmittitur Interlocutoria num. 1. & 2.

3. Prima decidendi ratio à Legitimationis necessitate desumta.

4. & 5. Legitimatio personarum litigantium est de substantialibus judicii.

6. Hac omissa contra judiciorum ordinem graviter peccatur.

7. Judex illam ex officio supplet.

8. & 9. Secunda decidendi ratio absolvitur in hoc, quod cuique, licet intra fatale, vel non appellaverit, nullitates sententiæ deducere sit liberum.

10. Ratio decidendi tertia denegat cautionem de demoliendo opere.

11. Ob textus hac de re expressos.

12. Ex quibus probatur, neminem invitum cautionem de opere demoliendo accipere debere.

13. Quod & Jure Statutario Württembergico obtinet.

14. Limitatur tamen hæc sententia.

Wohl-Edler, Vöster, Edle, Wohl-Ehren-Vöste, Wohl-Fürnehme, Fürsichtige, Ehrsame und Wohlweise, Insonders Großg. Hoch- und Vielgeehrte Herren.

1 DJe uns Ends-subsignirten dieser Tagen um Ertheilung unsers Rechtlichen Gutachtens zugestellte Acta in Sachen Josephs Niedthammers, Burgers und Becken allhier & Consort. Klägern eines; Entgegen und wider Hrn. Georg Michel Seegern des Gerichts, Beklagten andern Theils puncto eines Becken Back-Offen-Baus, haben wir mit gebührendem Fleiß verlesen, reifflich erwogen, und in deswegen gepflogener Deliberation dahin geschlossen, daß dermahlen denen Partheyen nachstehender Bescheid zu eröffnen.

Bescheid.

2 IN Sachen Rechtens sich haltend zwischen Joseph Niedthammern Burgern und Becken allhier, & Consorten Klägern und Imploranten eines; Entgegen und wider Hrn. Georg Michael Seegern des Gerichts Beklagten und Imploraten

raten andern Theils, wird Klägern und Imploranten hiemit ein Monats-Friſt pro termino eingeraumt und angeſetzt, inner ſolcher Zeit forderiſt ſich Rechts gebührend zu legitimiren, ſo dann die vorgeſchützte Nullitates ſententiæ prioris inſtantiæ principaliter zu deduciren, immittelſt aber ſolle Beklagter und Implorat mit Fortführung des angefangenen Baus der Becken-Stub und Backofens innzuhalten ſchuldig und verbunden ſeyn.

Zu Abfaſſung ſothanen Beſcheids commoviren und vermögen uns folgende kurtzlich anführende Urſachen,

3 Daß 1) wir ex Actis erſehen, daß im Nahmen der Frau Oberhanſin, bald ihr Tochter-Mann Hr. Hauptmann Johann Kilian Netzel, und dero Kriegs-Vogt Hr. Ludwig Georg Schwägerlin, Küchenmeiſter im Fürſtlichen Collegio, bald ihre Tochter, desgleichen im Nahmen Fr. Annä Eliſabethä, Herrn Jacob Metzgers, Fürſtlichen Würtenbergiſchen Geiſtlich Verwalters zu Gröningen Ehe-Frauen, Joſeph Niedthammer, die eingegebene Memorialien ſubſcribirt und ſich præſentirt, weder jene aber de rato cavirt, noch dieſer ſich ullo Mandato legitimirt.

4 Cum tamen Legitimatio perſonarum litigantium ſit de ſubſtantialibus Judicii, ideo prima ejus pars, quam omnino Judex partibus quoque negligentibus, ex officio curare debeat.

Scaccias *de Judiciis caus. civil. cap. 101. num. 33.*

5 Ex legitimatione enim litigantium Judicium ſubſtantiari ait

Baldus *in l. exigendi. 12. C. de Procurat. num. 4.*

6 nec contra ordinem ſubſtantialem judiciorum gravius peccatur, quam omiſſa legitimatione, ex qua omnia inania aut ſub periculo ſunt

Felin. *in c. inter. n. 4. x. de rejudic.* Vant. *de nullitat. ex inhabilit. ſeu defect. mand. num. 3.*

7 Hinc merito Judex exceptionem legitimationis, ne judicium ſit inane, ex officio ſupplet.

Zanger *de Except. p. 2. cap. 8. n. 36.*

Derentwegen billig auch vor allen Dingen hierfalls dahin getrachtet wird, daß das Punctum legitimationis perſonarum litigantium in Richtigkeit geſetzt wird.

8 2) Daß niemanden weder de communi in Camera Imperii recepto, noch Provinciali in hoc Incluto Ducatu promulgato Jure verſaget werden möge, die nullitates ſententiæ prioris inſtantiæ principaliter zu deduciren und auszuführen, er habe in gebührender Zeit, intra fatale nempe interponendæ appellationis, decendium ſcilicet, oder ſonſt debito & à legibus conſtituto modo appellirt, oder nicht, wie ſolches gantz klar und deutlich *in Fürſtl. Würtemb. Hof-Gerichts-Ordn. part. 3. tit. 5. §. 6. & 7.*

verſehen iſt, und tota die ſo wohl in dieſem Löbl. Hertzogthum bey Hoch-Fürſtl. Hoff-Gerichte, als bey Höchſt-Preyßlichem Käyſerl. Majeſtät und des Reichs Cammer-Gerichte practicirt wird

teſte Bocero *cl. 6. Diſp. 33. th. 37. ſeqq.*

Rhoding. *in Pandect. Camer al. lib. 1. tit. 33. n. 17.* ubi expreſſe ait: *Appellatione licet deſerta vel per Privilegium aut Reſcriptum remotâ, non propterea deſertam vel remotam cenſeri nullitatem, ſed deſertionis vel Privilegii vel Reſcripti nulla habita ratione, cauſam per viam nullitatis principaliter intentatæ ad Cameram deferri.* Et veteris illius à multis annis per Dd. agitatæ controverſiæ: Utrum appellatione locum haud habente, ſive rejecta, aut deſerta, etiam nullitas locum haud inveniat, ſive rejecta aut deſerta cenſeatur, ita, ut nec illa in judicium deduci poſſit? difficultatem, optimè per diſtinctionem inter nullitatem incidenter cum iniquitate ſententiæ propoſitam & nullitatem principaliter deductam, compoſitam eſſe, ita, ut appellatione remotâ aut deſertâ, & nullitas incidenter propoſita intercidat, ſuperſit tamen poteſtas principaliter deducendi nullitates Proceſſus ac ſententiæ prioris inſtantiæ, duretque de illis querela; quia nullitas principaliter deducta, veluti per ſe conſiſtens, nullam habet cohærentiam, nec connexitatem cum cauſa principali, nec mixturam cum appellatione, & ideo de una ad aliam non poteſt fieri illatio, at vero nullitas incidenter deducta, aſſumit ſibi naturam appellationis & ab ipſa appellatione tacite oritur & emanat, ac eſt pars appellationis, ut ita deſerto principali, acceſſorium quoque deſertum cenſeri neceſſe ſit, communiter Dd. ſtatuunt, præjudiciis innumeris probant

vid. Mynſing. *2. O. 77.* Gail. *1. O. 135.* Bender *de revis. concl. 36. n. 26.* Gylmann. *tom. 3. Symphor. voc. Nullitas. p. 238. §. nullitatis Judex.* Chriſt. Barth *Sent. Camer. p. 1. pag. 101. lit. E.* Hunn. *Encyclop. Jur. univ. p. 2. t. 22. c. 9. n. 46.* Klock. *vol. 2. Cons. 47. n. 46.* Jul. Cæs. Ruginell. *de appellat. §. 3. cap. 2. n. 18.* Melch. Clezell ab Altenach *de appellat. cap. 6. n. 218. ſeqq.*

Deme nach auch hierfalls Klägern und Implo- 9
ranten, ob ſie gleich nicht formiter appellirt, indem ſie Schedam appellationis dem Hrn. Vogt allein ohn Beyſeyn des Actuarii eingehändiget und übergeben, die Freyheit nullitates prioris ſententiæ principaliter zu deduciren in allewege gelaſſen werden muß und nicht abgeſtricket werden kan.

Daß wir aber 3) in der Urtheil angehenget 10
haben, daß indeß Hr. Beklagter und Implorat mit

mit Fortführung des angefangenen Baus der Becken- Stub und Back-Offens innzuhalten schuldig und verbunden seyn solle, ohnerachtet er sich ad cautionem de demoliendo opere, si causa ceciderit, & eum ædificandi jus non habuisse apparuerit, anerbothen, dazu haben uns bewogen textus aperti & expressi

11 *in l. un. C. de nov. oper. nunciat. & cap. fin. x. eod.* ubi clarè dicitur: Is, cui opus novum *renunciasse proponis*, non obstante cautione, *quæ offertur ab ipso de opere destruendo, si non jure ædificatum existat, tenetur te per trium mensium spatium expectare, Juris tui præjudicium probare volentem.*

12 Ex quibus textibus ad oculum patet, nec Jure Civili novo Codicis in *d. l.* unicâ constituto, (quo Juri Digestorum *in l. 5. §. 17. l. 20. l. 21. §. 1. ff. de nov. oper. nunc.* quodammodo derogatur,) nec Jure Canonico novum opus nunciantem cogi posse oblatam à nunciato cautionem de demoliendo opere, in casum succumbentiæ, statim accipere, nisi sponte id faciat, cum trium mensium à Legibus concessum habeat spacium, quo prius de ædificandi jure disceptetur, & si tempore illo lis terminari ac decidi non possit, tum demum ad oblatam idoneam cautionem ædificare permittendum, ideoque ante lapsum trium mensium ei, cui nunciatio facta est, ædificare non permitti, etsi millies caveat, nisi cum bona venia nunciantis id fiat, quippe in cujus est optione, utrum, recepta de demoliendo cautione, statim ædificare permittat, an vero intra tres menses de præjudicio suo docere & ostendere velit, ac interim ab opere cessetur.

d. l. un. C. de nov. op. nunc. c. pen. & ult. x. eod. Arumæus *ad Pand. Disp. 19. th. 10.* Ludwel ad Wesenb. *parat. ff. de nov. oper. nunc. in fin.* Treutler. *v. 2. D. 18. th. 1. l. B.* ibique Bachov. Fachin. *lib. 8. Controv. c. 48.* Panormit. *ad c. pen. & ult. x. de nov. oper. nunc.* Gratian. *discept. for. Tom. 7. c. 384. n. 1. seqq.*

13 Weil nun dieses klar und offenbahre Recht *in d. l. un. C. de novi oper. nunciat. & c. fin. x. eod.* constituirt, weder per Jus Provinciale Wirtenbergicum, noch per Generalem Constitutionem aut Consuetudinem Imperii aufgehoben oder abolirt, sondern vielmehr de illius observantia in Imperio testiren

Gail. *1. O. 16. n. 17.* ubi ita in Camera in causa Jacob Rellingers contra Werner Wielebherr & consortes judicatum refert. Petr. Frider. Mindan. *lib. 2. de Mandat. cap. 31. n. 26.* Wurmser. *in observ. tit. 49. obs. un.* Brunnemann. *ad d. l. un. n. 6. & 7.* ubi plures in eam sententiam allegat.

14 Auch Hr. D. Bardili seel. in seiner Disputation de novi operis nunciatione in Actis allegata *th. 41.*

B.D. Lauterbachio *ad tit. ff. de nov. oper. nunciat. in fin.* Struvio *Ex. 39. th. 12.* Mev. *p. 2. d. 180.* & ipso Petro Fridero Mindano *d. c. 31. n. 28.*

es nur mit gewisser Maß limitirt, und obtingente casu, ex æquitate & ipsius operis ædificandi qualitate, arbitrio judicis pro circumstantiis dahin zu moderiren, re ipsa suadirt, ne audiatur, qui ædificaturo lites per invidiam movet, ut eum, qui jam ædificare cœpit prohibitum & opus imperfectum relinquere coactum atque in jus tractum pecuniam ad ædificationem destinatam & repositam litigando consumere cogat, sicque ædificationis interruptione facit, ut ab incepto ædificio prohibitus trium mensium spatium expectans intolerabilia sustineat damna, uno verbo, ne audiatur qui ex calumnia novum opus nunciat, de quo, quod id hic fiat, minime apparet, sed imo ex Actis potius constat, quod haud vano metu periculi incendii, sicque justa causa illud præcavendi hic novi operis nunciatio facta sit, cum utique non parvi præjudicii res sit, quando quis contra parietem vicini furnum ædificat, ex quo haud levis incendii suboritur metus.

l. 13. ff. de servit. urb. præd.

maxime quando arguitur eum ad æmulationem, quæ inter vicinos plerumque præsumitur, ædificare

Mascard. *de probat. concl. 621. n. 13.* quomodo ad æmulationem vicinorum ædificare legibus prohibitum est

l. 1. §. 11. de aq. & aq. pluv. arc. Richter *p. 1. Cons. 55. n. 2.*

wir also hier keine urgirende Ursachen à regula Juris, quæ est, ut novi operis nunciatione facta prohibitus statim quiescere debeat ab opere ædificando, donec de jure ædificandi, ex Judicis, cujus jurisdictioni se post novi operis nunciationem partes commiserunt, cognitione & sententia constiterit

l. 1. §. 9. l. 8. §. 4. ff. de nov. op. nunc.

ita, ut si non attenta prohibitione per novi operis nunciationem facta nihilominus ædificet, ædificatum suis expensis destruere, vel interesse præstare debeat, si eo contentus esse velit nuncians,

l. 1. pr. l. 20. pr. & §. 1. de nov. op. nunc.

abzugehen finden, gestalten hier kein so groß periculum in mora, indem Hrn. Beklagten und Imploraten Sohn, dem zu lieb er die Becken-Stub und Back-Offen zu bauen vorgibt, noch nicht einmahl das Becken-Handwerck zu erlernen angefangen. Als haben wir salva Justitia anders nicht können, dann nach den klaren Rechten zu sprechen.

Welches in Eile zu verlangender Rechtlichen Nachricht dienstlich nicht verhalten wollen, verharrende

Unser Hoch- und Vielgeehrten Herren

Tübingen den 2. Dec. 1693.

Dienstwilligste

Gabr. Schweder D.

CONSI-

CONSILIUM XLV.

DE

Executione à Magiſtratu in domo privilegiata contra Civem refractarium, ob Actionem perſonalem ab alio contra illum intentatam, facta, & exindè, ex parte Fiſcalis, ob putativè violatam Jurisdictionem, mota querela.

SUMMARIA.

Præmittitur ſententia ſub num. 1.

2. Ratio decidendi prima deducit breviſſimis cauſam factæ, ob Jurisdictionem prætenſe violatam, accuſationis.

3. In loco, in ſuo licet territorio vel diſtrictu ſito, ab ejus tamen jurisdictione exemto, hanc exercens, jurisdictionem alterius violat.

4. In Exemtos Statutorum vigor ſe non extendit.

5. Hinc nec ad domum privilegiatam.

6. & 7. Ratio decidendi ſecunda plenius deducit, cur actio à fiſcali contra Magiſtratum loci ob factam in domo privilegiata Executionem locum haud inveniat.

8. Ratio decidendi tertia, abſolvitur in hoc, quod non adfuerit propoſitum jurisdictionem violandi, ſed quod Magiſtratus officium ſuum & imperium in civem refractarium ad alterius inſtantiam exercuerit.

9. Dolus & propoſitum in jurisdictionis violatione ſemper requiritur.

10. Ratio decidendi quarta oſtendit quod factum à Magiſtratu admiſſum Edicto Electorali ſit conforme.

11. Magiſtratuum officia ut perturbentur, neutiquam permittendum.

12. Superiorum Judiciorum intereſt, ut inferioribus ſuus conſtet honos.

13. Quinta decidendi ratio, indigitat quod Magiſtratus in toto collectivo accuſari non poſſit.

14. Requiritur, ut hoc fieri poſſit, omnium prævia deliberatione in Collegio decretum fuiſſe.

Urthel.

1 IN Reſtitutions-Sachen Burgermeiſter und Raths zu Rügenwalde, Beklagten und Imploranten Eines, entgegen und wider unſern Advocatum Fiſci Klägern und Imploraten andern Theils in puncto violatæ jurisdictionis, erkennen und ſprechen von GOttes Gnaden Wir Friedrich der Dritte, Marggraff zu Brandenburg, des Heil. Römiſchen Reichs Ertz-Cammerer und Chur-Fürſt ꝛc. ꝛc. ꝛc. allem gerichtlichen Vorbringen nach, auf eingeholten Rath auswärtiger unpartheyiſchen Rechts-Gelehrten vor Recht, daß Beklagter und Imploranten gravamina erheblich, dannenhero dieſelbe wider die den 29. Jun. 1694. publicirte Urtheil brevi manu in integrum zu reſtituiren, und von der andictirten Straffe der 10. Rthl. zu abſolviren. Geſtalten wir ſie hiemit wider ermeldte Urtheil in integrum reſtituiren, und von der andictirten Straffe der 10. Rthlr. abſolviren.

Daß dieſe Urthel denen Rechten und uns zugeſchickten Actis gemäß, bekennen wir Decanus und andere Dd. der Juriſten Facultät bey gemeiner Hochfürſtlichen Würtembergiſchen Univerſität Tübingen, uhrkündlich unſerer Facultät beygedruckten gröſſern Inſigels. Actum in Collegio den 6. Martii 1695.

RATIONES DECIDENDI.

DIe Urſachen ſo uns in gegenwärtiger Sach Burgermeiſter und Rath zu Rügenwalde Bekl. und Imploranten Eins, wider den Churfürſtlichen Rath und Advocatum Fiſci A. und Imploraten andern Theils vorſtehende Urtheil abzufaſſen bewogen, dem hohen Anſinnen zu ſchuldig-williger Folge beyzufügen, ſo beſtehen dieſelbe kürtzlich in folgendem:

2 Pro primo geben die Acta, daß Burgermeiſter und Rath der Stadt Rügenwalde von Hrn. Fiſcali pcto. violatæ Jurisdictionis Sereniſſimi angeklagt, und deßwegen mit 10. Rthlr. ex proprio zu bezahlen angeſehen worden, weil ſie nemlich, wie er geklagt, ſich unterſtanden ihren Stadt-Diener in das auf der Schloß-Freyheit gelegenes, Anna Sophia von Cronenfelß Joachim Machandels Ehefrauen eigenthumlich zugehöriges, von Adrian Kopen von Gronen An. 1692. miethweyß in gehabt- und bewohntes Haus zu ſenden, und durch denſelben das an dem Heuſchauer gelegene Schloß abſchlagen laſſen, durch ſolche unbegrüßt der Churfürſtlichen Amtleu-

dergestalten darinn veranlaßte und vorgenommene Execution, das solchem Frey-Haus à Serenissimo indulgirte Privilegium Exemptionis, und zugleich die vi Ejusdem Serenissimo aut Ejusdem Officialibus competirende Jurisdiction, violirt. Ob nun wohl es einen zimlichen Schein hat, daß sie deßwegen billig in die Straff der 10. Rthlr. condemnirt worden seyn,

3 quia utique non minus qui in loco, in suo quidem territorio vel districtu sito, sed à jurisdictione ipsius per privilegium exempto, & à potestate sua plane libero, actum jurisdictionis aut imperii exercet, jurisdictionem illius, qui in loco exempto eandem habet, violasse dicitur, & de violata adeoque Jurisdictione tenetur, ac qui in alterius territorio citra jus & fas jurisdictionem suam exercere sategit, cum idem juris sit in locis equidem sub districtu alicui subjecto comprehensis, ast jurisdictioni illius exemptis, quod obtinet in iis, quæ extra territorium reperiuntur, paria quippe sunt, esse extra territorium, & esse in territorio, sed exemptum.

Jason *in l. fin. n. 5. de jurisd.* Schrader. *de feud. part. 2. part. 9. pr. §. 3. n. 157.* Ziegler. *ad Prax. Aur. Calvoli. §. Landsassius. n. 29.* Reincking. *de R.S. & E. l. 1. cl. 5 c. 1. n. 21. seq.* Mirig. *de superior. territ. c. 1. n. 16.* Victor. *de Exempt. concl. 27.* Knichen. *de jur. territ. c. 4. n. 54.* Mev. *ad 7. L. qu. prælim. 3. n. 2.*

4 Non enim in exemptos Statutorum vigor se extendit aut porrigit, nec ullam in illos jurisdictionem sibi vindicare potest Magistratus illius loci.

arg. l. 9. ff. de just. & jur. l. fin. ff. de jurisdict. Mev. *d. l.* Cothman. *vol. 1. Cons. 21. n. 101. seqq.*

5 Atque hinc in terminis de ejusmodi possessore domûs privilegiatæ, eines Frey-Hauses, quod statutis loci non sit obstrictus, nec jurisdictioni Magistratus oppidani devinctus, proinde nec hereditas ejus juxta statuta loci dividenda veniat, tradit Carpzov. *p. 3. c. 12. d. 19.*

6 So halten wir doch 2.) daß dißfalls Hrn. Fiscalis Klag und Intention wider Burgermeister und Rath der Stadt Rügenwald nicht gegründet, noch Burgermeister und Rath ermeldter Stadt, wegen der in dem Hauß qu. vom Burgermeister Hofman dem Stadt-Diener anbefohlenen, und von diesem nach empfangenem Befehl verichteten Execution, strafffällig sey, und mit Fug Rechtens die 10. Rthlr. Straffe de proprio zu bezahlen condemnirt werden möge, in Ansehung, daß die Eigenthümerin des Hauses qu. Anna Sophia von Crohnenfelßen, und dero jetziger Ehemann, Jochim Machandel, als verpflichtete Bürger der Stadt Rügenwalde wider den damaligen Innwohner des Hauses, als ebenmäßig einen, Burgermeister und Rath gedachter Stadt mit Pflicht und Eyd verwandten, Bürger bey dem regierenden Burgermeister, als ihrer beeden ordentlichen Obrigkeit, testantibus Actis, aus dem mit ihm ad certum tempus eingegangenen und mit Verfliessung der Zeit wieder aufgekündeten Mieth-Contract, & ita actione personali, geklagt, und rechtliche Hülffe gesucht, weil nun ein jeder, einheimischer oder angenommener, Bürger, wie er wegen erlangten Bürger-Rechts die Freyheit hat bürgerliche Nahrung zu treiben, Wonn, Wayd, Trieb und Trab, Holtzung und andere dergleichen gemeinsame Nutzungen mit zu geniessen, also auch im Gegentheil, vermög seines abgelegten Burger-Eyds, allen und jeden Burgermeister und Raths rechtmäßigen Geboten, Satzungen und Stadt-Ordnungen gebürlich nachzukommen, ihren Gerichts-Zwang zu erkennen, und sich demselben zu submittiren, schuldig und verbunden, auch durch Besitz oder Bewohnung eines Frey-Hauses von solcher Gerichtbarkeit in Actionibus personalibus nicht befreyet wird, sondern in personal-Klagen jurisdictioni Magistratus ordinarii unterworffen ist und bleibt, auch daher vor Burgermeister und Rath oder Gericht, ohnangesehen des besitzenden Frey-Hauses, quavis actione personali belangt werden, und Burgermeister und Rath seinen über ihn habenden Gerichts-Zwang ohn einige Hinderung ausüben, und die wider ihn publicirte Urtheil exequiren kan, juxta ea quæ tradit

Carpzov. *p. 3. c. 12. d. ult.* ubi quod *in præced. def. 19* dicit, *possessorem domus privilegiatæ statutis loci non obstrictum, nec Jurisdictioni Magistratus oppidani devinctum esse, notanter ita limitat*, nisi possessor domus privilegiatæ domicilium eo in loco sibi constituerit, aut incolatum adeptus fuerit, *tum enim neminem dubitare, quin in personalibus jurisdictioni Magistratus oppidani subjectus sit.*

So sehen wir nicht ab, wie Burgermeister 7
und Rath deßwegen, daß der regierende Burgermeister dem einen, ihn um rechtliche Ambts-Hülffe anruffenden Bürger wider den andern, ihm ebenmäßig verpflichteten und mit Eyd zugethanen, auch seiner Bothmäßigkeit unterworffenen Burger, die Ambts-Hülffe geleistet, und als er dem Befehl des regierenden Burgermeisters, das Heuschauer dem Proprietario zu öffnen, nicht pariret, durch den Raths-Diener mittelst Abschlagung des Schlosses das Heuschauer öffnen lassen, mithin das ihm pro tuenda sua jurisdictione in omnes cives suos competirende imperium mixtum wider diesen juramento civico verpflichten ungehorsamen Innwohner des Frey-Hauses exercirt, und sich also nur seines contra refractarios zukommenden Rechts bedienet, in eine Straffe condemnirt werden solte.

Zumahl da es 3.) nicht ea intentione & pro- 8
posito geschehen, daß man Serenissimo in seine Jurisdiction zu greiffen, und selbige oder das ab Eodem dem Haus in seiner Maß concedirte Privilegium exemptionis zu violiren gesonnen, sondern allein sein in civem refractarium habendes imperium zu exerciren gewillet gewesen, welches in personali actione ex locatione conductione ortâ auch wider einen solchen Innwohner eines ab oppidani Magistratus jurisdictione in seiner gewissen Maß, quoad actionem realem np. eximirten Frey-Hauses, der Magistratui oppidano juramento Civico obstringiret, und in solchem Frey-Haus seine bürgerliche Nahrung und Gewerb getrieben, auszuüben befugt zu seyn Consul regens b. f. geglaubet, deßwegen pœna violati privilegii billig cessiret.

Ut

9 Ut enim super violatione Privilegii ad pœnam agi, & quis in eam condemnari queat, præter insinuationem privilegii violatori, ejusque exhibitionem Judici factam, requiritur, ut narretur ac doceatur, violationem ejus ex proposito & dolo perpetratam contra notitiam à certiore de pœna Privil. insertâ facto & admonito.

vid. Blum. *de Proceſſ. tit. 39 n. 7.* Hoffmann. *in Prax. Jur. Camer. tit. 14.* Roding. *Pand. Camer l. 1. t. 16. §. 5.* ubi expreſſe tradit, pœnam irrogari non poſſe, niſi conſtet de doloſa intentione violantis, ſi igitur hanc Proceſſus impetrans non probet, reus abſolvatur. Inde monet eos qui de violato privilegio agere volunt, ut antequam Proceſſus impetrent, videant, quo pacto dolum probare velint, cum non tantum juſta & gravis ſed etiam fatua credulitas à dolo excuſet, & hinc multi hujus generis Proceſſus ex defectu dictæ probationis in vanum excidant, in tantum, ut vix condemnationis præjudicium inveniri queat, teſte Merckelbachio apud Caſp. Klock. *vol. 1. Conſ. 37. n. 398.* & Gylmanno *Tom. 2. Symphorem. p. 2. tit. 11. vot. 7. fol. 247. ſeqq.*

Geſtalten dann auch 4.) die Hochpreißliche
10 Churfürſtliche Regierung ſelbſt den 22. April. 1693. den Churfürſtl. Rügenwaldiſchen Beamten gnädigſt mandiret, daß wofern diejenige, ſo in Frey-Häuſern wohnen, Bürger ſeyn, oder bürgerliche Nahrung treiben, und die inſtituirte actio perſonalis ſey, ſie Beamte Burgermeiſter und Rath in exercitio ihrer Jurisdiction nicht behinderlich, ſondern vielmehr beförderlich ſeyn ſollen. Welches wie es gar wohl und weißlich alſo von Hochlöbl. Regierung per mandatum reſcribirt zu Conſervirung der Authorität, ſo Burgermeiſter und Rath, als vorgeſetzte Obrigkeits-Perſonen, vor ihren Bürgern, als Untergebenen, in allwege haben ſollen, und zu Stabilir- und Maintenirung des von dieſen jenen in billigen Dingen zu leiſten habenden ſchuldigen Gehorſams und Reſpects, wofern ein gutes Regiment geführt, und der Stadt gemeine Wohlfahrt befördert werden ſolle; Alſo iſt es auch der Juſtiz und Ordnung der Rechten gantz conform.

Non enim permittendum, ut inter Magiſtra-
11 tus promiſcuis & confuſis actibus turbentur officia, ſed vitanda eſt jurisdictionum confuſio. Quod ergò ordini jurisdictionum interrupto ſervando convenit, ut nempe quod unius eſt, non ſibi arroget alter, exigit, ut quod virtute iſtius apud cives in civitate expediendum, id ab oppidano Magiſtratu curetur, & executioni mandetur, quo cuncta recto ordine procedant, qui in functionibus publicis præcipuè cuſtodiendus.

l. 23. C. de teſtam. l. 2. C. de offic. Magiſtr. Mev. *p. 2. dec. 158. n. 2.*

Et intereſt maxime quoque ſuperiorum judi-
12 ciorum, ut inferioribus ſuus conſtet honos & authoritas, nec quicquam in illorum injuriam & contemptum admittatur, poſtquam enim eviluere inferiora, contemptus ad ſuperiora exſurgit, nam plerumque ſerpit injuria, nec ubi incipit, deſinit. Mev. *p. 1. dec. 157. n. 5.*

Und werden 5.) Burgermeiſter und Rath um ſo mehr von der Straffe abſolvirt, als, poſito daß die pœna violati Privilegii auch ſtatt hätte, die von Hrn. Fiſcali intendirte Klag nicht wider geſamte Burgermeiſter und Rath, ſondern allein wider den damalen regierenden Burgermeiſter Hoffmann, der das Schloß vom Heuſchauer abzuſchlagen befohlen, fundiret, dieweil er vor ſich ſine prævio convocati Collegii Senatorii Conſilio & conſenſu ſolches befohlen, die übrigen Burgermeiſter und Raths-Verwandten davon nichts gewuſt, weniger darein conſentirt. Deßwegen ſelbige auch in die Pœn des violirten Privilegii, oder violatæ jurisdictionis nicht condemnirt werden können.

Juris enim tralatitii eſt non poſſe totam Univerſitatem, qualis etiam eſt Collegium Conſulum & Senatorum Civitatis, puniri, niſi convocatis omnibus de Collegio, Capite nempe & univerſis membris, prævia deliberatione unanimi omnium conſenſu decretum fuerit, quod illicitè factum in delictum incidit. Ubi enim in Collegio pœnarum communicatio obtinere debet, ibi neceſsè eſt, ut omnes de Collegio ad delictum efficaciter concurrant, & de reatu delicti revera participaverint, quia ſine tali concurſu & influxu effectus actionis moralis à perſona in perſonam non tranſit, neque nomine delicti alieni alius puniri poteſt, ne alias contra omnem rationem ibi ſit communicatio pœnæ, ubi non communicatio culpæ.

Puffendorff. *de I. N. & G. lib. 1. cap. 5. §. 14. & lib. 8. c. 3. §. 28.* Bruning. *de var. univerſ. ſpecieb. conſl. 96.* Knipſchild. *de Jur. Civit. Imp. lib. 5. cap. 7. n. 15.* Loſæus *de Jur. Univerſ. p. 4. c. 7. n. 15.* Mynſing. *4. Obſ. 79.* Corneus *vol. 4. Conſ. 224. per tot.* Farinac. *oper. crim. p. 1. q. 24. n. 129. ſeq.*

Deren und anderer mehr mit Stillſchweigen jetzo übergehender Urſachen halber wir nochmalen, ſalvo quorumvis melius ſentientium judicio, erachten, daß Burgermeiſter und Rath der Stadt Rügenwalde ſo wohl ex capite juſtitiæ, als Prudentiæ, um ſie bey ihrer Authorität vor den Bürgern zu erhalten, und dieſen nicht Urſach zu geben ihrer vorgeſetzten Obrigkeit den ſchuldigen Gehorſam in billigen Dingen zu weigern, wegen der vom regierenden Burgermeiſter, auf der Eigenthumerin des Hauſes quæſt. als ihrer Bürgerin beſchehene Imploration und geſuchte Amts-Hülffe wider den Beſtänder und ihren Mit-Bürger der geweigerten Oeffnung des Heuſchauers halber, anbefohlenen Abſchlagung des Schloſſes, dermalen mit der Straff zu verſchonen, und deßwegen wider die Urtheil vom 19. Jun. 1694. in integrum zu reſtituiren, auch von der andictirten Pœn der 10. Rthlr. zu abſolviren. Und falls ja Eine Hochpreißl. Regierung, deren das Privilegium in ſeinem tenor, wie es lautet, bekandt ſeyn wird, ſollte vermeynen, daß Burgermeiſter und Rath dergleichen ichtwas wider ſolche Innwohner der Frey-Häuſer, ob ſie gleich ſonſt auch Burger ſeyn und bürgerliche Nahrung treiben, zu verhängen nicht befugt, könte ſie dieſelben, ſich deſſen hinkünfftig zu enthalten, reſcribiren und befehlen. Welches wir zu verlangter rechtlichen Nachricht nicht verhalten ſollen. Actum in Collegio d. 6. Martii 1695.

CONSILIUM XLVI.

De mutabilitate Pactorum dotalium, de futura Succeſſione diſponentium. De quantitate legitimæ Matri relictæ, præteritis duobus fratribus & inſtituta uxore.

SUMMARIA.

6. usque 8. RElatio Facti cum ſubjunct. Qq.

9-11. Verba: Es wäre dann. *juxta nativam eorum ſignificationem, ſunt conditionata.*

12-14. Æquipollent illa particulis: Niſi. Excepto ſi &c. ideoque ubi oratio negativa præcedit, affirmativam, è contra ubi præcedit oratio affirmativa, verba eadem negativam important.

15. Pacta de futura ſucceſſione diſponentia, modò non obſtet loci alicujus conſuetudo vel ſtatutum, contraria diſpoſitione tolli ac revocari poſſunt.

16. 17. Præſertim reſpectu tertii, cui ſpem ſucceſſionis, vel aliud quoddam jus tribuunt, illa ſunt revocabilia.

18-20. Ulterior confirmatio proximè præcedentium.

21-24. Legitima absque omni onere relinqui debet.

25. Qualis ſit legitima matris, ſi hæc præteritis duobus fratribus & inſtituta uxore, ceu honeſtâ perſonâ, in illa tantum inſtituatur?

26. Antiqua, magna & valde difficilis Q. dicitur.

27. Circa cujus deciſionem Dd. in diverſas planè abeunt ſententias.

28. 29. Recenſentur diverſæ opiniones cum nominibus Auctorum.

30. Præfertur ſententia ſtatuentium, tertiam ſaltem partem trientis hoc caſu matri deberi. Ceu de jure verior.

31-35. Adducuntur fundamenta, quibus hæcce nititur ſententia.

DEmnach zwiſchen weyland Hrn. Johann Wilhelm Grimmeln, Burger und Handelsmann in des Heil. Röm. Reichs Stadt Memmingen, und ſeiner jetzo hinterlaſſenen betrübten Fr. Wittiben, Namens Anna Fritzin, Hrn. Joh. Matthias Fritzens, Pfarr-Herrns zu Baltzheim, Ulmer-Herrſchafft Ehelichen Tochter, ehe ſie würcklich in die Ehe getreten, mit gutem Belieben und Genehmhaltung beederſeits Eltern und Verwandten, die ſub lit. A. beyliegende Pacta dotalia aufgerichtet, darinn unter andern verſehen worden, daß da beſagter Hr. Joh. Wilhelm Grimmel vor ſeiner verſprochenen Haus-Frauen Anna Fritzin nach dem Willen GOttes ohne Hinterlaſſung mit ihr erzeugter ehelicher Leibes-Erben Todes verfahren würde, alsdann ermeldte ſeine hinterlaſſene Haus-Frau aller und jeder ihr beeder zuſammen gebracht-er, auch in währender Ehe durch den Segen GOttes fürgeſchlagener Haab und Gütter, liegender und fahrender, item aller und jeder ihrer beeder Kleider, Kleinodien, Leibes-Zugehörd, beederſeits Hochzeit-Verehrungen, und in Summa aller Fahrniß, wie auch und woran dieſelbige iſt und genennet werden mag, nichts davon ausgenommen, ein rechte einige Erbin ſeyn, heiſſen, und bleiben, aber dabey ſchuldig und verbunden ſeyn ſolle ermeldtes Hrn. Joh. Wilhelm Grimmels nechſt-geſipten Bluts-Freunden und Erben Neun hundert Gulden zu einem bedingten Ruckfall, ſo dann alles dasjenige, ſo er ſeiner Seits ererbt, legats- oder Schenckuns-weyß bekommen hätte, abzutreten, und inner halben
2 Jahrs-Friſt hinaus zu geben. Es wäre dann, daß er ſolches um GOttes und Ehre willen anderwertshin, oder auch ihr ſeiner lieben Ehe-Wirthin gantz oder zum Theil verſchafft und vermacht hätte, deſſen er denn gut Fug und Macht haben auch in allem vollzogen werden ſolle unverhinderlich männiglichs ꝛc. Und weil 3
er mit einem beſchwehrlichen Affect und Kranckheit von GOTT heimgeſucht, darinn ſie ihm höchſt-rühmlich neben ehelicher Liebe und Treue, ſolgfältige Wart- und Verpflegung bezeugt, ein Jahr hinnach dadurch bewogen worden, das ſub Lit. B. beygelegte Teſtamentum Nuncupativum coram Notario & ſeptem ſpecialiter convocatis teſtibus aufgerichtet, darinn er forderiſt die Pacta dotalia beſtättiget, hiernächſt ſeiner Fr. Mutter die Legitimam oder den Pflicht-Theil, (ſo ſie denſelben anderſt verlangen möchte) honorabili inſtitutionis titulo verlaſſen, ſo dann zu alles ſeines übrigen Guts und Verlaſſenſchafft willkührlichen und Rechts-beſtändigen Erbin berührte ſeine liebe Haus-Frau Annam Grimmlin, geborne Fritzin, wohlbedächtlich inſtituirt, weil ſie durch ihre zeit währendes ihres Eheſtandes ihme ſo rühmlich bezeugte Liebe, Treu und Gedult, auch ſorgfältige Wart- und Verpflegung ſeiner Perſon in der Kranckheit und ſonſt ein ſolches um ihne aufs beſte meritirt und verdienet, ut verba teſtamenti ſonant, dergeſtalt und alſo, daß auf ſein ſeel. Hinſcheiden, ſie alle ſolch ſein übriges Vermögen, liegend- und fahrendes, kleines und groſſes, Geld und Gelds-werth, nichts überall davon ausgenommen, noch hindangeſetzt, es habe gleich Namen wie es immer wolle, alſobald zu ihren Handen und Gewalt nehmen, auch damit gleich andern ihren eigenthumlichen Güttern, inmaſſen gedachte ſeine liebe Mutter mit erwehntem ihrem Pflicht-Theil ebenfalls zu thun befugt, gefahren, ſchalten und walten, thun und handeln ſolle und möge, ohngehindert daran von männiglichen in alleweg, auſſer daß ſie, der Armen mit Darreichung einigen Allmoſens nicht vergeſſen ſolle ꝛc.

So

4 So ſeynd, nachdem ſich der Fall begeben, daß er Joh. Wilh. Grimmel ohne Hinterlaſſung ehelicher Kinder geſtorben, zwiſchen deſſen Fr. Mutter und beyden Geſchwiſtrigen einer, ſo dann deſſen hinterlaſſenen Fr. Wittiben anderſeits einige differentien hierob ſonderlich entſtanden,

5 Ob 1.) des Verſtorbenen Nächſtgeſippte den in bemeldten Ehe-Pactis eventualiter bedingten Rückfall der 900. fl. und 2.) die in legitima inſtituirte Fr. Mutter nach dem ſupponirten 6 caſu, da der Teſtator nebſt ihro noch zwey Geſchwiſtrige, die ſecundum Jus commune, teſtamento non condito, ab inteſtato ſuccedirt, verlaſſen, dieſe aber in dem aufgerichteten Teſtament præterirt hat, nicht nur tertiam tertiæ, ſondern trientem totius hereditatis defuncti, von Rechts wegen pro legitima prætendiren und fordern mögen? da des Defuncti Fr. Mutter und Geſchwiſtrige quoad utrumque affirmativam, die nachgelaſſene Fr. Wittib aber hergegen negativam behaupten wollen, jedoch ſich beyderſeitig, die Sach in Güte hinzulegen gantz löblich 7 erboten. Als nun beliebig gefallen unſer rechtl. parere darüber einzuhohlen: Ob im Stand Rechtens die negativa in beeden Puncten zu behaupten ſeyn möchte? So ſollen wir zu dienſtlicher Willfahr und Beförderung der heylſamen 8 Gerechtigkeit nicht verhalten, daß wir nach fleiſſiger Verleſung der überſandten Beylagen à lit. A. ad E usque und reiffer der Sachen Erwegung in gepflogener collegialiſchen deliberation einmüthig dafür gehalten, daß in dem erſten Puncten, da die Frage iſt: ob des Verſtorbenen Nächſtgeſippte den in den Ehe-Pactis eventualiter bedingten Rückfall der 900. fl. mit Recht prætendiren können? die negativa, daß ſie denſelben zu fordern keinesweges berechtiget, beſtens gegründet, und bey uns gantz auſſer Zweiffel geſetzet ſey;

9 Denn 1.) geben die Relata verba Pactorum dotalium klar, daß durch ſelbige in caſum illum, da Hr. Joh. Wilh. Grimmel vor ſeiner Ehefrauen ohn eheliche Kinder mit Tode abgehen ſollte, ſeiner hinterlaſſenden Wittwen das Recht in allen von ihm in die Ehe gebrachten und in währender Ehe durch GOttes Segen vorgeſchlagenen Hab und Gütern, liegenden und fahrenden, item in allen und jeden ihrer beeden Kleidern, Kleinodien, Leibes-Zugehörd, beederſeits Hochzeit-Verehrungen und in ſumma in aller Fahrniß, wie und woran dieſelbige ſey und genennet werden möge, ꝛc. zu ſuccediren bedungen worden, darbey aber angehängt, daß ſie jedoch ſchuldig und verbunden ſeyn ſolle deſſen nächſtgeſippten Bluts-Freunden und Erben (ab inteſtato ſcil. aliàs ſucceſſuris) 900 fl. zu einem bedingten Ruckfall, ſammt allem demjenigen, ſo er ſeiner Seits ererbt, Legats- oder Schenckungs-weys bekommen, abzutreten und inner halben Jahres-Friſt hinaus zu geben.

10 Allein iſt dieſer Ruckfall der 900. fl. und alles desjenigen, ſo er ſeiner Seits ererbt, Legats- oder Schenckungs-weys bekommen, anders nicht ausgedungen worden, denn ſub hac conditione, wann er nicht um GOttes und Ehre willen dieſes alles, ſo uff ſeine nächſtgeſippte Bluts-Freund zurück fallen ſollen, anderwärts hin, oder auch ihr ſeiner lieben Ehewürthin, gantz oder zum theil verſchafft oder vermacht haben möchte, deſſen er gut Fug und 11 Macht ꝛc. dann daß dieſe verba conditionem quandam importiren, quâ demum exiſtente die 900. fl., und die ihm Erbs-legats- oder Schenckungs-weys angefallene Güter uff ſeine nächſte Freunde zurück fallen ſollen, gibt die Nativa ſignificatio harum vocum: Es wäre denn, daß,

ceu quæ æquipollent particulis niſi, excepto ſi &c. conditionem quandam inferentibus.

l. 40. §. 2. ff. de condit. & demonſtr. Rol. à Valle *lib. 3. Conſ. 49. n. 14.*

Et in certum eventum contrarium ejus, quod præcedit, ponentibus.

Richter *de ſignif. Adverb. voc. niſi.*

Adeoque ubi oratio negativa præcedit, verba iſta: es wäre denn, affirmativam important

Gail. *1. O. 82. n. 23. cum alleg.* Mynſ. 4. O. 50.

Econtra ubi præcedit Oratio affirmativa, verba eadem negativam important.

Dynus *in cap. peccatum. de R. I. n. 2.* Ruding. *cent. 2. Obſ. 33.* Strauch. *in Lex. part. Jur. voc.* **Es wäre denn.**

Weil demnach hier oratio affirmativa vorher- 12 gehet, und Hr. Joh. Wilh. Grimmels Hausfrau adſtringiret wird ihres Mannes nächſten Freunden auf den Fall, da er vor ihr ohn Kinder abſtirbt von ſeinen in die Ehe gebrachten 1500. fl. als einen bedingten Ruckfall 900. fl. hinaus zu geben, ſub hac clauſula: Es wäre dann, daß er ſolche um GOttes und Ehre willen anderwärtshin oder auch ihr ſeiner lieben Ehewürthin gantz oder zum Theil verſchafft und vermacht hätte, deſſen er gut Fug und Macht haben, auch in allem vollzogen werden ſolle, ohnverhinderlich männiglichs; So iſt es 13 in effectu ſo viel, als wann ſie expreſſe von der Hinausgebung ſolcher 900. fl. frey und losgeſprochen, und ſeine nächſte Freunde ſothanen Ruckfalls der 900. fl. privirt wären in iſtum eventum, wann er gedachte 900. fl. um GOttes und Ehre willen anderwärtshin oder auch ihr ſeiner Hausfrauen verſchafft und vermacht haben würde. Und als dieſes jetzo in dem ein 14 Jahr hernach aufgerichteten Teſtament geſchehen, fällt der ausgedungene Ruckfall vor ſich ſelbſt vi ipſorummet Pactorum dotalium,

quæ ex partium paciſcentium apertè ſic declarata voluntate reverſionem illorum 900. flor. ad mariti proximos conſanguineos, ſi ipſe improlis ante uxorem moriatur, ſtipulatam, in eventum iſtum, ſi ipſe aliter de iisdem diſpoſuerit, ſatis clarè retractant, tollunt & annullant.

15 Welches zwar 2.) doch würde also obtiniren, wann es auch gleich nicht ausdrücklich in Pactis dotalibus dergestalten versehen worden wäre, gestalten bekandt, daß der bewehrtesten Rechts-Lehrer einhellige gemeine Schluß dahin gehe, daß die Pacta Dotalia de futura succeſſione diſponentia, quæ mixta vocant, modò non obſtet loci alicujus conſuetudo vel ſtatutum, contraria diſpoſitione wohl mögen aufgehoben und wiederruffen werden, ſo, daß die Paciſcentes deren ungehindert die ihnen zugehörige Güter ihres Beliebens per teſtamentum, inſtitutionis heredis, legati vel fideicommiſſi titulo, auf andere, als auf die ſie krafft der eingegangenen und aufgerichteten Pactorum Dotalium mixtorum kommen ſollen, verwenden können.

Ludvvell. ac Hahn ad Weſenbec. *Parat. ff. de pact. dotal. n. 4. verb. Eſt & illud quæſtionis.* Carpzov. *p. 2. c. 43. d. 10.* ibiq. Gosvvin. ab Esbach & ab ipſo allegati. quibus add. Joh. Franc. Balthaſar. *p. 1. tit. 1. Reſol. 16. n. 14.* Klock. *vol. 3. Conſ. 114. n. 217. ſeqq. & Conſ. 123. n. 153. ſeqq.* Stryck. *de cautel. contract. ſect. 3. cap. 8. §. 18. & de Succeſſ. ab inteſt. Diſſ. 8. c. 5. §. 41.* I. O. Tabor. *de Pact. dotal. cap. 7. n. 2.*

Inſonderheit, wann in Pactis dotalibus tertio alicui, als den Agnatis vel Cognatis, de ſucceſſione proſpicirt worden.

16 Nam Pacta iſta Dotalia tertio cuidam ſpem ſucceſſionis vel aliquod Jus tribuentia, reſpectu iſtius tertii indubitatò revocabilia ſunt, v. g. ſi iſtis cautum, ut marito ſine liberis mortuo bona ejus ad heredes ab inteſtato ſucceſſuros pertineant, eo non obſtante ipſe liberè teſtamentum condere & jus iſtud ſucceſſionis in pactis dotalibus heredibus ab inteſtato ſucceſſuris delatum auferre, ac uxorem vel alium tertium heredem inſtituere poteſt.

Autor præjud. Camer. *voc. teſtamentum.* ubi ita in Camera Imperiali judicatum eſſe refert, *in fin.* Capella Tholoſ. *dec. 454. n. 1.* Tiraquell. *de Jur. primog. qu. 8. n. 1. ſeqq.* Herm. Vultej. *vol. 4. Conſ. Marp. 24. qu. 2.* Klock. *vol. 3. Conſ. 114. n. 87. ſeq. & n. ult. Conſ. 123. n. 160. ſeqq. & vol. 4. Conſ. 20. per tot.*

17 Deme nach kein Zweiffel walten kan, daß wann gleich dieſes hierfalls in Pactis dotalibus nicht expreſſe alſo verſehen, daß auf ſein Joh. Wilh. Grimmels ohne hinterlaſſende Kinder erfolgten Todsfall deſſen hinterbleibende Wittib ſeine rechte einige Erbin ſeyn, aber dabey ſchuldig und verbunden ſeyn ſolle 900. fl. als einen bedingten Ruckfall, ſammt allem demjenigen was er ſeiner Seits ererbt, Legats- oder Schenckungs-weys bekommen, ſeinen nächſtgeſippten Bluts-Freunden hinaus zu geben, es wäre denn, daß er es GOttes und Ehre willen anderwärtshin oder auch ſeiner lieben Hausfrauen verſchafft oder vermacht hätte, nichts deſtoweniger auf das von ihm aufgerichtete Teſtament, krafft deſſelben der Ruckfall von ſelbſten gefallen und die 900. fl. bey ſein Joh. Wilh. Grimmels hinterlaſſenen Witwe irrevocabiliter geblieben wären, ſo daß ſeine nächſtgeſippte Freunde ſolche keineswegs mit Fug Rechtens prætendiren und fordern können, wie viel weniger iſt dann jetzo ihre prætenſion fundirt, da die Pacta dotalia in effectu dem Wort-Verſtande nach ſothanen bedingten Ruckfall der 900. fl. ſelbſt in eventum conditi teſtamenti, quo aliud, quam pactis dotalibus conventum, diſpoſitum fuerit, caſſiren, und dieſer eventus ſich würcklich begeben, daß nemlich Joh. Wilh. Grimmel ein zu recht kräfftiges und gültiges Teſtament gemacht, und darinn in allem dem Seinigen, excepta legitima matri debita, in qua ipſam inſtituit, ſeine hinterlaſſene Wittwe ſine onere quicquam alteri reſtituendi zur Erbin eingeſetzet.

Und mag 3.) nichts weniger als daraus, 18
daß der defunctus maritus in §. 2. ſeines Teſtaments die mit ſeiner lieben Hausfrauen Zeit ihrer Zuſammenheyrathung aufgerichtete, allerſeits beliebte und confirmirte Ehe-Pacta wiederhohlet und dergeſtalt bekräfftiget, daß ſolche bey ihrem buchſtäblichen wahren Innhalt ohnveränderlich gelaſſen, auch alſo vollzogen werden ſollen, geſchloſſen werden, daß demnach der in ermeldten Ehe-Pactis bedingte Ruckfall der 900. fl. des defuncti nächſten Anverwandten hinaus zu geben, inmaſſen bereits gezeiget und die verba es klar geben, daß der Ruckfall allein in caſum quo non aliud per teſtamentum conſtitutum den nächſten Geſippten ausgedungen, in caſum vero quo aliud teſtamento diſpoſitum fuerit vi nativæ ſignificationis verborum derſelbe durch die Ehe-Pacta ſelbſt in effectu aufgehoben, die Wittib von der Obligation denſelben hinaus zu geben befreyet, die Nächſtgeſippte aber jure & facultate denſelben von der Wittib hinaus zu fordern priviret worden.

Daß auch 4.) der in Pactis dotalibus nicht 19
ſimpliciter, ſondern ſub certa conditione & in eventum non conditi teſtamenti, nec aliter eo factæ diſpoſitionis ausbedingte Ruckfall der 900. fl. mit der à defuncto teſtatore beſchehenen Einſetzung ſeiner hinterlaſſenen Hausfrauen zur willkührlichen und rechtsbeſtändigen Erbin alles ſeines über die Legitimam maternam, die er ſeiner Fr. Mutter honorabili inſtitutionis titulo verſchafft, vorhandenen und verlaſſenden Vermögens, ligends und fahrendes, kleines und groſſes, Gelds und Geldswerths, nichts davon ausgenommen, noch hindangeſetzet, es habe gleich Namen, wie es immer wolle, nicht beſtehen könne, ſondern durch ſelbe gäntzlich aufgehoben, iſt unſers Ermeſſens eine gantz klare und offenbare Sach, darein ſo weniger einiger Zweiffel geſetzt werden

den kan, weil er ausdrücklich ſeiner Hausfrauen, als inſtituirten Erbin, die Macht und Freyheit gibt, daß ſie all ſein Vermögen, was über den mütterlichen Pflicht-Theil vorhanden iſt, nach ſeinem Tod alsbald zu ihren Händen und Gewalt nehmen, auch damit gleich andern ihren eigenthümlichen Gütern, inmaſſen ſeine liebe Mutter mit ihrem Pflicht-Theil ebenfalls zu thun befugt, gefahren, ſchalten und walten, thun und handlen ſolle und möge, ohngehindert daran von männiglich in allwege, auſſer, daß ſie der Armen mit Darreichung einigen Almoſens nicht vergeſſen ſolle. Denn ſoll ſie mit
20 all übrigem Vermögen gleich andern ihren eigenthumlichen Gütern und auf ſolche Maß und Weis, wie die Mutter mit ihrem Pflicht-Theil ebenfalls zu thun befugt, gefahren, ſchalten und walten, thun und handlen, ohngehindert männiglichs, in allewege, ſo kan ohnmöglich ſalva veritate & juſtitia erachtet werden, daß ſie davon was und inſonderheit eine ſo groſſe Summe von 900. fl. denen nächſtgeſippten Freun-
21 den ihres Manns heraus zu geben ſchuldig, geſtalten bekannt, daß die Legitima matris, ad cujus modum ſie, Johann Wilh. Grimmels Wittwe, alles übrige Vermögen haben, damit gefahren, ſchalten und walten, thun und handlen ſolle, durchaus mit keinem onere fideicommiſſi vel ſimili alio gravirt werden kan.

l. 30. l. 32. l. 36. §. 1. Auth. Noviſſima. C. de inoff. teſtam. Vinn. *lib. 1. ſel. qu. 22.* Carpz. *p. 3. c. 12. d. 7.* ibique a Goſvvino ab Esbach alleg. JCti Marp. *vol. 3. Conſ. 11. n. 29.*

22 Und eo ipſo das angehänget wird, daß ſie allein den Armen einig Almoſen davon reichen ſolle, wird von dem Teſtatore deutlich zu erkennen gegeben, daß ſie davon ſönſten niemand, wer der auch ſey, etwas weiters heraus zu geben ſchuldig und verbunden ſeyn ſollte.

Cum ſpecialis unius exceptio firmet regulam in reliquis non exceptis.

per vulgata.

23 Ja es iſt 5.) aus dem §. 3. des von Joh. Wilh. Grimmeln aufgerichteten Teſtaments zu ſehen, daß er auch von ſeiner Fr. Mutter die Hoffnung geſchöpfft, daß ſie nicht einmal ihren Pflicht-Theil, den er ihro honorabili inſtitutionis titulo gleichwohl vermacht, verlangen, ſondern alles miteinander ſeiner lieben Hausfrauen in Handen laſſen, wer wollte dann præſumiren, daß er dieſe mit dem in Pactis dotalibus bedingten Ruckfall der 900. fl. auf ſeine andere nächſtgeſippte Freunde beſchwehren, da er ja einig und allein zu ihrem favor, um ihre ihm erwieſene eheliche Liebe, Treue, ſorgfältige fleiſſige Wart- und Pflegung ſeiner in d[en] ihm von GOTT zugeſchickten Kranckheit zu remuneriren, und den in den Ehe-Pactis bedingten Ruckfall, krafft der ihm ausdrücklich vorbehaltenen und ohne das zugekommenen Macht, aufzuheben, das Teſtament gemacht, maſſen wir nicht ſehen, aus was Urſachen er ſonſt das Teſtament hätte machen oder aufrichten dörffen, wann nicht dieſes ſeine intention einig, oder doch wenigſt hauptſächlich, geweſen, daß er ſeine liebe Hausfrau, wegen ihrer ehelichen Treue, Liebe und Gedult, von der obligation die 900. fl., als einen bedingten Ruckfall, ſeinen nächſten Freunden nach ſeinem Tode heraus zu geben dadurch liberiren möchte.

Bleiben demnach nochmals bey dieſem 24
erſten Puncten der beſtändigen rechtlichen Meynung, daß in dem ſub Lit. E. beyliegenden Recht und Geſchicht-mäſſigen jedoch unvorgreifflichen Gutachten die negativa ſowohl propugniret, und all übrig und wichtigen mit Beſtand Rechtens begegnet.

Belangend den andern Puncten:

Ob die in legitima inſtituirte Fr. Mutter weil 25
der Teſtator nebenſt ihro noch zwey Geſchwiſterig verlaſſen, dieſe aber in dem aufgerichteten Teſtament præterirt, von Rechtswegen pro legitima nicht nur tertiam partem trientis, ſondern tertiam partem totius hereditatis fordern könne?

So iſt dieſes eine mera & pura quæſtio Ju- 26
ris, quam antiquam, magnam, & valdè difficilem dicit

Marc. Ant. Peregrinus *de fideicommiſſ. art. 38. n. 13.* Vincent. de Franchis *dec. 63. pr.* Ant. Tellaur. *dec. 172. n. 1.*

In deren unſere Rechts-Lehrer bekandter maſſen in diverſas partes gehen.

Nam certiſſimi & indubitati juris quidem eſt, 27
matri legitimam deberi & in hoc Dd. unanimiter conſentiunt, in eo vero non conveniunt ſed acerrima inter illos eſt contentio, quanta illa ſit vel eſſe debeat, ſi, ut hîc, defunctus reliquerit matrem & duos fratres vel ſorores, ac fratribus vel ſororibus in teſtamento præteritis matrem in legitima, uxorem verò, quæ honeſta perſona, ob bene merita in reliquis ſuis bonis heredem inſtituerit? quibusdam eam trientem totius hereditatis, aliis tertiam partem trientis eſſe debere autumantibus.

Eorum qui priorem ſententiam tuentur Ante- 28
ſignanus eſt

Jacobus Budigarius quem refert & ſequitur Baldus *in repet. l. Pater filium. 14. ff. de inoff. teſt. & in Auth. Noviſſima. C. eod.* aliique multi longa ſerie relati à Berlichio *p. 3. concl. 12. n. 51.* eandem deinde approbarunt, ita, ut iſtam quoque magis communem opinionem eſſe dicat Alexander *in l. plane. §. ſi duobus. ff. de legat. 1. ſub fin.* nec illam proinde etiam amplecti dubitavit laudatus Berlichius *d. l.* ſubjungens, ſecundùm eam à Collegio quodam Juridico illarum terrarum reſponſum eſſe, ſe ex viro fide digno percepiſſe. Et ſenatum Pedemontanum

quoque ita judicasse testatur Tessaurus *d. dec. 172. n. 2.* Illamque sententiam Rotam Romanam confirmasse scribit Hercules Mareschott. *1. var. resol. c. 10. n. 2.*

29 Posteriorem vero sententiam latè defendit Bartolus *in repet. d. l. Pater filium. 14. ff. de inoff. testam. in quæst. 2. n. 8. seqq.* & allegati à Berlichio *d. concl. 12. n. 47.* Jason. Paul. de Castro. Corneus, Hippol. Riminaldus, Grassus, Fachinæus *loc. ibi cit.* quibus add. Franc. Bursat. *vol. 1. Cons. 114. 115.* M. Ant. Peregrin. *de fideicommiss. art. 38. n. 13.* Ant. Cuchus *de legitima, qu. legitima quomodo sit quota ejus, quod ab intestato debetur. vers. quærunt præterea, &c. pag. n. 42.*

30 Quam, utriusque sententiæ rationibus libera mente collatis & expensis, reque, ut decet, exactius ad veritatis trutinam librată, ceu de jure veriorem & Nos præferre nulli dubitamus, sicut eandem quoque ex Bb. Antecessoribus nostris amplexi sunt

Christoph. Besoldus & Sam. Bansovius *p. 4. Consil. Tubing. 197. n. 21. seqq.* Wolffg. Adam Lauterbach *Disquis. de singul. Fratrum jur. membr. 2. §. 23.*

31 Erachten demnach daß die von dem Authore des recht- und geschicht-mässigen, jedoch unvorgreifflichen, Gutachtens Lit. E. auch bey diesem Puncten propugnirte negativa durchaus den Rechten gemäß und bestens fundirt, folglich in gegenwärtigem Fall die in dem Testament præterirte beede Geschwistrige des Defuncti in computatione legitimæ matri relictæ in allewege so weit zu consideriren seyn, daß der Mutter vor ihren schuldigen Pflicht-Theil allein der dritte Theil derjenigen Portion, so ihr sonst ab intestato gebührt hätte, h. e. tertia pars trientis, nicht aber triens totius hereditatis assigniret werde. Und diß hauptsächlich der Ursach,

quod in computanda legitima non ad casum testati sed ad casum intestati respiciendum, cum legitima sit portio portionis ab intestato debitæ

l. 8. §. 6. ibi : *si intestatus decessisset & §. 8. ff. de inoff. testament. l. 8. ibi : partis quæ ab intestato. l. 31. ibi : legitimæ portioni, i. e. quartæ parti scil. ab intestato successionis. C. de inoff. test. l. 2. ibi : quartam partem debitæ ab intestato portionis. C. de inoff. donat.* Manz. *de test. valid. vel inval. tit. 12. q. 1. n. 1.* Carpzov. *lib. 6. Resp. 48. n. 7.*

Si autem defunctus decessisset intestatus, mater & isti duo fratres concurrissent & æqualiter successissent in trientes.

Nov. 118. Cap. 2.

Ideoque legitima cujusque est tertia pars illius trientis, quem ab intestato accepisset, si testamentum haud conditum fuisset.

d. l. 8. §. 8. ff. de inoff. testam.

32 Haud poterit igitur Mater hîc à defuncti filii vidua ultrà illam tertiam partem portionis ab intestato sibi debitæ h. e. trientis, legitimæ nomine prætendere, cum plus quam trientem, ut dictum, ab intestato habitura non fuisset, concurrentibus in reliquos duos trientes defuncti fratre ac sorore.

d. Nov. 118. c. 2.

Frater autem & soror defuncti, quos unà cum 33
matre post se reliquit, in testamento à fratre defuncto condito præteriti, uxore hærede institutâ, habentur hactenus pro juste exheredatis, quia instituendo uxorem suam, ceu honestam & optime de se meritam personam, ac prætereundo frattrem & sororem, præteritione istâ eos successione sua tanquam tacite exheredatos privare voluisse intelligitur favore uxoris suæ heredis scriptæ. Justè exheredati verò cum, secundum veriorem sententiam, partes faciant in computatione legitimæ, hîc præteritorum fratris ac sororis partes penes uxorem heredem institutam, cujus favore per præteritionem à successione exclusi, manent, nec matri accrescunt, ut ipsa inde majorem portionem nomine legitimæ ipsi relictæ prætendere aut consequi possit.

d. l. 8. §. 8. l. 17. pr. junct. l. 19. ff. de inoff. testam. Bachov. *ad Tr. vol. 1. D. 3. th. 15.* Vinn. *l. 1. qu. 21.* Struv. *Ex. 10. th. 32.* B. D. Lauterbach. *ad tit. ff. de inoff. testam. §. 43.*

Non enim dici vel præsumi potest, quod te- 34
stator prætereundo fratrem ac sororem & sic eos penitus à successione excludendo voluerit illorum partes matri accrescere, ex quo eam solùm instituit in eo, quod ipsi ex necessitate juris debetur, eoque ipsam contentam esse voluit, & sic satis clarè significavit, se fratrem ac sororem non contemplatione matris quam solum in eo, quod ipsi ex necessitate juris debetur, instituit, sed in favorem uxoris, quam in omnibus suis reliquis bonis, quæ portionem illam matri debitam excedunt, heredem instituit, præteriisse & per præteritionem à successione sua exclusisse. Huic ergo potius partes illorum applicari & acquiri voluisse intelligitur, quia quotiescunque aliquis privatur vel removetur ab aliqua successione vel lucro alicujus contemplatione illi debet acquiri, cujus contemplatione removetur.

l. 25. C. de legat. Jason. *vol. 3. Cons. 61. n. 6.* ibique à Franc. Becio allegati *in addit.*

Mehrere rationes beyzufügen leidet dermalen die Zeit nicht, halten es auch so weit nicht vor nöthig, weil dieselbe leichtlich können bey den Authoribus pro hac sententia allegatis, insonderheit bey dem 35

Ant. Cucho *alleg. loc. & Vinc. de Franchis dec. 63.* gesehen werden.

Wolten solches, salvo semper melius sentientium judicio, zu verlangter Rechtl. Nachricht in Eilfertigkeit dienstlich nicht verhalten. Actum in Collegio nostro den 11. Aprilis 1695.

CON-

CONSILIUM XLVII.

DE

Fideicommiſso Particulari, in caſum mortis Legatarii relicto, & an, conditione vivo adhuc teſtatore eveniente, cum Legato ſimul etiam fideicommiſsum vitiatum ac extinctum ſit. 2. De eadem aut diverſa quantitate & re, in una eademque, ſivè diverſa ſcriptura, ab eodem teſtatore relicta. 3. De tacita ademptione Legatorum.

SUMMARIA.

1. *PRoponitur Quæſtio Prima.*

2. 3. Herede, Legatario ſive fideicommiſsario ante teſtatorem moriente, ipſis adſcripta vel relicta cohæredi, Subſtituto, vel conjuncto Legatario aut fideicommiſſario deferuntur.

4. 5. 6. Confirmatur deciſione Ulpiani in L. 9. ff. de Uſufr. leg.

7. 8. Hanc etiam in præſenti hypotheſi teſtantis fuiſſe mentem ac voluntatem, ex veriſimilibus rationibus evinci poſſe videtur.

Quæ ſunt, quòd

9. (1.) Debitor voluntarius alicui quid legans, juxta communem Dd. opinionem, non cenſeatur id facere animo compenſandi. Secus ac ſi debitor ſit neceſſarius.

10. (2.) Eadem quantitate alicui in diverſis ſcripturis, ab eodem licet teſtatore relictâ, utraque ſumma peti poſſit, & præſtanda veniat, juxta communem Dd. ſententiam.

11. 12. (3.) Idque tantò magis procedat, quando alicui diverſa quantitas, etſi in una eademque ſcriptura legetur.

13. (4.) Quòd Dd. per actum ſequentem nunquam cenſeri à primo receſſum, niſi de neceſſitate inferatur, vulgò doceant.

14. Ration. Decid.

15. Quod magis veriſimile eſt, quemcunque voluiſſe, cenſendum, & ſecundum id voluntas ejus declaranda eſt.

16. In dubio teſtatorem minus, quàm poſſibile eſt, heredem gravare voluiſſe, præſumitur.

17. Ita, ut quamvis Legatum dotis ſit favorabile, attamen in eo quoque in dubio ita facienda ſit interpretatio, ut quantò minus fieri poteſt, heres cenſeatur gravatus.

18. Ultima voluntas & diſpoſitio omninò derogat priori.

19. 25. Maximè quando inter ultimam & primam diſpoſitionem talis eſt repugnantia, ut utraque ſimul ſtare non poſſit.

21. Dies mortis Legatario, à quo fideicommiſſum relictum, adſcriptus facit ut illud cenſeatur conditionale.

22. 23. Teſtamentum & ea, quæ in eo ſunt relicta, robur ſuum à morte demum teſtatoris & hereditatis aditione ſumunt.

24. Conditio impoſſibilis, quam teſtator reputavit poſſibilem, vitiat Legatum ac fideicommiſſum. Conditio præſtandi fideicommiſſi, vivo teſtatore eveniens, quia Legatarium ſupervixit, de jure facta eſt impoſſibilis. Dicendum ergo, fideicommiſſum vitiatum eſſe.

Nn. ſeqq. usque ad 35. Reſp. ad Rat. dubit.

36. Proponitur Quæſtio 2.

37. Deciditur Negativè. Cum alienatio rei legatæ ex ſpontanea cauſa, animo adimendi legatum, facta firmiter præſumatur.

38. Contrà, alienatio ex cauſa neceſſaria, animo adimendi legatum facta non creditur, nec argum. præbet voluntatis mutatæ.

SPECIES FACTI.

1 FRäulein M. Sidonia von Jöbſtelsberg hat anno 1687. ein Teſtament aufgerichtet, und darinnen ihre Schweſter Fräulein Hemma Judith von Jöbſtelsberg mit folgendem Legat bedacht:

Sechsten verschaffe ich an der Hoch- und Wohlgebornen Freylen Freylen Hema Judith Herrin und Freyin von Jöbstelsberg als meiner Hertzliebsten Freylen Schwester zu einem Angedencken tausend Gulden, mein Futeral das mit 2. Teller, eine Schaalen, Saltz-Väsel, Löffel, Messer und Gabel alles gantz verguldt, doch nach ihrem Todt soll solches Futeral neben den tausend Gulden zurück auf des Herrn Bruders vier Freylen Töchter fallen.

Nicht lang nach aufgerichtetem Testament verstirbt die Legataria, noch bey Lebzeiten der Testirerin, welche hierauf ihrem Testament einen Zettel eingelegt, und in solchem denen 4. Jöbstelsbergischen Fräulein jeder 200. Gulden in Geld, und etwas von Geschmeid und Silber-Geschirr verschafft: und fragt sich daher, ob nichts destoweniger die eingesetzte Testaments-Erbin denen Jöbstelsbergischen Fräulein das obige Legat der 1000. Gulden und Futteral auch zu reichen schuldig oder solches, weil die Principal-Legataria vor der Testirerin verstorben, und diese darauf die substituirte Jöbstelsbergische Fräulein anderwärts bedacht, gantz erloschen seye?

Ferner hat Hoch-wohlgedachtes Fräulein Sidonia Elisabeth ein silbernes Schatz-Trüchlein Ihrer Fräulein Baasen Amaliæ Sophiæ, und dann eine silberne Schaalen Fräulein Reginæ Polixenæ, in dero Testament verschafft: welche beede Legat aber von der Freylen Sidonia Elisabeth noch in dero Lebzeiten anderwärtig verschencket worden. Quæritur ob die Universal-Erben mehrgedachter Fräulein Sidoniæ Elisabeth dieses Legats Werth zu ersetzen obligiret seyen?

Als Uns Decano und andern Doctoribus der Juristen-Facultæt bey gemeiner Hoch-Fürstl. Würtembergischen Universitæt Tübingen vorstehende Facti Species zugesandt worden, umb Unser Rechtlich Sentiment über die deroselben angehengte zwo Fragen zu ertheilen; So haben wir nicht ermangelt zu Bezeugung schuldigster Dienstwillfährigkeit, und Beförderung der Gerechtigkeit davon nach Nothdurfft in versammletem Collegio ohn Anstand zu deliberiren, und einmüthig Rechtens zu seyn erachtet wie folget, nemlich So viel die erste Quæstion belanget

Ob die eingesetzte Testaments-Erbin denen Jöbstelsbergischen Fräulein das Legat der 1000. Gulden und Futteral neben dem Ihnen absonderlich verschafften Legat zu reichen schuldig, oder weil die Principal-Legataria vor der Testirerin verstorben und diese darauf die substituirte Jöbstelbergische Fräulein anderwärts bedacht, jenes Legat der 1000. Gulden sammt dem Futteral gantz erloschen sey?

2 möchte es zwar Anfangs kein geringes Ansehen haben, ob wäre wider die eingesetzte Testaments-Erbin vor die Jöbstelsbergische Fräulin zu sprechen, daß nemlich die eingesetzte Testaments-Erbin denen Jöbstelbergischen Fräulin nicht nur daß ihnen von der Testirerin absonderlich verschaffte Legat, sondern auch zugleich das zu ihrem Favor verordnete Fideicommiss der 1000. Gulden sammt dem vergüldeten Servis, so nach der Fräulin Hemma Judith Herrin und Freyin von Jöbstelsberg Todt auf sie zurück fallen sollen, in allweg zu præstiren schuldig, und

3 solches 1. der Ursach, weil ausgemachten und unstrittigen Rechtens ist,

Quod si heres, legatarius vel fideicommissarius vivo testatore moriatur, ipsis adscripta vel relicta non amplius, ut olim lege Papiâ, ad Fiscum devolvantur, sed cohæredi, substituto, vel conjuncto legatario aut fideicommissario deferantur; & in specie ac nominatim si legatum eâ ex causa, quod legatarius vivo testatore decesserit, deficiat, illud apud hæredem, à quo relictum fuerat, remaneat, (nisi aliquis sit legatario substitutus aut conjunctus, qui hæredem excludat,) & quidem cum onere tali legato annexo, sive in dando sive in faciendo consistat, ut ei, qui lucrum capit, & onus injunctum incumbat.

l. un. §. 4. C. de caduc. tollend.

Bleibt nun nach dem klaren tenore dieses Ge- 4
setzes dasjenige, was einem titulo legati verschafft worden, wann der Legatarius vor dem Testatore verstirbt, bey dem eingesetzten Erben mit dem angehengten onere, so folget, daß auch dißfalls anders nicht erachtet werden möge, dann daß gleicher gestalt das von Fräulin Sidonia Elisabetha von Jöbstelsberg ihrer Fräulin Schwester Hema Judith aus Schwesterlicher Liebe und Affection verschaffte Legat der 1000. Gulden sammt dem vergüldeten Servis, wegen ihr Fräulin Hema Judith, als Legatariæ, bald nach dem aufgerichteten Testament, noch bey Lebzeiten der Testirerin, erfolgten Todes bey der eingesetzten Testaments-Erbin verblieben, aber mit dem angehengten onere des Fideicommiss, Krafft dessen solche 1000. Gulden sammt dem Servis der Testirerin Herrn Bruders vier Fräulin Töchtern so wohl Jure Fideicommissi zu restituiren schuldig als Fräulin Hema Judith wann sie die Testirerin überlebt und das Legat erlangt hätte, selbiges nach ihrem Tod zu thun schuldig gewesen wäre.

Immassen auch 2. solches klar also decidirt 5
zu finden in

l. 9. ff. de usufr. Legat. ubi JCtus ita: Si ab eo, cui legatus esset ususfructus, fideicommissum fuerit relictum, licet ususfructus ad legatarium non pervenerit, heres tamen, penes quem ususfructus remanet, NB. fideicommissum præstat: quod & in militis testamento erit dicendum, si legatarius à quo fideicommissum relictum est repudiaverit legatum, NB. vel vivo testatore decesserit.

Quibus

6 Quibus verbis JCtus Ulpianus ſatis clare innuit, quod ſi legatarius fideicommiſſo gravatus fuerit, licet ipſe vivo teſtatore deceſſerit, vel legatum ſibi relictum repudiaverit, tamen heres, penes quem illud tunc remanet, fideicommiſſum præſtare teneatur.

7 deme in allewege gemäß zu ſeyn ſcheinet, daß obgleich die Legataria Fräulin Hemma Judith lang vor der Teſtatrice geſtorben, dennoch das Fideicommiſs damit ſie gravirt geweſen, die ihr legirte 1000. Gulden nemlich mit ſammt dem vergüldeten Servis nach ihrem Tod ihres Herrn Bruders vier Fräulin Töchtern zu reſtituiren, jetzo da ſie vor der Teſtatrice die Schuld der Natur bezahlt, von der eingeſetzten Teſtaments-Erbin Hoch-ermeldten vier Fräulein zu præſtiren, ungeachtet die Teſtirerin nachmals in einem ihrem Teſtament eingelegten Zettul denen vier Fräulin jeder 200. Gulden an Geld und der erſten eine güldene Kette, der andern ein ſilbern Trüchlein, der dritten einen ſilbern Becher, der vierten auch einen Becher verſchafft.

8 Geſtalten allem Anſehen nach es nicht davor zu halten 3. daß dadurch das ihnen vorhin verſchaffte Fideicommiſs der 1000. Gulden und des vergüldeten Servis aufgehoben ſey, in Anſehung die Teſtirerin Fräulin Sidonia Eliſabetha zu der Zeit, da ſie ihres Herrn Bruders vier Fräulin Töchtern das letztere Legat verſchafft nicht deroſelben debitrix neceſſaria, ſed voluntaria tantùm geweſen, alſo daß es in ihrem freyen Willen und Belieben geſtanden, das denſelben zu Lieb verordnete Fideicommiſs aufzuheben, krafftloß zu machen, oder bey Kräfften zu laſſen.

9 Debitor autem voluntarius ſi legat, non cenſetur id facere animo compenſandi, ubi enim debitum eſt merè voluntarium ex propria & libera voluntate originem trahens, nulla neceſſitate cogente contractum, legatum non præſumitur animo compenſandi relictum, ſed utrumque petere licet, ſecus ac ſi debitum ſit neceſſarium, ceu ita diſtingunt Dd. communiter in quæſtione, utrum ſi debitor creditori legatum relinquat, id compenſandi cum debito animo reliquiſſe cenſeatur?

Vid. Carpzov. *p. 3. c. 13. d. 29.* Berlich. *p. 3. concl. 27. n. 49. ſeqq.* Brunnem. *ad l. 85. de legat. 2. & ad l. 22. ff. ſolut. matrim. n. 11.* ubi ita refert à Facult. Jurid. Viadrina pronunciatum. Hier. Gabriel. *lib. 1. Conſ. 106.* Gomez. *var. reſ. 1. cap. 12. n. 27.* ibique longa ſerie allegati a Joh. de Aylon Lainetz *in addit.*

10 Zumahl 4. da die Dd. insgemein ſtatuiren

Quod quando eadem quantitas alicui relinquitur in diverſis ſcripturis ab eodem licet teſtatore, puta centum aut mille in teſtamento, & tantundem in codicillis, utraque ſumma debeatur, petique poſſit, & præſtanda veniat

l. 12. ff. de probat. ibi Gloſſa & Dd. commun. Gloſſa, Bartol. & imprimis Duaren. *in l. plane. 34. §. 3. ff. de legat. 1.* ubi occurrit argumentis Zaſii id impugnare ſatagentis *per l. Mævius 66. §. eum qui &c. 5. de leg. 2.* quæ non de quantitate, ſed ſpecie, quæ non ut quantitas multiplicata creditur, teſtamento & Codicillis legatâ loquitur *l. libertis. 18. ff. de alim. legat.* ubi quantitas in codicillis repetita non niſi ſemel debetur ex evidenti voluntatis conjectura à cauſa legandi à teſtatore expreſſa petita &c. Menoch. *de præſumpt. lib. 4. præſ. 128. n. 13.*

11 Id quod tanto magis procedit, quando alicui legatur diverſa quantitas, quia tunc etſi in una eademque ſcriptura quoque legetur diverſa quantitas, tamen utraque debetur ſumma.

l. 9. ff. de adimend. leg. ibi Bart. Jaſon *in d. l. 34. §. 1. de leg. 1.* Menoch. *d. l. n. 14.*

12 Der Urſach dann hier ſo mehr von der Teſtaments-Erbin beedes das Fideicommiſs der 1000. Gulden und des vergüldeten Servis und das Legatum der 800. Gulden ſammt der güldnen Kett und Silbergeſchirrs denen vier Fräulein zu præſtiren zu ſeyn ſcheinet, als ſolch beede Geſchäffte und Vermächtniſſen hierfalls nicht nur diverſam quantitatem & res, das Fideicommiſs nemlich 1000. Gulden und ein vergüldetes Servis von 2 Teller, 1 Schaalen, Saltz-Väſſel, Löffel, Meſſer und Gabel, das Special-Legat aber 800. Gulden, ein güldne Kette, ein ſilbern Trüchlein, zwey ſilberne Becher, halten, ſondern auch in diverſis ſcripturis beſchehen und angeordnet ſeyn, alſo hier beedes concurrirt ut nempe diverſis ſcripturis diverſa quantitas & res relicta.

13 Deſſen 5. nicht zu gedencken quod Dd. ſtatuant per actum ſequentem nunquam cenſeri à primo receſſum, niſi quatenus de neceſſitate inferatur.

uti ita arguit Bartol. *Conſ. 72. per l. 4. §. ſi ex conventione. ff. de re jud. l. fin. C. de novat. l. præcipimus. in fin. C. de appell.*

14 Aber deſſen allen ungeachtet halten wir beſtändig dafür, daß die Jöbſtelsbergiſche vier Fräulein von der Teſtamens-Erbin mit Recht nichts weiters zu prætendiren, als daß ihnen in dem von der Teſtirerin nach der Legatariæ Fräulin Hemma Judith Tod dem Teſtament eingelegten Zettul neu verſchaffte Legat und durch ſolches das von Fräulin Hemma Judith nach dero Tod auf ſie zurückfallende Fideicommiſs revocirt und gäntzlich erloſchen ſey, ſo daß ſie daſſelbe neben und mit dem ihnen verſchafften Legat mit nichten fordern können. Denn 1. alle Umſtände geben, daß die Teſtirerin nicht das ihnen Vermachte dupliciren, und zu dem Fideicommiſs noch das Legat verſchaffen wollen, ſondern weil ſie berichtet und perſvadirt worden, daß durch der Legatariæ Fräulin Hemma Judith bey ihren Lebzeiten erfolgten Tod das deroſelben verſchaffte Legat erloſchen, und das ſolchem Legat angehengte und in favor der vier Jöbſtelsbergiſchen Fräulin verordnete Fideicommiſs, Krafft deſſen die der Fräulin Hemma Judith legirte 1000. Gulden ſammt den vergül-

deten Servis nach dero Tod auf die vier Fräulin zurückfallen sollen, zugleich mit erloschen, gleichwohl sie denen vier Fräulin Töchtern ihres Herrn Bruders gerne zu ihrem Angedencken etwas verlassen wollen, hat sie gleich bald auf der Fräulin Hemma Judith Tod den Zettul ihrem Testament eingelegt, und sie an statt des vorhin ihnen zu gut verordneten, und ihrem gäntzlichen Vermeynen nach nunmehr erloschenen, Fideicommiss mit dem Legat der 800. Gulden, einer güldenen Ketten, eines silbernen Trüchleins, und zweyer silberner Becher, aus guter Affection bedacht.

15 Und wer wollte doch wohl glauben, daß, wann die Testirerin der Meynung gewesen, daß das Fideicommiss noch bestünde, und das nach dem Tod der Legatariæ fideicommisso illo gravatæ denen vier Jöbstelsbergischen Fräulin neu verschaffte Legat zugleich mit dem vorhin zu ihrem favor verordneten Fideicommiss ihnen von der Testaments-Erbin præstirt werden sollte, sie nicht vel unico verbo des Fideicommiss würde gedacht haben? Dagegen wird sicher jederman davor halten und glauben, daß weil sie erachtet, daß wie das der Fräulin Hemma Judith verschaffte Legat durch ihren bey Lebzeiten der Testirerin erfolgten Tod erloschen, also auch das Fideicommiss, vermöge dessen nach ihrem Tod solch Legat solle auf die Jöbstelsbergische Fräulin fallen, zugleich expiriret sey, sie an dessen statt ihnen ein neues Legat vermacht.

Quod vero magis verisimile est, id testatorem & quemcunque alium voluisse censendum, & secundum id, quod verisimile est, voluntas ejus declaranda

arg. l. 21. §. fin. ff. de testib. l. 24. de reb. dub.

Baitell *de ultim. volunt. dec. 8. n. 136.*

Sicut enim verisimilitudo in conjecturanda voluntate & mente contrahentium maxime valet —

l. 114. ff. de reg. jur.

ita & in conjicienda testatoris voluntate principem obtinet locum

l. 47. pr. de legat. 1. l. 9. l. 10. C. de testam. milit. l. 25. §. 1. de liber. & posthum. l. 102. ff. de condit. & demonstr.

indeque secundum verisimilitudinem omnes dispositiones regulari testantur

Aim. Cravetta *Cons. 298. n. 13.* Dec. *Cons. 127. n. 10. & Cons. 189.*

16 Und das 2.) aus der in Rechten bestgegründeten Ursach, quia in dubio semper testator heredem minus, quam possibile est, gravare voluisse præsumitur

l. 67. §. 8. de legat. 2. l. 75. de leg. 3. l. 39, §. 6. de legat. 1. Baitel *de ult. volunt. dec. 81. n. 25.* Afflict. *dec. 44. n. 18.* Gœddæus *vol. 3. Cons. Marp. 33. n. 430.*

quod in tantum obtinet, ut etiam potius tolleretur, quod legatum sit inutile, quàm quod testator censeatur heredem prægravare.

l. 66. §. 5. de legat. 2.

17 Et quamvis alias legatum dotis admodum favorabile sit, & hinc magis extendendum, quam restringendum videatur, attamen nihilominus in eo quoque in dubio ita facienda est interpretatio, ut quanto minus fieri potest, heres gravatus censeatur. Hinc JCtus Ulpianus respondet, quod si dotem promiserit mulier, neque dederit, & decedens maritus uxori dotem prælegaverit, mulier nihil amplius quam liberationem habeat

in l. 1. §. 7. de dot. præleg.

& si fundus in dote sit ac specialiter sit legatus, mox generaliter dos relegata, non bis, sed semel tantùm fundus debeatur.

d. l. 1. §. 15. de dot. præleg.

Item JCtus Paulus notanter ita: Qui dotem à matre uxoris acceperat & stipulanti ei promiserat, testamento uxori dotem legavit, cum quæsitum esset an uxor dotis summam consequi posset? Respondit Scævola non videri dari uxori, quod necesse sit matri reddi, alias sic respondit, non videri, nisi manifeste uxor docuisset, eam testantis voluntatem fuisse, ut onerare heredes duplici præstatione dotis vellet.

in l. 16. ff. d. t. de dot. præleg.

Schlägt derowegen 3.) hier billig die gemeine Rechts-Regul an, da es heißt: 18

Ultima voluntas & dispositio omnino derogat priori.

l. 6. §. 2. l. 17. de adimend. leg. l. 12. C. de pact.

Wollte man aber 4.) sagen, daß solche Regul nur alsdann angehe, quando inter ultimam & primam dispositionem repugnantia quædam est, ita, ut utraque simul stare non possit, uti declarari solet 19

Alexandr. *lib. 4. Cons. 122.* Thomas de Thomasset. *in flor. leg. reg. 245.*

dergleichen repugnantia hier nicht zu seyn scheinet, cum utraque summa & quæ per fideicommissum & quæ per legatum relicta, deberi possit. So ist doch zu erwegen, daß ob gleich keine aperta repugnantia inter primum fideicommissum & ultimum legatum sey, dennoch das erste Fideicommiss deswegen mit dem Legat nicht könne præstirt werden, weil diese in illius locum ex verisimili testatricis mente surrogirt, nachdem die Legataria, von deren das Fideicommiss verlassen, vor der Testatricin gestorben, wegen deren viva adhuc testatrice erfolgten Todes das Fideicommiss zugleich mit dem Legat gefallen und erloschen zu seyn die Testirerin gäntzlich persuadirt gewesen, und zwar nicht ohn erhebliche Ursach, denn das Fideicommiss war in casum mortis Legatariæ geordnet, daß nemlich die der Fräulin Hemmæ Judith legirte 1000. Gulden sammt dem vergüldeten Servis nach deren Tod auf die vier Jöbstelsbergische Fräulin sollten zurückfallen, also suo modo conditionatum. 20

Dies enim mortis legatario, à quo fideicommissum relictum adscriptus pro conditione habetur, & facit, ut fideicommissum censeatur conditionale. 21

l. 1. §. 2. l. 79. §. 1. de condit. & demonstr.

Weil nun die Legataria bey Lebzeiten der Testirerin vor ihr gestorben und also die conditio tempore vitæ testatricis sich ergeben, hätte das Fideicommiss, wann es bestehen sollen, purificata conditione, sub qua relictum, in vita ipsius testatricis, præstirt werden müssen, antequam fuisset confirmatum morte testatricis & aditione hereditatis, 22

Cum

cum notum ſit teſtamentum, & ea quæ in eo relicta, demum robur ſuum à morte teſtatoris & hereditatis aditione ſumere

c. cum Marthæ. 6. de celebrat. miſſar. l. 1. ff. de injuſt. rupt. irrit. teſtam. l. 181. de reg. jur. l. 14. C. de fideicomm. l. 1. §. 5. C. de caduc. tollend.

23 Weil nun das nicht der Teſtirerin Will und Intention, hat ſie an ſtatt des der Fräulin Hemma Judith verſchafften, mit dem onere fideicommiſſi in favor der vier Jobſtelsberg. Fräulin beſchwehrten, und per mortem Legatariæ viva adhuc teſtatrice erloſchenen Legats, denen vier Fräulin ein anderes neues Legat vermacht und alſo damit gnugſam zu verſtehen gegeben, daß ſie das ihnen vorhin zu favor geordnete und mit erloſchene fideicommiſs erſetzen wollen, wohlfolglich können öffters hochermeldte vier Fräulin weiters nicht mit Recht als das ihnen verſchaffte letztere Legat prætendiren.

24 Und zwar ſolches 6. ferner aus der Urſach quod conditio impoſſibilis, quam teſtator reputavit poſſibilem, vitiet legatum ac fideicommiſſum.

l. ſervo. 58. ff. de condict. indeb. ibi Bartol. & Dd. *in l. 7. ff. de verb. oblig.* Socin. *in l. 12. §. 1. de legat. 1. & l. 6. §. 1. de condit. & demonſtr.*

Jam fideicommiſſum hoc ab initio relictum fuit ſub conditione poſſibili, quia facile evenire potuit, ut legataria ipſam teſtatricem ſupervixiſſet, & ita teſtatrix cogitavit, illudque ſperavit. Aſt cum evenerit conditio præſtandi fideicommiſſi viva teſtatrice, quia legataria ante teſtatricem mortua, conditio illa facta eſt de jure impoſſibilis, quia ſecundum eam conditionem præſtari debuiſſet fideicommiſſum viva adhuc teſtatrice ante aditam hereditatem, quod cum ſit impoſſibile, ut quis tanquam heres vel legatarius præſtet fideicommiſſum viva teſtatrice, nec hæc voluerit illud ſe viva præſtari, dicendum tali ſupervenienti impoſſibilitate fideicommiſſum vitiatum eſſe

Aim. Cravetta *Conſ. 167. n. 8.*

25 Seyn und bleiben demnach nochmahls der beſtändigen rechtlichen Meinung, daß die Jobſtelsberg. vier Fräulein von der Teſtaments-Erbin mit Recht nichts weiters zu prætendiren, denn das ihnen in dem von der Teſtirerin nach der Legatariæ Tod dem Teſtament eingelegten Zettel verſchaffte Legat, und das Fideicommiſs zugleich neben denſelben zu ſuchen nicht befugt.

26 Und mögen hierwider nichts verfangen die in contrarium angeführte rariones dubitandi, denn was die erſte und andere concernirt, ſo iſt es freylich zwar alſo, daß regulariter wann das Legatum vor Zeiten caducum oder quaſi caducum worden, quod inter alia contigit, ſi legatarius vivo teſtatore deceſſit, ſolches jetzo in defectu ſubſtituti vel conjuncti legatarii bey dem herede cum adjuncto onere bleibe, und conſequenter wann der Legatarius mit einem fideicommiſſo gravirt iſt, auch der heres ſolch fideicommiſs zu præſtiren ſchuldig vi

d. l. unica §. 4. C. de caduc. tollend. & l. 9. ff. de uſufr. legat. ibique Alber. de Roſate. ibi: nam remanet penes heredem cum onere fideicommiſſi.

Aber es hat ſelbiges ſeinen Abfall, wann das 27
fideicommiſs ex alia cauſa erloſchen oder von dem teſtatore revocirt, und alio legato relicto compenſirt wird, wie dißfalls geſchehen.

Und ob wohl in tertia dubitandi ratione 28
angeführet wird, daß die Teſtirerin non neceſſaria, ſed voluntaria debitrix geweſen, deßwegen nicht animus compenſandi præſumirt werden könne, ſo iſt doch die angezogene diſtinctio inter debitorem voluntarium & neceſſarium à Dd. citra ullam neceſſitatem conficta in jure nicht fundirt.

vid. Struv. *Ex 35. th. 12.* Ant. Faber. *lib. 4. conject. c. 9.* Schiffordeg. ad Fabrum *lib. 2. tract. 13. q. 2. ſeqq.* Bachov. *v. 2. Diſp. 26. th. 22.*

Und ob zwar regulariter das Legatum à de- 29
bitore creditori ſimpliciter relictum cum debito nicht zu compenſiren, ſondern der creditor beedes die Schuld und das Legat zugleich zu ſuchen wohl befugt, ſo ceſſiret doch ſolches, ſi 30
de contraria teſtatoris mente ac voluntate conſter, nun geben hier alle Umſtände, daß die Teſtirerin mit dem letztern den Jobſtelsberg. Fräulein verſchafften Legat das ihnen vorhin vermachte und erloſchene Fideicommiſs erſetzen wollen.

Was quartam dubitandi rationem an- 31
langt, ſo iſt es zwar wieder an dem, quod legatum ejusdem quantitatis ab eodem teſtatore in diverſis ſcripturis relictum intelligatur duplicatum, ita ut ex utraque ſcriptura peti poſſit, adeoque eadem ſumma etiam bis præſtanda veniat, welches noch eher angehet, wann diverſa quantitas ab eodem in diverſis ſcripturis legirt iſt, allein hat ſolches die 32
notable limitation 1.) niſi aliud, ut hic, ex conjecturis appareat, & ex omnibus circumſtantiis colligatur, teſtatorem per conſtitutionem poſterioris legati à priori receſſiſſe ac ultimum valere voluiſſe. 2.) niſi prius, ut 33
rurſus hic, ex impoſſibilitate conditionis vel alia cauſa vitiatum fuerit, ut valere utrumque nequeat.

Endlich wird ad quintam inſtantiam auch 34
reſpondirt, quod hic utique adſit neceſſitas, quæ urgeat ut dicamus receſſiſſe videri teſtatricem à prima ſua diſpoſitione fideicommiſſaria ex cauſis in quinta & ſexta decidendi ratione adductis, quippe ex quibus neceſſario concedit fideicommiſſum poſt mortem legatariæ relictum ac præſtandum.

Nam ſi, cum eveniſſet conditio mortis le- 35
gatariæ viva teſtatrice, ſub qua fideicommiſſum relictum fuerat, ſed conciderat, quia præſtari non poterat viva teſtatrice, conditione purificata, intentio ejus fuiſſet, quod nihilominus fideicommiſſum poſt mortem

ſuam una cum relicto legato præſtari deberet, id neceſſario ab ipſa declarandum fuiſſe. Quod quia non fecit nec præſtandum unà erit, ſed ſolum ejus loco relictum legatum exſolvendum.

Die andere Quæſtion

36 **Ob die** Univerſal-**Erben mehrgedachter Fräulin Sidoniä Eliſabethä des ihren Fräulein Baaſen Amaliä Sophiä und Reginä Polixenä verſchafften aber in Lebzeiten anderwärtig verſchenckten** Legats **Werth zu erſetzen** obligirt **ſeyn?**

37 **hat ihre richtige** deciſion in negativam ex *l. 18. l. 24. §. 1. ff. de adimend. legat.* Ubi enim teſtator nulla neceſſitate compulſus rem ſuam alteri legatam alienavit v. g. donavit, aut cum neceſſe non erat, vendidit, eum animo legatum adimendi id feciſſe firma ſtat præſumptio

dd. txx.

contrarium ergo aſſerenti legatario, quod nim. animum hunc teſtator non habuerit, ejus probatio incumbit.

Quod ſi cauſa alienandi neceſſaria fuit, 38
h. e. ſi teſtator rem legatam neceſſitate rei familiaris ductus vendiderit, contra creditur id animo adimendi legati ab eo factum non eſſe, & ideo legatum hoc caſu debebitur, ſecus ac priori, ubi quia alienatio extra cauſam neceſſitatis facta argumentum eſt mutatæ voluntatis & adempti legati, nec æſtimatio ejus debetur.

d. l. 18. & 24. §. 1. de adim. leg. l. 8. pr. de leg. 1. l. 15. de adim. legat. l. 1. l. 3. ſeqq. de pecul. leg. §. 12. 17. Inſt. de legat. ibi Dd. Menoch. *de præſumpt. l. 4. præſ. 167. n. 6. ſeqq.* Mantic. *de conject. ult. volunt. lib. 12. tit. 6.*

Welches wir alſo zu verlangter rechtl. Nachricht, ſalvo ſemper cujusque melius ſentientis judicio, **dienſtlich nicht verhalten wollen** ꝛc.
Actum in Collegio noſtro d. 27. Maji. 1695.

CONSILIUM XLVIII.

DE

Renunciatione hereditatis & acquæſtus conjugalis, à Vidua pro repetendis illatis, in concurſu creditorum defuncti mariti, factà, ejusque alimentatione durante Proceſſu Edictali.

SUMMARIA.

1. *IN terris Wirtembergicis conjuges eo ipſo, quo matrimonium contrahunt, ſimul & tacitè de bonis lucri gratia communicandis, ineunt ſocietatem, vi cujus acquiſita ſunt communia, non attento, an unus ex ipſis plura bona pluresve operas contulerit.*
2. 3. *Hinc etiam rei familiaris detrimentum eſt commune ac æs alienum ſocietatis hujus cauſa contractum imo ab acquiſitis, ſi verò ea non ſufficiunt, æqualiter ex allatis ſunt diſſolvenda.*
4. 5. *Hoc procedit, niſi uxor hereditati & acquæſtui conjugali renunciet & ab hujusmodi lucris abſtineat.*
6. *Hæc renunciatio, ceu commune beneficium ordini muliebri indultum, ubique fere receptum, jure quoque Wirtembergico approbatum ſine ſufficiente cauſa, denegari nequit.*
7. 8. *Hujus tamen beneficii indignam ſe reddit uxor, quæ aliquid amovit & ſubtraxit.*
9. *Uxor in concurſu creditorum vindicat ſua bona extantia, ſicut quivis dominus, nec de prioritate cum creditoribus contendere tenetur.*
10. *Si non extent, gaudet hypotheca privilegiaria, ratione dotis.*
11. *Quoad Paraphernalia hypotheca ſimplici, ex temporis ordine. add. n. 31. 32.*
12. 13. *In omni judiciario Proceſſu primò omnium perſonæ legitimari debent, ne judicium retrò reddatur nullum. Ideo, partibus legitimationem omittentibus, judex ex officio hunc defectum ſupplere debet.*
14. 15. *Ad legitimandam Procuratoris perſonam non ſufficit charta blanca.*
16. *Conjuncta perſona ex mandato præſumpto pro Actore comparens non niſi præſtita cautione de Rato, admittitur.*
17. *Non neceſſariò requiritur, ut mandatum Procuratorium à mandante ipſo con- & ſubſcribatur atque ſigilletur.*
18. *Ex judiciorum obſervantia demortui Principalis heredes ad reaſſumendam litem citandi ſunt.*
21. 22. *Curator mulieris ea nec præſente nec conſentiente, nil quicquam validè agit, præſertim in judicio.*
23. *Maritus nomine uxoris in judicio comparens ſine vero mandato, Jure Wirtemb. indiſtinctè de Rato cavere tenetur.*
24. *Generali conſuetudine receptum eſt, ut creditores debitorum obæratorum ad liquidanda ſua credita non niſi peremptoriè citati, intra terminum autem non comparentes præcludantur.*
25. *Quibus tamen reddita probabili & juſta*

justa causa omissæ vel dilatæ allegationis, restitutio in integrum competit.

26. *Imo judex eos sententia Prioritatis nondum publicata, simpliciter admittere potest.*

27. *Adducitur æquissima supremæ Curiæ Wirtembergicæ observantia circa hunc passum.*

28. *Legitimatione personarum peracta, liquidatio & probatio crediti fieri debet.*

29. *Ad maturandum hunc Processum, omnino facit conjunctio liquidationis & deductionis Prioritatis.*

30. *Probatio quantitatis bonorum uxoris, sub initium societatis illatorum, peragi potest inventario, quod initio conjugii confectum, &., quoad reliqua durante matrimonio hereditario jure quæsita, Tabulis divisionum hereditariis.*

33. *Uxori, ob jus retentionis, usque dum ipsi de dote illata satisfactum fuerit, ex bonis mariti alimenta deberi, etsi habeat, unde se alat, communis Dd. conclusio est.*

34. *Jur. Wirtemb. Ecclesiis, Hospitalibus & similibus locis cultui divino & charitati destinatis in bonis administratorum suorum, tacita hypotheca privilegiaria est concessa, ut etiam Fisco præferatur. jung. 72.*

35. *Sicut in aliis, ita quoque in hoc Processu Edict. magna vis probandi inest instrumentis partium ac testium subscriptione munitis.*

Ibid. *Re certa hypothecata, creditor in aliis bonis non obligatis non habet jus reale, sed in hisce pro simplici creditore reputatur.*

36. 37. *Cessionarius ante omnia ad causam se legitimare tenetur.*

Ibid. *Qui pignus in re est consecutus, antequam debitor illam quocunque titulo acquisivit, omnibus indifferenter debitoris creditoribus præfertur. jung. n. 73.*

38. 39. *Qui cum falso Procuratore contraxit, adversus hunc extra dubium actionem & intentionem habet fundatam, non tamen in illius bonis hypothecam legalem.*

40. 41. *Solutio probari debet.*

42. *Qui nominatim ad ædificii collapsi restitutionem, aut collapsuræ refectionem pecuniam vel aliam rem credit, ea in dictam causam actu expensa, tacitam habet hypothecam, simplicem tamen. junct. n. 82.*

43. *Qua non gaudet, qui simpliciter mutuum dedit, licet debitor pecuniam eò impenderit. junct. n. 54. 55.*

44. *Creditum à debitore ante exortum concursum in scriptis agnitum ulteriori probatione non indiget.*

45. *Qui solvendo non amplius existens, rem ad credentiam emit, dominium ejus sibi traditæ rei non acquirit, hinc venditori omnia dominii jura in re vendita competunt.*

46. 47. 48. 49. *Creditor chirographarius à debitore suo, quem amplius non esse solvendo scit, bonis hujus à creditoribus nondum possessis, creditum exigere & solutum etiam in foro conscientiæ retinere, multo potius ergo in vetus creditum pignus s. hypothecam accipere potest, quam cæteri credd. revocare non possunt.*

51. *Pupillis & minoribus in bonis Tutorum ac Curatorum hypotheca legalis competit ex tempore quo tutores &c. esse cæperunt, qui non minus de neglectis, quàm male gestis tenentur. add. n. 61. & 78.*

52. 53. *Creditores qui nulla hypotheca, nec Privilegio nituntur, collocari in ultima classe, noto notius est. jung. n. 58.*

56. *Hypotheca privata munitus creditor inter hypothecarios ex temporis ordine collocatur.*

57. *Fiscus ratione Tributorum, Collectarum, Accisiarum &c. privilegiatam habet hypothecam.*

59. 60. *Ad res emendas pecuniam credenti, in iis, ob defectum, imo repugnantiam LL. hypotheca tacita non competit.*

61. *Usuræ eodem prælationis jure gaudent, quo gaudet sors.*

62. 63. *Deponens in re deposita non amplius extante sed consumpta privilegium habet personale.*

64. *Quod tamen juxta restrictionem nonnullorum, amittit, si depositæ & consumtæ rei usuræ deinde stipulentur.*

65. 66. *Id, quod à Brunnemanno & Strykio in dubium vocatur. Quorum, ceu æquior & verior sententia approbatur.*

67. *Mercedes famulorum vi generalis consuetudinis & juris Wirtemb. in prima classe simpliciter privilegiatorum, post expensas funebres, collocantur.*

68. *Quod quidem nonnulli Dd. de iis saltem famulis domesticis intelligunt, qui mortis, vel moti concursus tempore in domo vel victu debitoris fuerunt.*

69. 70. *Hæc restrictio, ceu minus æqua, reprobatur.*

74. *Civitates Municipales Wirtembergicæ quoad debita ex contractu venientia in concursu credd. privilegio exigendi personali gaudent.*

75. 76. *Privilegium pro sumptibus funerum jure Romano indultum Dd. & Fori observantia ad sumtus in ultimum defuncti debitoris morbum erogatos extenderunt.*

77. *Prærogativa famulorum gaudent etiam Aratores & conducti Vinitores.*

83. *Sumptus in Processum concursus erogati ante omnes collocari solent classes, juxta observantiam Consistorii Ducalis Wirtembergici.*

Als uns zur Juristen-Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Würt. Universität Tübingen verordneten Decano und andern Doctoribus hiebey wieder zurückkommende Acta, sich haltend in der Creditor- und Gands-Sach zwischen weyland Johann Georg Schleichers seel. gewesenen Raths-Verwandtens und Unterkäuffers zu Stuttgardt respective hinterlassenen Wittib Maria Magdalena mit ihrem gerichtlich zugeordneten Krieas-Vogt, Hannß Jacob Bethen, Beckern daselbst, und andern in ziemlicher Menge vorhandenen Creditoren in Actis benandt Eines; So dann denen verordneten Curatoribus bonorum Hrn. Johann Jacob Vayh und Johann Jacob Hellern, Rr. andern Theils vor einiger Zeit zugesandt worden, um darüber unser rechtliches Gutachten zu ertheilen, und was denen Interessenten allerseits vor eine Urtheil zu eröffnen seyn möchte an die Hand zu geben, so haben wir nicht ermangelt zu geneigter Willfahr und Beförderung der heylsamen Justiz dieselbe, so balde es anderer ohnumgänglicher Geschäffte, und unvermeidentlicher Obliegen halber geschehen können, unter Handen zu nehmen, mit gebührendem Fleiß zu durchgehen, und nach Nothdurfft zu erwegen zuförderst aber so viel befunden

In facto

wie daß, nachdem besagter Johann Georg Schleicher zu Ende des 1692sten Jahrs das Zeitliche mit dem Ewigen verwechselt, und seine Haußfrau Maria Magdalena, samt einem mit ihr erzeugten Töchterlein gleiches Namens zu Erben ab intestato hinter ihm verlassen. Sich aber seine creditores nach dem Tode in ziemlicher Anzahl anfangen zu regen und bewegen, auf Obrigkeitliches Anbefehlen gleich nach acht Tagen auf sein seel. Absterben, den 3. Januarii 1693. nemlich und in gefolgten Tagen, die Inventur durch die geschworne Inventirer, mittelst vorgehender aydlichen Vergelübdung der Frauen und des Gesinds, um alles getreulich und fleißig anzuzeigen, und nichzit gefährlicher Weise zu verhehlen, vorgenommen worden; Dieweil sich nun bey der Inventur ein ziemlicher Schulden-Last, wovon die Wittib ihrem Vorgeben nach gröSten Theils keine Wissenschafft gehabt, noch auf sie kommen lassen wollen, daß sie Ursach dazu gegeben oder dazu geholffen hätte, geäussert, und entdecket, daß das Vermögen zu der Wittiben zugebrachten, und der befundenen Passiv-Schulden gäntzlicher Abstattung und Ausrichtung nicht erklöcklich, noch zulänglich; auch die Wittib neben ihrem Kind und dessen Pflegern sich schon extrajudicialiter vernehmen lassen, daß sie sich resp. ihrer weiblichen in Rechten gegründeten Beneficien, Wohl- und Gutthaten bedienen und hereditati ac acquæstui conjugali renunciren würden, wann die creditores nicht einen ziemlichen Nachlaß thun und deßhalber sich erklären wollten, so seynd von Löbl. Obrigkeit eventualiter zwey Curatores bonorum constituirt, und per publicam citationem gesamte Creditores auf den 16. Martii 1693. zu erscheinen vorgefordert worden, da die Wittib den HHrn. Richter höchst-angelegenen Fleisses gebeten, coram Deputatis einen Durchgang zu halten und denen sämtlichen Creditoribus zuzusprechen und sie zu disponiren, daß ein jeder an seiner prætension ein ehrliches fallen lasse, da sie dann nach Beschaffenheit eines jeden Erklärung sich hierauf resolviren und judicialiter erklären werde, ob sie ihren Beneficien inhæriren wolle oder nicht. Nachdem sich aber eine grosse Anzahl der creditorum angegeben, deren Schuldforderungen das Schleicherische Vermögen weit überstiegen, und die meiste creditores und Schuldglaubigere sich ratione des von der Wittiben offerirten Verglichs dahin erklärt, daß sie ihnen denselben gantz nicht entgegen seyn lassen wollten, wann auch sie, um willen sie gewaltig Holtz zu diesem Feur getragen, und sich also aufgeführt, daß man genugsame Ursachen getraue beyzubringen, dadurch sie der weibl. Freyheit ohnfähig dörffte erklärt werden, ihrer Seits wegen ihres prætendirenden Zubringens sich zu solchem Nachlaß offerire, daß männiglich drauß abnehmen müsse, daß die beschehene oblatio ad transactionem nicht nur pro forma sey, und wider sie weiters ohnbeliebiges müsse vorgebracht werden, als sie dann in eum insperatum eventum omnia competentia ihnen reserviret, sonderlich aber gebeten, weil kein Geld inventirt worden, gleichwohl sie Wittibe ihro an der Nahrung nichts abgehen lasse, und zumalen von des Schleichers getragenen silbernen Knöpffen nichts im Inventario enthalten, also noch der Zeit nicht wissend, wo solche hinkommen, sie die Wittib, wie es ohne dem in solchen Fällen üblich, zu Ablegung eines leiblichen cörperlichen Aydes anzuhalten, krafft dessen sie anzeigen sollte, das geringste weder vor sich selbst noch durch andere hinterhalten zu haben. Worauf sie samt ihres Töchterleins Pflegern Hannß Georg Laichen, Fürstl. Mundschencken, den 12 April. 1694. mit einer Imploration-Schrifft eingekommen, darinnen sie mit Rath und Beystand ihres Curatoris ad litem und des Kinds verordneten Pflegern dem acquæstui conjugali & hereditati respect. mariti & patris solenniter renunciret, und sich ratione allatorum pro creditrice mit angegeben, liquidationis loco auf ihren Theil-Zettul provocirend, woraus erscheine, daß sie ihrem Ehemann in die 1382 fl. 40. kr. zugebracht; ratione prælationis aber sich auf die bekandte Jura beziehend, und der tröstlichen Zuversicht gelebend, es werde denen Creditoribus und Curatoribus bonorum ihr Begehren ratione juramenti abgeschlagen werden, wohl betrachtet von ihro bey der Inventur, nach Maßgab Fürstl. Landrechtens, die Hand-Treu an Aydes statt bereits abgefordert und geleistet worden, welche vim & effectum juramenti nach sich ziehe, und dörffe sich niemand verwundern, daß bey dieser injuria temporis und so grossem Schulden-Last

kein

kein baar Geld in massa gewesen, die silberne Knöpff habe der Schleicher schon zur Zeit des Frantzösischen Einfalls herunter gethan, und der Wurster solche einsmahls in Händen gehabt, deme also vielleicht am besten bekandt, wo sie hinkomm n seyn möchten. Nicht weniger hab sie Wittib tempore confecti Inventarii das Schuld-Buch auf den Tisch gelegt und alle schrifftliche Acta hervorgethan, der Intention und Meynung, daß man solche, weil es supra captum muliebrem lauffe, behöriger massen inspiciren, durchgehen, und was active & passive gefunden werde, dem Inventario einverleiben solle, wann solches nicht geschehen, seye sie extra culpam und möge leiden, wann irgends was vergessen worden, daß es noch eingetragen werde; widrigen falls da sie nicht damit verschonet werden sollte, hätten die Creditores welche per Procuratores erschienen, zuvor ratione hujus delationis speciale mandatum zu ertheilen, und in eventum die deferentes vorher das Juramentum malitiæ abzuschwöhren; So wolle ihro zwar imputiret werden, daß sie auch Holtz zu diesem Feur getragen, allein hoffe sie nicht, daß solche importante Ursachen vorhanden seyn, welche sie von dem implorirten Beneficio excludiren, und der weiblichen Freyheit unfähig machen. Bitte demnach dasjenige, was von ihren in natura noch verhanden, von der Schleicherischen Massa zu separiren, und ihro für ihr Eigenthum vor allen Dingen zu adjudiciren, wegen des übrigen aber, so nimmer zugegen, sie in die behörige Claß zu setzen, mit Abtrag Kostens und Schadens, Implorato &c. Auf dieses hin haben sich die Creditores offerirt, zu erweisen durch producirende Gezeugen, daß die Schleicherische Wittib durch eigen üppiges Hausen und verthunisch Leben zu den Schulden geholffen. Nach vorgenommener Zeugen, Verhör und eingekommenen Rotulo Examinis haben die Wittib, Creditores und Curatores bonorum hinc inde disputirt: Ob zu rechtlicher Genüge dargethan und erwiesen oder nicht, daß die Wittib an ihres Manns Verderben und grossen Schulden-Last, wo nicht gäntzlich, doch eines und zwar grösten Theils schuldig? wird solchem nach fast nöthig seyn, præliminariter diesen Punct von der a Vidua beschehenen renunciation der Erbschafft ihres seel. Manns, und acquæst. Conj. um sich dadurch von Mit-Bezahlung der Schulden zu liberiren, zu erörtern und zu sehen, ob sie des Implorirten Beneficii und Weibl. Freyheit fähig oder nicht, ehe man zu Examinirung des Gant Processus worzu es durch die von der Wittib und ihrem Kind beschehene Renunciationem acquæst. conjug. & hereditatis respect. mariti ac Patris gekommen, schreitet, und der gesamten Creditorum jura zu examiniren vornimmt, dieweil wann sie der Weiblichen Freyheit unfähig wäre, den Creditoribus ein ziemliches zuwachsen würde zu Erlangung ihrer Satisfaction, da hergegen ihnen kein geringes abgehen wird, falls sie Wittib der Weiblichen Fr yheit fähig.

Nun haben zwar die Creditores zu Erweisung ihrer Intention darauf articuliret, daß die Schleicherin 1.) sich prächtig und über ihren Stand gekleidet

Art. 1.

2.) Ihren Hauß-Geschäfften wenig nachgegangen, sondern gern lang im Bett gelegen, dem Müßiggang und Ausschwäntzen ziemlich ergeben, und gantz keine Hauß-Hälterin gewesen.

Art. 2. 3. 10.

3.) ziemlich kostbare Mahlzeiten und Kärtze öffters gehalten, darzu, wie nicht weniger an Christ-Abenden, vor viel Reichsthaler Confect gehohlet worden, auch sonst so üppig gehauset, und überflüßig gekocht, daß die Taglöhner und Gesind die überbliebene Speisen nicht essen mögen, sondern man solche c. v. auf den Mist, oder in die Spühl-Gölten geschüttet.

Art. 4. 5. 10. 21.

4.) gern getruncken, und sich öffters so berauschet, daß sie sich c. v. erbrochen und das Wasser lauffen lassen. *Art. 6.*

5.) stattliche Bettladen und andern Hauß-Rath mit güldenen Laisten und Rahmen machen lassen. *Art. 7.*

6.) Mit Schneidern und Handwercks-Leuten vielfältig um Geld gespielt

Art. 8.

Aber es ist das wenigste von diesen imputationibus auf die Schleicherische Wittib gebracht und rechtlich erwiesen, ad hunc effectum, daß sie deswegen a communi beneficio muliebri ordini competente excludiret werden könnte. Denn ob wohl

Test. 4. 5. 9. 10. 14. 16. 20. 21. ad art. Prob. 1.

deponiren, daß sie sich prächtig gekleidet, und nichts als Pracht bey ihr gewesen; So sind doch Theils deren ex numero creditorum, als Test. 4 5. 9. 20. wider die sie solennissime ac constantissime excipirt, daß sie in causa propria wider sie omnino testes inhabiles seyn; Zudem muß Testis 4. der doch Schneider im Hauß gewesen, und daher die beste Wissenschafft davon gehabt, gestehen, daß er nicht sagen könne, daß ihre Kleider köstlich und auf die Mode gemacht gewesen, das meiste sey in zwey, drey, vier Müdern bestanden, deren das eine mit Silber, das andere mit Gold gebrämet gewesen, so er in dem letztern Jahr gemacht, sonst sey der Pracht an Kleidern nicht so groß gewesen

ad Art. Prob. 1. Ejusque Int. 1. & 3.

Deßgleichen weiß Testis V. von mehr nicht zu sagen, als einem Peltz und einem Müder mit silbern Schnüren, so sie im letzten Jahr getragen.

ad Prob. 1. Int. 3.

Ebenmäßig wissen Testis 9. & 10. von nichts sonderliches zu deponiren, als von silbernen Müder-Hafften, und Testis 14. von einem taffeten Müder mit halb gülden- und silbernen Spitzen, Perlen und Ducaten-Muster.

ad Prob. 1. Int. 1.

Testis 16. sagt sie habe 2. biß 3. Müder mit silbern Hafften, etlich schöne Müster mit Perlen und Granaten gehabt, und einen saubern Peltz mit silbernen Schnürlein getragen.

ad d. Int. 1.

Deßgleichen zeuget Testis 20. Stadt-Kiefer so 540. fl. prætendirt, daß keiner Kiefferin silberne Preiß-Ketten und Müder-Hafften, wie sie machen lassen, zu tragen gehören. Welches an sich zwar wahr, und hätte sie dergleichen Sachen zu kauffen und machen zu lassen wohl unterwegen lassen, und das Geld besser und nützlicher anlegen können; Allein wie sie damit den grausamen Schulden-Last nicht caulirt, welcher meistens schon vorhanden gewesen, da sie solche Sachen erkaufft und machen lassen, so in der Letzte nur geschehen, also hätte sie damit, daß selbiges unterwegen geblieben, der Sache allein nicht helffen mögen, und ist sie so viel eher zu excusiren, weil der Mann, nachdem er Raths-Herr worden, verlangt und haben wollen, daß sie seinem Stande nach gehen solle, gestalten

Testis 21. ad Prob. 1.

deponirt, der Schleicher habe allemahl zu seiner Frauen gesagt, sie solle jetzo auch seinem Stande nach gehen, wann sie so schlecht, wie vor diesem, daher ziehen wollen. Deßgleichen attestirt

Testis 6. ad Prob. 1. Int. 2.

Wie der Schleicher seiner Frauen habe das seidene Kleid machen lassen, habe sie darwider protestirt, sagend: Sie wisse wohl wer sie sey, komme nur von einem Weingärtner her, der Schleicher aber habs dennoch haben wollen, vorgebend, er sey nunmehr ein Raths-Verwandter, und müsse seinem Stande nachkomen.

Von der andern Zulag, daß Schleicherin ihren Hauß-Geschäfften wenig nachgegangen, gern lang im Bett gelegen, dem Müßiggang und Ausschwantzen zimlich ergeben, und gantz keine Haußhälterin gewesen, so ihr ein und ander übelwollender beygemessen, wird sie gantz quitt und frey gesprochen per Test. 6. der deponirt: die Schleicherin sey ihren Geschäfften fleißig nachgegangen, und wann sie das gantze Haußwesen führen dörffen, wäre der Schleicher in diesen Schulden-Last nicht gekommen, wie dann auch sie davon nicht viel gewußt, sondern offt ihren Mann gebetten, er solle ihr doch sagen, was er aufnehme und schuldig sey.

Test. 7. So lang er bey der Schleicherin gewesen, sey sie allezeit in ihrer Haußhaltung geschäfftig gewesen.

Test. 11. So viel er wisse, sey die Schleicherin ihrem Geschäfft fleißig nachgangen.

Test. 14. Die Schleicherin hab sich auch der Haußhaltung wohl angenommen, und offt mit den Mägden geschafft.

Test. 16. So lang sie bey der Schleicherin gewesen, könne sie nicht sagen, daß sie ihr Haußwesen versaumet, sondern habe ihre Leuth rechtschaffen gehobelt, und niemand nichts geschencket.

Test. 17. Er könne nicht sagen, daß sie müssig gangen, indem selbige offt gesponnen, genähet, und ihren Garten gepflantzet.

Test. 18. Sie hab zu seiner Zeit rechtschaffen geschafft, wann er die Wahrheit reden solle.

Test. 21. GOtt wisse, daß sie fleißig gewesen, und manchmahlen geloffen sey, wann andere Leuth noch im Bett gelegen seyn, absonderlich in ihren Garten, wie sie dann an seinem Hauß offt angeruffen, da sie selbsten noch im Bette gelegen.

ad Prob. 2.

Et rursus ad Prob. 3. deponirt Testis 6. wegen deß, daß sie gern lang im Bett gelegen, thue man ihro unrecht, dann sie morgens um 3. und 4. Uhr in Garten gegangen.

Test. 7. So lang er bey ihro gewesen, sey sie eine Haußhälterin gewesen.

Test. 11. Wie sie noch in ihrem alten Häußlein gewesen, habe sie rechtschaffen geschafft, selbst Graß gehohlet, und redlich zu ihrem Mann gehalten.

Test. 14. Die Schleicherin sey nicht lang im Bett gelegen, sondern früh auff gewesen.

Test. 17. Sie sey offt vor dem Gesind aufgestanden, und manchmahl morgens um 3. Uhr absonderlich wann sie in ihren Garten gegangen.

Ad ejusd. Probat. Int. 2.

Test. 6. Sie hab im Garten geschafft, wie eine Magd.

Test. 9. & 11. Sey in ihrem Garten früh und spath gewesen.

Test. 10. sey manchmahl morgens um 3. Uhr hinaus gangen ꝛc.

Und von solch ihrer Vigilanz, Fleiß und Wartung der Haußhaltung zeugen weiter iidem & plures alii Testes ad Ejusd. *Prob. sequentia Interrog. 3. & 4.*

Wider den ihr à Teste 4. & 20. imputirten Müßiggang und Auslauffen zeugen

ad Prob. 10.

Testis 6. deponirend: die Schleicherin sey dem Müßiggang nicht nachgangen, wie sie denn keinen Menschen bey ihr leiden können, wanns nur ein Augenblick müßig gangen.

Test. 17. Er könne mit gutem Gewissen nicht sagen, daß sie viel ausgangen, ja sie sey offt ungedultig worden, wann sie hab ausgehen müssen.

Testis 18. so lang er bey ihr gedienet, habe sie die Haußhaltung selber geführt, gekocht und alles gethan, dahero sie nicht viel auslauffen können, denn sie ohnedem eine Zeitlang kein Magd gehabt.

Test. 21. sie sey nicht viel ausgangen, ausser in ihren Garten und Weinberg, daß auch dieses des Schleichers einige Klag gewesen, daß er sie nirgends hinbringen könne. Quibus consentiunt Testis 7. & 14.

Daß 3.) die kostbahre Mahlzeiten, davon attestiren

ad Prob. 4. Test. 2. 4. 5. 6. 10. 11. 14. 15. 19. 20. 21.

von dem Schleicher öffters mit ihro der Wittiben grossen Mißbelieben angestellet worden, und manche unterblieben wäre, wann man ihro gefolget, zeugen

Test. 11. 14. 21. ad Pr. 4. & ejus int. 1.

Er

Er habe öffters, wann er ohngefehr Bekandte angetroffen, dieselbe zu Gast mit heimgebracht, daß sie vorher nichts davon gewußt, da jederman rennen und lauffen müssen, deßwegen sie ihren Unwillen drüb zu bezeugen, manchmahl gar nicht herzu gangen, und öffters geklagt, daß sie mit solchen Mahlzeiten und Gastereyen alles einbüsse, er lade Gäst, sie müsse zusehen, und das Maul wischen, da er allweg gesagt: er sey der Mann.

Test. 5. 11. ad Prob. 4. Int. 1. & 7.

Und daß sie die Gäste nicht geladen, sey gnug daraus zu schliessen, daß ihr die wenigsten Personen bekandt gewesen,

Test. 6. & 14. ad Prob. 4. Int. 2.

Ja es zeuget Testis 20. ad Int. 6. de Prob. 4. daß weil er wegen seiner Frauen bezeugten Unwillen nicht allemahl die Leute mit heim bringen dürffen, er zerschiedene Collationes in den Wirthshäusern, sonderlich in der Sonnen, gegeben, da er gemeiniglich die Gäste zechfrey gehalten. Gleichergestalt attestiret *ad Prob. 21. Int. 1. Test. 6.* daß Schleicherin zu denen Mahlzeiten wohl habe müssen Confect hohlen, weil es der Mann haben wollen. Und dergleichen Bewandniß hat es auch mit den kostbaren Kärtzen, da Hrn. Vogts und Hn. Stadtschreibers Jgfr. Töchter, Hrn. Heimen Jgfr. Schwester zur Stuben eingeladen, und mit Confect tractirt worden, deponentibus ita

Test. 4. 6. 14. ad Pr. 21. Int. 2. 3. & 4.

Es will bey uns fast das Ansehen haben, und die Vermuthung entstehen, daß der Schleicher die kostbare Mahlzeiten und Kärtze ex ambitione angestellt, um dadurch sich groß zu machen, und der vornemsten Personen Gunst und Affection zu erwerben, damit er höher steigen, und zu weitern Ehren-Aemtern befördert werden möchte, hat sich aber dadurch in sein Ruin und Verderben gestürtzt.

Daß sie Schleicherin auch sonsten so üppig gehauset und überflüßig gekochet, daß die Taglöhner und Gesind die überbliebene Speisen nicht mögen essen, sondern man solche s. v. auf den Mist oder in die Spiel-Gölte geschüttet, davon will ausser Teste 4. der sich aber in allen seinen Aussagen nebenst Teste 20. zimlich passionirt bezeugt, daher auf ihre Depositiones nicht sonders reflectirt werden kan, zumahl da sie unter den Creditoren und starcke Prætensiones machen, kein Zeuge nichts wissen, sondern Test. 5. der bey dem Schleicher als Kieffer-Knecht gedienet

ad Prob. 5.

sagt frey herauß, das sey nicht wahr, und wisse er nicht davon. Deßgleichen Test. 6. damit werde der Schleicherin unrecht gethan, denn sie alle Brühe auffgehebt, und solche etwan Armen gegeben; so haben auch in dem Schleicherischen Haus zu zerschiedenen Zeiten gedienet Test. 7. 8. 14. 16. 17. 18. sagen aber alle, daß man ihnen durchauß nicht so überflüßig zu essen gegeben, keinen Mangel können sie zwar nicht klagen, haben aber auch keinen Uberfluß an Speisen gesehen, sie haben ihr Supp und Gemüß ordinari, und in der Wochen 2. biß 3. mal Fleisch gehabt.

4.) Daß Schleicherin zuweilen also getruncken, daß mans ihro anspühren können, daß sie was zu viel getruncken, deponiren zerschiedene Gezeugen, als *Test. 1. 5. 6. 9. 10. 13. 14. ad Prob. 6.* aber, daß sie sich öffters so voll gesoffen, daß sie sich c. v. erbrochen, und das Wasser lauffen lassen, wie ihro die beede verdächtige und übelwollende Zeugen nachsagen, nemlich

Test. 4. & 20. ad d. Prob.

davon will der übrigen Gezeugen keiner nichts wissen, ob gleich deren etliche viel um sie in dem Hause gewesen, sondern es saget Test. 6. daß, wann sie rechtschaffen geschafft gehabt, und insonderheit wann sie aus dem Garten heim kommen, so hab sie am Abend etwas reichlicher getruncken, welches man ihro gleich angespührt, weil sie allweg was lustiger, als sonst, geworden, wie auch bemercken *Test. 1. 9. 13. ad d. Pr. Int. 2.* Wann sie aber gleich etwas getruncken, habe sie dennoch alles im Hauß versehen und geschafft, deponentibus ita *Test. 1. 6. 9. 10. ad d. Int. 2.* und habe mans ihro gleich angesehen, wann sie nur ein Glas voll alten Weins getruncken.

Test. 6. 7. 10. 14. ad d. Prob. 6. Int. 3.

Weil sie also dem Trunck nicht dermassen ergeben, daß sie ihr Haußwesen negligirt, oder sonders viel um nasse Waar gegeben, hat sie mit ihrem trincken wenig zu dem vorhandenen Schulden-Last geholffen oder contribuirt.

5.) An Ausfertigung des kostbaren Hausraths trägt Schleicherin ebenmäßig keine Schuld, denn sie dergleichen nicht verlangt, und gebeten solche nicht machen zulassen, der Mann aber hat sie also angegeben, haben wollen, und machen lassen, sich auch von niemand wollen einreden lassen, vorgebend: er sey der Mann, und müsse es bezahlen.

Test. 5. 6. 7. & 11. ad Prob. 7. Test. 5. 6. 10. 18. ad Int. 1. & 2. Ejusd. Prob.

und hat sie so gar deßwegen Bedencken getragen, in das neue Haus zu ziehen.

Test. 18. ad d. Int. 1.

Mit dem ihro 6.) imputirten spielen ist es gleicher Gestalt also bewandt, daß weil es gar selten geschehen, und um wenige Kreutzer gewesen, solches zu gegenwärtigem grossen Schulden-Last wenig oder gar nichts gethan.

Test. 6. 9. ad Prob. 8.

insonderheit weil sie deßwegen ihre Haußhaltung gar nicht versaumt, sondern derselben fleißig abgewartet, nach obigem, wie einer rechtschaffenen Frauen zugestanden.

Test. 6. ad Prob. 10. Int. 3.

und wann sie Meister gewesen, wäre es wohl besser in der Haußhaltung daher gegangen, nach Aussage *Test. 6. ad Prob. 11.*

so aber habe Schleicher sie gar nichts wissen lassen, wie seine Sachen stehen, noch ihr einige Meisterschafft eingeraumet, sondern alles in seinen Händen gehabt, und sie das geringste von ihm fordern müssen.

Test. 11. 13. 16. 18. 21. ad d. Prob. 11.

Finden demnach keine gnugsame zu rechtlicher Gnüge erwiesene Ursachen, derentwegen die Schleicherische Wittib der angeruffenen Weibl. Freyheit verlustig erkandt, und ihr das Recht abgesprochen werden könte, ihr zugebrachtes Heurath-Guth, Aussteuer, und von ihren Eltern erbtes, gleich andern Creditoren, zu erfordern

1 und hinweg zu nehmen. Denn ob zwar solches möchte in Zweiffel gezogen, und erachtet werden, daß sie dessen nicht befugt, sondern in allweg schuldig und gehalten, die in währender Ehe zu Ausbringung gemeiner Haußhaltung gemachte Schulden von dem ihrigen mitzuzahlen, weil in diesem unserm Löbl. Hertzogthum per initum matrimonium nicht nur der Eheleuthen Gemüther indissolubili quodam vinculo dergestalten verknüpfft werden, daß zwischen ihnen ein individuum vitæ consortium expresse gestifftet, sondern auch zugleich tacite eine Gemeinschafft der Güter und Societät unter ihnen aufgerichtet wird,

vid. Fürstl. Würt. Landr. p. 3. tit. 7. §. vvann Eheleuth &c.

Krafft deren nicht nur von allen in wehrender Ehe errungenen und gewonnenen Gütern jedem Ehe-Gemacht der halbe Theil zugehörig, non attento, an unus ex ipsis plura bona, pluresque operas, aut majorem industriam & diligentiam contulerit

Besold. *ad* J. P. W. *p. 3. t. 7. Disp. 3. th. 52.*

2 sondern auch die in stehender Ehe zu nothwendiger Ausbringung der gemeinen Haußhaltung gemachte Schulden von dem gemeinen in solcher Ehe durch beede Ehe-Gemacht Errungenen und Gewonnenen, da sich aber solches nicht so weit erstreckt, oder auch eingebüßt worden, von jedes Ehe-Gemächts eigenthumlichen Gut zum halben Theil gezahlt werden solle.

Landr. p. 4. tit. 4. §. nemlich vvann die Schulden &c.

Imo si unus ex conjugibus plane nulla aut ad suam æris alieni partem solvendam non sufficientia habeat vel relinquat bona, partem alteram sufficientia possidentem bona æs alienum totum quoque ex propriis bonis solvere cogi vult

Laudat. Besold. *ad* J. P. W. *Disp. 4. th. 28.*

3 So ist doch zu consideriren, daß ob wohl ex natura societatis bonorum, quæ inter Conjuges in foro nostro Würtembergico obtinet, ad æris alieni socialis a solo etiam marito contracti solutionem, in defectu acquæstus, ex allatis quoque, pro parte tamen tantum, non in solidum, licet maritus nulla relinquat bona, (ut contra Besoldum docte probat B. D. Lauterbach

Disp. de ære alien. in soc. conjug. contract. solv. th. 55.)

faciendam, die Frau gehalten

arg. §. vvo aber &c. §. da nun &c. & seqq. p. 4. tit. 4. J. P. W. & eorum quæ tradit B. D. Lauterbach. *d. Disp. th. 63.*

4 Sie sich doch, wann sie sich des verstorbenen Manns Erbschafft begiebt, selbige repudiirt, und acquæstui conjugali renunciret, von Mit-Bezahlung der vom Mann, auch in communem societatis utilitatem, contrahirten Schulden befreyen könne;

hoc enim facto nihil de his solvere cogitur, sed libere dotem & reliqua bona sua marito allata repetit

arg. tit. 4. & 5. J. P. W. ibi Besold. *th. 26.* Wibel. *de contract. mulier. cap. 5. n. 132.*

Etenim ubicunque vigore Statuti vel Pacti lucra & damna conjugalia dividuntur, nihilominus soluto matrimonio uxor acquæstui conjugali renunciando, se ab ære alieno a marito ex causa societatis contracto liberat & dotem suam, cæteraque allata repetit ac sibi integra reservat ex communi consuetudine, de qua testantur 5

Bb. Antecessores nostri in Consil. Tubing. ap. Besold. *vol. 4. Cons. 124.* & nominatim B. Dn. D. Lauterbach. *d. Disp. th. 71.* ibique allegati.

Und weil diese Renunciation mit dem sonderbaren Effect, Krafft und Würckung ein commune beneficium muliebri ordini competens, ubique fere receptum, Jure nostro Statutario quoque approbatum, kan es, weil keine gnugsame rechtlich erwiesene Ursach dasselbe zu denegiren, in proposito casu vorhanden, mit keinem Fug Rechtens der Schleicherischen Wittib denegiret werden 6

summa enim foret injuria beneficium juris commune illi sine sufficienti causa auferre aut denegare.

Nov. 22. c. 23. l. 2. §. 4. 5. de re jud. c. 17. de R. J. in 6. Kirchov. *1. Cons. var. JCt. 11. n. 13.*

Es haben zwar ferner die Creditores verhoffet zu erweisen, daß sie nicht auffrichtig und redlich nach ihrer von sich gegebenen Hand-Treu an Aydes statt alles angezeiget, des Manns seel. silberne Knöpf verhehlet und zuruck behalten, noch alle Schulden, wie auch nicht das Geld in das Inventarium gebracht, und dadurch vermeint sie von solchem Beneficio zu excludiren. 7

ex quo constat, quod si uxor aliquid subtraxisse vel amovisse probetur renunciatio hered. & acquæstus conjugalis ipsi ad effectum liberationis ab ære alieno non prosit, sed non obstante renuuciatione ista æri alieno pro media parte obligetur.

Christin. *vol. 1. Decis. Belgic. 206. n. 14.* B. D. Lauterbach. *d. Disp. th. 71. inf.*

Aber es hat ihnen auch hierinn fehl geschlagen, indem gantz nichts von dem Innhalt des 14. 15. 16. 17. und 18. Articuls erwiesen, ausser daß Testis 12. ad Prob. 14. bekundschafftet, es habe Schleicherin ein liederliches Kälblein bey ihnen stehen gehabt im Frantzösisch. Lermen, so er, weilen ers nicht mit hat bringen können, ihro gebracht zu schlachten, da es gantz Lungenfaul gewesen, sie gibt aber beständig vor, daß solches ihrem Töchterlein gehört, deßwegen es in das Inventarium nicht zu referiren gewesen, noch sie per ejus reticentiam ulla ratione ihr Gewissen beschweret, oder ihr im geringsten præjudicirt. Wegen des baaren Gelts und ausgelassenen Schulden hat sie sich in ihrer Implorations Schrifft auch gnugsam excusirt, daß wir deßhalben nicht erachten können, daß sie noch weiter mit einigem Juramentzu beschwehren. 8

Bleibt demnach die von ihro beschehene Renunciation in ihrem Valor und Kräfften, und gibt sie sich billig mit an, ihr zugebrachtes wieder zu erlangen, nimmt auch was 9

davon

davon noch zugegen, und nicht mittler Weil verkaufft, verändert, oder sonst verthan worden, vor allen Creditoribus extra concursum jure separationis & vindicationis von Rechts-wegen hinweg

arg. l. 2. ff. de separat.

Juris enim tralatitii est, quod si dos vel alia bona marito allata, quando res ad concursum credit. venit, adhuc extent, uxor ea jure dominii vindicare possit, nec de prioritate cum creditoribus contendere teneatur.

arg. l. 5. 8. §. in fin. ff. de tribut. act. l. 1. C. de privileg. fisci. l. 2. C. ne uxor pro mar. l. 30. C. de jur. dot. l. 12. §. 1. verb. non extent. junct. pr. verb. deperditas. C. qui pot. in pign. J. P. W. *p. 1. tit. 76. §. nichts vveniger &c.* Besold. *ad* J. P. W. *Disp. 1. th. 150. ubi de observantia fori nostri testatur. & part. 4. Cons. 191. n. 4. seq.* Wibel *de jur prælat. assert. 2. pag. 6.* Carpz. *p. 1. c. 28. d. 13. & d. 86. n 7. 8.*

10 wegen des consumirten aber erlangt sie ex bonis mariti divenditis anderwärtige Satisfaction in concursu nebenst andern Glaubigern, und zwar ratione dotalium inter hypothecarios, qui habent hypothecam cum jure & privilegio prælationis

l. 12. pr. §. 1. C. qui pot. in pign. J. P. W. *p. 1. t. 75. §. Es sollen auch die Frauen &c. & seq. Jedoch, vvo &c.* B. D. Lauterbach. *de legali s. tacita hypoth. §. 4. n. 14.*

11 ratione paraphernalium aber inter hypothecarios simplices ex tempore illationis

l. fin. C. de pact. convent. ibi Brunnem. J. P. W. *d. l.* B. D. Lauterbach. *d. l. §. 5. n. 25. 26.*

12 Nachdem nun dieser Præliminar-Punct uff solche Weyse seine abhelffliche Maß und rechtliche Decision erlangt; So schreiten wir anitzo zu dem Gant-Process selbsten, bey dem dann forderist die Legitimation der Creditorum zu consideriren kommt, welche, wo sie noch irgends mangelhafft, vor allen Dingen in Richtigkeit zu stellen, und denen Fehlern zu Verhüttung aller Nullität abzuhelffen, damit der künfftig in omnem eventum entstehender und zu befahren habender Querelæ nullitatis vorgebogen werden möge.

13 Etenim in omni omnino Processu utcunque Summario, & in specie etiam Edictali, ac concursu creditorum universali, Legitimatio personarum, utpote quæ est basis atque fundamentum omnis Processus Judiciarii, ante omnia requirenda,

Wibel. *de Jure Prælat. assert. 21. pag. 58.* add. Besold. *ad* J. P. W. *Disp. 1. th. 26.* B. D. Bardili *Concl. Theor. Pract. Ex. 21. concl. 1.* Mev. *p. 3. dec. 21. n. 1.*

adeo ut si legitimatio a partibus haud exigatur, Judex ex officio tamen defectum hunc supplere debeat,

Sichard. *ad l. 24. C. de Procur. n. 7.* Besold. *d. l.*

ne judicium retro reddatur nullum atque eluforium: Sententia enim contra solitum juris ordinem lata est ipso jure nulla, nec ullam rei judicatæ obtinet authoritatem.

l. 4. C. de sent. & interloc. Felin. *in cap. inter. de re jud. n. 4.*

Dergleichen Defect finden sich aber hier bey 14
zerschiedener Glaubiger Legitimation noch, als
1.) bey Hrn. Salomon Reusels, Med. Doct. und Hochf. Leib-Medici Gewalthabern, denn Anfangs ist in dessen Namen Hrn. Korn erschienen, und de rato & exhibendo sufficienti mandato ad proximam cavirt, nachgehends aber ist Hr. Hiller in seinem Namen erschienen, und hat chartam biancam mit dem Namen und Pittschafft Hrn. D. Reusels zu seiner Legitimation producirt.

Constat vero non sufficere ad Procuratoris personam legitimandam, si charta bianca exhibeatur, etsi expressis verbis in subscriptione adjectum: Hoc esse mandatum in tali vel tali causa

Carpz. *p. 1. c. 1. Def. 28.* Berlich. *p. 1. concl. 14. n. 91.* B. D. Lauterbach *ad tit. ff. de Procurat. th. 19.*

Derowegen demselben diese charta bianca hin- 15
auszugeben, daß er an deren statt ante sententiæ publicationem ein förmlichen Gewalt einlege.
2.) Ist nomine Hrn. Christoph Schleichen, Weinhändlers zu Ulm erschienen, Hr. Christ. Reinwald, Gerichts-Verwander zu Stuttgart, berufft sich auf ein producirtes Procuratorium sub Lit. C. so aber bey den Actis nicht befindlich.

3.) Ist Christ. Casp. Unsorg, Burger und Fer- 16
ber wegen Hrn. Keckhen zu Hohen-Memmingen erschienen, hat sich erboten ad proximam gnugsamen Gewalt beyzubringen, er hat aber, so viel wir ex Actis abnehmen können, entzwischen diß Zeitliche gesegnet, derowegen solches nicht erfolgt, sondern es ist ad proximam Juridicam wegen Hn. Keckhen dessen Tochterman Hanß Georg Weckerlin Sonnenwirth citirt, ob dieser aber de rato cavirt, ist ex Actis nicht zu sehen, fals es nicht geschehen, wäre er dazu vor Publication der Urtheil noch anzuhalten, massen bekandt, daß diejenige welche andere wegen naher Verwandschafft oder Schwägerschafft ex mandato saltem præsumpto in Rechten vertreten, nicht zuzulassen, sie præstiren dann gnugsame Caution und Sicherheit de rato

l. 35. ff. junct. arg. l. 12. l. 21. C. de Procurat. l. 40. §. fin. ff eod. J. P. W. *p. 1. t. 16. rubr. von Personen die jemand ohn Gevvalt in Rechten vertreten mögen. §. doch daß solche &c. p. 86.*

4.) Hat sich Hr. Hiller, nomine Niclaus Dol- 17
pen, Weinhändlers zu Ulm, præsentirt u. legitimirt, durch das sub l. E. producirte Procurator. welches er bekennet, mit eigener Hand geschrieben unterschrieben, u. sein gewönlich Pittschafft vorgedruckt zu haben, so von den Curatoribus bonorum in ihrer Litis contestation in Zweiffel gezogen, und mithin die Legitimation angefochten wird. Weil aber nicht nothwendig erfordert wird, ut Principalis Procuratorem constituens Mandatum propria manu conscribat, vel subscribat, aut subsignet, sondern gnug ist, daß es von einem andern ipsius jussu geschrieben und

ſigilliret worden ſey; So wird ſolches, wann es gleich alſo wäre, daß ers nicht ſelber geſchrieben, noch ſubſcribirt oder mit ſeinem eigenen Pittſchafft bekräfftiget, ſondern ſich darinn ſeines Tochter-Manns Hand und Siegel etwan bedienet, keinen ſo groſſen Mangel gebähren, der nicht Cautione rati möchte ſuppliret werden.

18 5.) hat Hr. Joh. Reinhard Ripp in erſter Judicia Hrn. Hillern, ap. acta Gewalt gegeben, künfftighin in ſeinem Namen zu erſcheinen weil aber derſelbe entzwiſchen die Schuld der Natur bezahlet, iſt das gehabte Mandatum per ipſius mortem exſpirirt, werden demnach deſſen geſamte Erben zu citiren ſeyn, ante ſententiæ publicationem entweder ſelbſt in Perſon zu erſcheinen, oder jemanden förmlichen und gnugſamen Gewalt zu geben, und litem zu reaſſumiren, ex conſuetudine & obſervantia judiciorum, de qua teſtatur

Mev. *p. 4. dec. 153.*

welches auch bey anderer Creditorum, die etwa durante Proceſſu verſtorben, Erben gleicher geſtalten zu obſerviren, daß ſie nemlich angehalten werden litem zu reaſſumiren.

19 Wegen Jung Michel Laichen von Feurbach iſt Hr. Hiller erſchienen, Krafft des ihm ap. Acta gegebenen Gewalts, davon aber im Protocoll nichts zu finden, alſo noch zu ſuppliren, und die Legitimation richtig zu machen.

20 7.) Bey Martin Erben Kieffer-knechten haben die Curatores bonorum wohl erinnert daß ſeine Legitimation wegen der perſönlichen Comparition richtig ſey, wann er nur legitimæ ætatis ſey.

21 8.) Wegen Mariä Magdalenä Dehanin der Jünger iſt Hr. Burgm. Nägelin erſchienen, als deroſelben Curator ad litem, ob er aber auf Erinnerung der Curatorum bonorum judicialiter confirmirt worden ſey, iſt aus den letztern Protocollis nicht zu erlernen, darinnen davon altum ſilentium, wann es alſo, wie daraus zu ſchlieſſen, nicht geſchehen, wäre es ante ſententiæ publicationem noch zu thun. Pro ſecundo iſt er, ſo viel ex Protocollo abzunehmen, allein ohn die Dehanin erſchienen, welches nicht gnug iſt cum conſtet, quod ejusmodi Curator mulieri adultæ, nulloque alio defectu laboranti ex Statuto vel moribus & conſuetudine conſtitutus nomine mulieris, ea non præſente nec conſentiente, nihil quicquam valide agere queat, eoque differat a Curatore minorum.

J. P. W. *p. 1. tit. 16. §. andere Weibs-Perſonen &c.* ibi: *vwelche beede dann (die Weibs-Perſon u. ihr Kriegs-Vogt) hernach ſamtlich miteinander &c.* Carpzov. *p. 2. c. 25. d. ult.* B. D. Lauterbach. *ad* J. P. W. *Diſp. 1. th. 35.* verbis: ſicut fœmina ſine Curatore, ita Curator ſine fœmina Procuratorem dare (vel aliud quid agere) nequit &c.

22 ratio eſt aperta, quia talis Curator mulieris non habet adminiſtrationem bonorum ac negotiorum mulieris, ſed illam pleniſſime mulier ipſa retinet, & ne minimam quidem partem curatori committit aut committere tenetur: Nemo autem tutorio vel curatorio nomine quicquam agere in judicio præſertim poteſt, niſi adminiſtret vel adminiſtratio ad ipſum pertineat.

l. 8. C. de admin. tut. & curat. l. fin. C. ſi tut. vel curat. non geſſ. l. 2. §. ult. ff. de curat. bon. dand. Luc. Lyſer *in Diſp. de Curat. mulier. cap. 3. th. 53. & cap. 4. th. 77.*

9.) Finden wir in der Citation auf den 13. Aug. 1694. daß Johann Chriſtoph Kaußler Materialiſt uxorio nomine citirt worden, von dem in vorigen Protocollis und Citationibus nichts gedacht worden, und weil wir nicht wiſſen ob er etwan die Dehainin möchte inzwiſchen geheyrathet haben, oder wär ſonſt ſeine eheliche Hausfrau, haben wir nur auch diß bey ihm erinnern wollen, daß er ad cautionem rati ante ſententiæ publicationem angehalten werde, weil er uxorio nomine intereſſirt. 13

10.) Was die jenige Creditores, ſo auf ergangene Citation gar nie weder in Perſon, noch durch Gevollmächtigte erſchienen, concernirt, ſo haben zwar die Curatores bonorum deren Contumaciam beſt-förmlichſt accuſirt und gebeten, ſie nimmer zu hören, noch zu citiren, ſondern von dieſer Ganth um ihres ſtraffbaren Ungehorſams willen gäntzlich auszuſchlieſſen, allein iſt, ſo viel ex Actis zu ſehen, in hac cauſa noch nie eine General und Peremptoriſche Edictal Citation ſub interminata pœna præcluſionis ergangen und ausgelaſſen, wie ad effectum hunc, ut creditores intra terminum præfixum non comparentes excludantur, erfordert wird. 24

Generali enim conſuetudine receptum & multorum locorum Statutis expreſſe confirmatum eſt, ut debitorum obæratorum creditores per Proclamata publica ad credita ſua intra certos terminos liquidanda, juraque deducenda, peremptorie citentur, cujus citationis ea deinde vis eſt, ut non comparentes haud amplius audiantur, ſed inter eos, qui comparuere, jus dicatur, cum vigilantibus, non negligentibus jura ſcripta ſint, nec contumacibus ſubveniant.

l. 16. ff. ex quibus cauſ. major. l. 24. ff. quæ in fraud. credit. l. 16. ff. de except. rei judic.

quique exactionem neglexerunt, jure negligentiæ ſuæ expenſum id debent, ut ultra non audiantur.

d. l. 24. ff. quæ in fraud. credit. Mev. *part. 3. dec. 48. n. 4. & in diſcuſſ. Levamin. inop. debitor. cap. 3. n. 116. ſeqq.*

Niſi tamen forſan juſtam allegaverint cauſam, ex qua reſtitutionem in integrum mereantur, eam enim ignorantibus ac impeditis clauſula pœnam præcluſionis continens haud adimit aut præcludit. 25

Mev. *p. 1. dec. 134. & p. 3. dec. 48. ac ad Jus. Lubec. lib. 3. tit. 1. art. 10. n. 14.* Speidel. *voc. Ganth.* Carpzov. *p. 1. c. 28. d. 3.* Cothmann. *vol. 4. Conſ. 22. n. 5. n. 21. ſeq.* Berlich. *dec. 206.*

Imo

26 Imo poteſt Judex ſententia prioritatis nondum publicata, probabilem dilatæ vel omiſſæ eo usque allegationis cauſam afferentis ſimpliciter admittere. Judicis enim non modo ea poteſtas eſt, ſed etiam officium, ut ſi prævideat, partibus remedium aliquod ſ. reſtitutionem in integrum ex cauſa competere, præveniat potius quam expectet indulgendo mature, quod tandem impetrari poſſit, quo litigantes à moræ moleſtiis & impenſis litigiorum liberet.

Carpz. *lib. 3. Reſp. 74. n. 14. ſeq.* Mev. *d. p. 1. dec. 134. n. 5.*

Si autem ſententia jam definivit liquidationis certitudinem & prioritatis ordinem, poſt eam venientes non niſi per illa remedia, per quæ contra rem judicatam reſtitutioni in integrum locus eſt, adjuvari queunt.

Mev. *d. l. n. 10.*

27 Deßwegen wir anſtehen, ob die nicht erſchienene Creditores ohn dergleichen ante ſententiæ publicationem auslaſſende General- peremptoriſche Edictal- Citation werden können excludiret werden. So mehr als Wibelius teſtirt, quod in ſuprema Curia noſtra Würtembergica Creditores etiam peremptorie citati ſi non comparuerint & tamen credita privilegiata petierint, hoc obſervetur, ut ipſi creditores tam præſentes quam abſentes in ordine competentibus claſſibus accenſeantur, nec exinde Jus hypothecæ multo minus ipſum creditum amittant.

Sæpe citat. *Diſſ. de Jure prælat. credit. n. 21. pag. 58. in med.*

28 So dann und vors ander komt hauptſächlich zu conſideriren der geforderten Schulden Liquidation, welche ja ſo nöthig als der Perſonen Legitimation

cum ab executione, niſi cauſa cognita, nunq. ſit incipiendum, ſed de cauſa petendi ejusque juſtitia primo omnium conſtare oporteat

l. 58. ff. de rejudic. ibi Brunneman. Mev. *ad J. L. lib. 3. tit. 1. art. 11. n. 2.*

aliasque nec reus condemnandus, nec creditori certam pecuniæ quantitatem aut rem certam ſibi deberi ſignificanti fides de eo habenda, quia nec defuncti aſſertio, Titium hoc vel illud ſibi debere, in ultima voluntate prolata in Titii præjudicium, ut ſcil. ipſe pro debitore habeatur, probat

l. 4. l. 6. l. 7. C. de probat.

& inconveniens foret, creditorem eo ipſo, quod debitum poſtulavit, illud probaſſe cenſeri, ac debitorem condemnari ad ſolutionem crediti, quod forſan nunquam extitit, contra

l. 1. l. 2. C. ſi adv. cred. ibi Brunn. Bartol. & alii Dd. *l. 2. C. de filiofam. min.* Mev. *d. l. n. 3.* Carpz. *p. 1. c. 28. d. 1.*

29 Wir wollen aber dieſelbe bey einem jeden der erſchienenen Creditoren abſonderlich beſehen, und zugleich das punct. prælationis conjungiren.

Quemadmodum laudatus Mevius in Proceſſu Edictali prioritatis deductionem cum liquidatione conjungi, & una charta expediri debere vult

d. l. n. 15.

quod omnino ad maturandum Proceſſum hoc ipſum faciat, qua de cauſa id etiam paſſim in Praxi obſervatur, licet Juris rationi non adeò convenire putet

Brunnem. *in Proceſſu concurſus creditor. c. 4. §. 2.* notante ibidem Dn. Stryckio *in addit.*

Den Anfang alſo zu machen, ſo fordert, wie oben 30
bereits angezeigt, allerforderiſt die Schleicher. Wittib ihr zugebrachtes in 1382. fl. 40. kr. beſtehend, berufft ſich loco liquidationis & probationis auf ihren Theil- Zettul ſub lit. Pp. wodurch dieſe Prætenſion zur Gnüge verificirt und erwieſen iſt.

arg. trad. à Berlich. *p. 2. dec. 160. n. 15.*

Weil nun oben remonſtrirt, daß ſie vermöge 31
der von ihr beſchehenen Renunciation wohl befugt ihre allata zu repetiren, iſt ſie deßwegen obbeſchriebener maſſen zu contentiren, nemlich daß ſie dasjenige, was von ihrem zugebrachten noch zugegen, extra concurſum jure vindicationis ante omnes creditores hinweg nehme, oder ſo ſie es ſchon in Handen, ihro gelaſſen werde, wegen des übrigen, ſo an ihrem zugebrachten Heyrathgut abgangen, und nicht mehr vorhanden, aber vor allen andern Schuldglaubigern, ſo allein ſtillſchweigende und nicht ausdrückliche ältere Unterpfande haben, ihro anderwärtige Satisfaction gegeben werde, nach dem

§. Es ſollen auch die Frauen &c. J. P. W. *p. 1. tit. 75.*

ſo dann endlich wegen des, was an den zugebrach- 32
ten Gütern, quæ paraphernalium nomine veniunt, ermangelt und nicht mehr zugegen, inter hypothecarios ex tempore illationis befriediget werde.

juxta l. fin. C. de pact. conv. J. P. W. *d. l.* ibi Beſold. *th. 150. in fin.*

auch ohn Abzug der bißher genoſſenen alimenten. 33
Communis enim Dd. concluſio eſt, quod uxori ob dotem bonis mariti inſiſtenti omninò alimenta neceſſaria exinde præſtari debeant, usque dum ipſi de dote illata fuerit ſatisfactum.

arg. l. 20. l. 29. C. de jur. dot. arg. l. 22. §. 8. ſol. matr. Brunn. *ad l. un. §. 7. C. de rei ux. act.* Coler. *de Proc. Exec. p. 1. c. 2. n. 330.* Teſſaur. *dec. Ped. 44.* Carpz. *l. 4. reſp. 21. n. 1.* Mev. *p. 7. dec. 138.* B. D. Lauterb. *Diſp. de jur. retent. th. 27.*

etiamſi vidua aliunde habeat, unde ſe alat.

Col. *de alim. l. 1. c. 11. n. 7.* Surd. *de alim. tit. 1. q. 43. n. 17.* B. D. Lauterb. *d. l.*

Imo præſtanda illa ſunt à mariti heredibus, aut vices eorum ſuſtinentibus, licet fructus dotis excedant.

Laud. Auth. *c. l.* Gothofr. Nicol. Ittigius *pecul. Diſp. de vidua usque dum ipſi ſatisfiat ex mariti bonis ſuſtentanda. §. 33. 34.*

Zweytens fordert Hr. Joh. Erh. Rambacher 34
Fürſtl. Würt. Lorchiſcher Pfleger zu Münſter Amtswegen 496. fl. ſo Defunctus, als Lorchiſch. Unterpfleger, Gnäd. Herrſchafft per Reſt verblieben, es wird aber nicht unbillig von den Curatoribus bonorum urgiret, daß dieſe ſtarcke

Prætension besser, als biß dato geschehen, liquidirt werden solle, durch Producirung des Originals der mit dem Defuncto getroffenen Abrechnung, um daraus zu ersehen, ob er sich zu den primo loco gesetzten 74. fl. 43. kr. wegen verkaufften Weins bekennet habe; so dann des Sturtz-zettuls oder Notabilien-Buchs, um dardurch zu verificiren, daß im Sturtz 15 Eym. 13. Imi 6. Maß 88iger Weins ermanglet, und der Eymer zu 25 fl. angeschlagen worden, auch endlich eines Scheins wegen des von Claus Dolppen von Ulm ihm bezahlten Kellerzinses à 25 fl. welche Pöste zusammen obige Summ ausmachen. Wann solches geschehen, und also die Forderung zu recht gebührend erwiesen, ist dieselbe gleich nach den Gant- und Begräbniß-Kosten, item der Ehehalten Liedlohn, vor allen andern Schuldnern zu setzen, und von dem aus dem in der Bürgschafft verschriebenen Unterpfand erlößten Pretio, so weit selbiges reichet, übriges aber aus andern des Verstorbenen Gütern förderist zu bezahlen, vi

J. P. W. *part. 1. tit. 75. §. Wo ein Casten- oder Heiligen-Pfleger oder Spithalmeister &c.* junct. *Würt. Casten Ordn. rubr. Zehrung. §. Wo auch der Casten &c.* & traditorum à Wibelio *in Comm. de Jur. Præl. seu priorit. in concursu cred. p. 24.* B. D. Lauterb. *tr. Synopt. de legal. seu tacit. hypothec. §. 3. n. 6.*

35 Vors ander fordert er Hr. Rambacher vor sich proprio nomine 200 fl. davor er einen Versatz von Silber à 116. fl. æstimirt in handen hat, zu dessen Beweiß er einen von dem defuncto debitore und dessen Frauen, auch Georg Seb. Wolffen unterschriebenen Schein producirt, und davon per Notar. vidimatas copias ad Acta gelegt, dadurch die Schuld gnugsam liquidirt ist. Ratione locationis komt er inter hypothecarios simplices, nach allen denen, qui publicam habent hypothecam, ex tempore constituti pignoris; und erlangt er aus dem daraus erlösenden Pretio, so weit sich solches erstrecket, seine Satisfaction, wegen des übrigen aber wird er inter simplices seu chirographarios creditores locirt.

per l. 10. ff. de pign. & trad. Richt. *de jur. & priv. creditor. c. 6. n. 11. 12.*

36 Drittens fordert Hr. Joh. Adam Hausen, Hochfürstl. Rent-Cam̃er-Exped. Rath als verordneter Curator Hr. Phil. Leonh. Breunings, LL. Stud. 50 fl. welche Schuld der verstorbene Schleicher nicht selbst, sondern Wolff Heinrich Abemann contrahirt, von dem sie auf den Schleicher wegen eines erkauffen und davor verhafften Guts gekommen, massen gedachter Abemann in Anno 1681. von Hrn. D. Otten 100. fl. entlehnet, und davor gewisse Stück unterpfändlich eingesetzt, wovon hernach der Schleicher das eine erkaufft, und die Schuld quæstionis übernommen, gegen Hrn. D. Otten zu vertretten und zu bezahlen, der solche aus gewissen Ursachen zur Helffte mit 50 fl. der Breu-
37 ningischen Pfleg nachmahls cedirt. Es ist aber zu Liquidirung dieser Forderung nicht nur die Schuld-Bekänntniß, sondern auch eine Cession von Hrn. D. Otten seel. Gerichtlich zu produciren, oder sonst rechtlich zu erweisen, weil solches noch zur Zeit nicht geschehen, quo facto, gedachte Pfleg derentwegen inter hypothecarios nach der Zeit der beschehenen Verpfändung zu lociren, und weil die Verpfändung des vor diese Schuld verhafften Guts geschehen, ehe und dann noch er Schleicher solches an sich gebracht, so ist er darinn allen andern Schuldglaubigern vorzuziehen, ex doctrina

Carpzov. *p. 1. c. 28. d. 22.* Mev. *p. 4. dec. 242.* Richt. *de Jur. & priv. cred. c. 2. m. 1. n. 66* Brunnem. *ad rubr. tit. ff. de separ. act. de concurs. cred. c. 5. §. 13.* & hos secuti Struv. *Ex. 46. th. 44. in fin.* ejusque filii Burck. Gotthelff. Struvii *in Struvio non errante. §. 15. p. 11.*

qui docent ratione pignoris omnibus indifferenter creditoribus debitoris præferri illum, qui pignus consecutus in re, antequam illam debitor emeret vel alio titulo acquireret.

Sed vid. Ant. à Mara *de concurs. cred. l. 2. tit. 2. n. 13. 14. tit. 3. n. 8. & tit. 4. n. 85.* & quæ pro hujus sententia regessit Joh. Londavius *in Struvio adhuc errante. Err. 8. p. 14.*

Viertens fordert Hr. Salomon Reüsel Med. 38
Doctor und Jh. Hochf. Durchl. Leib-Medicus 106 fl. 20 kr. vor 4 Eym. 4 Imi 2. M. Wein, so der Defunctus von einem Joh. Jac. Mayhern, Wirthen zu Nieder-Stotzingen, verkaufften Faß Wein unterm Vorwand von Käuffern deßwegen habenden Befehls in seinen Keller gezogen, und dem Verlaut nach anderwärts nachmahls distillirt. Wann nun dieses kund, oder erweißlich ist, daß Defunctus solchen Wein unter dem falschen Vorwand des von Käuffern derentwegen habenden, in Warheits-Grund aber nicht gehabten Gewalts oder Befehls abgefaßt, und in seinen Keller gezogen, nachgehends aber anderwärts verdistillirt, so ist in allweg das Pretium davor aus seinem Vermögen zu bezahlen

argum. traditorum à B. D. Bardili *Disp. de Falso Procurat. th. 100.*

Allein wird es ex defectu hypothecæ, tàm 39
tacitæ, quàm expressæ,

vid. B. D. Lauterbach *de legal. sive tacit. hypothec. §. 14. n. 4.*

inter debita simplicia referirt, weil also Herr Creditor gestalten Sachen nach keine Hoffnung hat seine Befriedigung aus des verstorbenen Schleichers Vermögen völlig zu erhalten, bleibt ihm der reservirte Regress contra Emptorem bevor, wann er vermeint Spruch und Forderung wider ihn zu haben.

Fünfftens fordert Herr Christoph Schleich, 40
Weinhändler zu Ulm 577 fl. 53. kr. von 637. fl. 53. kr. so er Defuncto zu Bezahlung 13 Aym. 10 Imi 5. Maß Hrn. Ober-Rath von Göllnitz aberkaufften Weins zugeschickt, davon aber Defunctus

functus Hrn. von Göllnitz mehr nicht als 60 fl. bezahlt, also vor das übrige nemlich die 577 fl. 53 kr. er Schleich selbst dem Hrn. von Göllnitz respondiren müsse, deßwegen er dieselbe von dem Defuncto wieder suche, in omnem eventum aber, da es hier fehlen solte, daß er seine Befriedigung aus des Defuncti Vermögen nicht erhalten könte, reservire er ihm den Regress wider gesammte Verkäuffer, als welche bekandter massen nicht nur allein krafft ihres Staats, darauf sie geschwohren und gelobt, schuldig seyn einem jeden das von den Fuhrleuten liefferende Gelt ohne Auffenthalt gebührend zukommen zu lassen, sondern auch, wann einer oder der ander nach ihrem Vermeinen biß dato darwider gehandelt, allzeit ihr wohlhergebrachte Observanz angezogen, benebens die etwan ereignende Verehrung oder was sie sonsten vermög ihres Staats einzuziehen befugt zu seyn vermeint, allezeit ordentlich unter sich zu vertheilen gewußt. Es haben aber die Curatores bonorum diese Prætension contradicirt, weil zu deren Liquidirung kein Jota vorgezeigt, da doch dem Prætendenten obgelegen, durch Producirung einigen Scheins oder Zeugen zu erweisen, daß er dem verstorbenen Schleicher vorgegebener massen die 637 fl. 53. kr. theils per Wechsel, theils baar gezahlt, mit Bitte, ihne von dieser Ganth ab- und zurück zu weisen. Deßwegen dann ihme Hr. Schleichen in allwege gebühren will, die dem Defuncto beschehene Bezahlung der 637 fl. 53. kr. zu erweisen,

arg. l. 2. l. 21. ff. de probat.

wann ihm deren prætendirten 577 fl. 53 kr. Restitution aus des Defuncti Vermögen unter den Chirographariis, darunter er deßfalls kommen würde, in so weit, als es reichen möchte, angedeyen solle, um so mehr als diese Schuld in das aufgerichtete Inventarium nicht gebracht worden, ja in dasselbe 390 fl. 30 kr. gebracht, so Defunctus Hrn. Secretario Bader seel. schuldig wäre, da sich hernach erfunden, daß Herr Schleich von Ulm solche 390 fl. 30 kr. noch zu bezahlen schuldig. Und falls er dieses nicht præstirt, wird er gäntzlich durchfallen, erweiset er aber die Bezahlung, und vom Defuncto beschehene Einnahm, bleibt ihm der vorbehaltene Regress wider die gesammte Verkäuffer ratione dessen, so er hier nicht erhält, in salvo, sie zu belangen.

41 Gleiche Bewandniß hat es 6.) mit des Joh. Bühlers Burgers und Weingärtners Prætension à 129 fl. so ihm noch restiren von 17 Aym. 11 Imi 4 Maß, besagtem Herrn Schleichen zu Ulm zu Kauff gegebenen Weins, wovor der Schleicher als Verkäuffer das Geld völlig empfangen haben soll.

42 7.) Haben Hr. Johann Georg Müller des Raths, und Joh. Heppeler Feldmesser als Pflegere der Offterdingischen Kinder 70 fl. prætendirt, welche Defunctus An. 1690 den 11. Nov. aus ihrer Pflegschafft entlehnt laut Obligation, und zu Besserung seines Hauses angewendet haben solle, deßwegen dieselbe vor andern eine Prærogativ gesucht, und præ aliis creditoribus contentirt zu werden ihnen Hoffnung gemacht. Die Obligation aber, worauf sie sich bezogen, findet sich nicht bey den Actis, daß man daraus sehen könnte, ob sie nominatim und in specie ad refectionem domus ruituræ dem Defuncto die 70 fl. geliehen hätten, so haben sie auch nicht docirt, daß sie warhafftig und würcklich in necessariam refectionem domus angewendet worden wären,

Quibus probatis ipsi inter hypothecarios ex tempore locandi essent, cum iis, qui in specie & nominatim ad restitutionem ædificii collapsi aut collapsuri refectionem pecuniam vel aliam rem credidit, eâ in dictam causam actu expensâ, tacitam habeat hypothecam, simplicem scil.

l. 1. ff. in quibus caus. pign. tac. contrah. l. 24. §. 1. de reb. author. jud. possid. J. P. W. *part. 2. tit. 8. §. So dannjemand &c.*

qua non gaudet, qui simpliciter & non expresse ob restitutionem ædificii mutuum dedit, licet postea debitor pecuniam in refectionem ædificii impenderit. 43

arg. d. l. 1. post Gailium, Grævæum, Mynsingerum, Carpzovium, B. D. Lauterbach *de leg. vel tacit. hypoth. §. 10. n. 56. seqq.* Brunnem. *in concurs. credit. c. 5. n. 39.* ibi Stryck.

Würde nun die Schuld durch Producirung der Obligation noch liquidirt, aber dardurch nicht probirt, daß das Gelt in specie zu Besserung des Hauses ihm gegeben und vorgeliehen wäre, würden sie sich keiner Prærogativ vor andern zu erfreuen haben, sondern inter simplices creditores zu befriedigen seyn.

44 8.) Fordert Hanns Georg Wurster, Bürger und Schneider zu Stuttgardt, ex variis causis 1031 fl. vor welche starcke Summ ihm, wie er sagt, bey Lebzeiten des Defuncti debitoris versprochen wordē eine formliche Obligation mit gnugsamen Unterpfanden ausfertigen zu lassen, so auch bereits subscribirt, die Sieglung aber auf erfolgenden Fürstl. Befehl ausgesetzt worden seye, indessen der Schleicher gestorben, deßwegen er dann prætendirt, inter hypothecarios gesetzt, und den simplicibus creditoribus præferirt zu werden. Die Curatores bonorum agnosciren die Schuld, und halten sie vor bekanntlich, ausser daß sie desideriren, daß er die in Cramladen ausgenommene Waaren specificiren solle, damit er doch ferner nicht zu beschwehren wäre, wann solches vor aufgerichteter und subscribirter Obligation schon geschehen, die specificirte Summ agnoscirt, und der Obligation mit inserirt worden; wider die prætendirte Location inter hypothecarios aber excipiren sie eo ex fundamento, daß des Schleichers Betrug, & quod non amplius

amplius solvendo fuerit, schon damahlen offenbahr gewesen, daher in cæterorum creditorum præjudicium die Obligation als null und nichtig nimmer sigillirt und confirmirt werden können, oder da es gleichwohl geschehen,
45 illum effectum nicht operiren mögen. Allein ist diß ein schlüpfferiges Fundament, so in Jure nicht gegründet, denn obwohl sonst die Dd. insgemein statuiren,

quod, si quis rem emerit ad credentiam seu fide de pretio ipsi habita, cum non solvendo amplius esset, quod exinde colligunt, si statim vel non diu post initum contractum fallat, dominium rerum venditarum & traditarum in ejusmodi dolosum emptorem non transferatur, quia dolus causam habendæ fidei dedit & sic fides pro non habita & res non tradita sed fraudulenter ablata censetur, nec emptor talis tam emendi, quam furandi animo accessisse intelligitur ;

arg. l. 3. ff. de pignor. act. Gail. *2. O. 15. n. 9. seqq.* ibi Græveus. Marquard. *de Jur. mercat. lib. 2. c. 2. n. 16.* Carpz. *p. 1. cap. 28. d. 18. 19.* Rauchbar. *p. 1. qu. 6. n. 9. seq.* Stryck. *vol. 3. Disp. 19. de fide habita. cap. 5. n. 29. 30.*

46 So ist doch solches so weit nicht zu extendiren, daß wann ein Creditor nudus chirographarius siehet, daß es endlich mit seinem Debitore wegen vieler Schulden, damit er verhafft, zu bösen Häusern gehen möchte, und deßwegen, bonis ejus à debitoribus nondum possessis, darauff dringet, daß er ihm vor seine Schuld eine förmliche Obligation aufrichten, dieselbe mit gnugsamen Unterpfanden versichern, Obrigkeitlich confirmiren und sigilliren lassen solle, solche Obligation ea ex causa, quod debitor isto tempore non amplius solvendo sit, ut omnibus ejus creditoribus ex bonis ipsius satisfieri queat, & quod illius hypothecæ constitutio vergat in dispendium & præjudicium reliquorum chirographariorum, null und nichtig sey, und andere Creditores chirographarii dawider etwas moviren oder excipiren können, daß selbige nicht würcken möge, daß der Creditor, der ihm also in Zeiten noch vigiliret, nicht solte unter die hypothecarios ex tempore referiret werden können.

47 Hoc enim expressè repugnat

l. 6. §. 7. ff. quæ in fraud. credit. ubi ita JCtus : Sciendum Julianum scribere, eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse, recipiat, non timere hoc edictum, sibi enim vigilavit. *add. l. 6. §. 2. ff. de reb. authorit. jud. possid.*

48 Si namque viharum legum chirographarius creditor à debitore, quem non amplius solvendo esse scil. bonis ejus à creditoribus nondum possessis, creditum suum exigere, & solutum, etiam in foro conscientiæ, retinere, nec cœteri chirographarii ipsi solutum repetere aut revocare possunt, uti *per dd. ll.* tradunt Carpzov. *p. 1. cap. 28. d. 178. n. 1. d. 179. n. 1.* Molina *de J. & J. tr. 2. tom. 1. Disp. 536. num. 42.* Hahn ad Wesenbec. *tit. de privileg. credit. verb. sibi vigilaverit. p. 755.* Struv. *Ex. 44. th. 78.* Brunnem. *ad l. 6. §. 7. ff. quæ in fraud. cred.* Mev. *ad J. L. p. 3. tit. 1. art. 3. n. 32.*

quanto minus si unus chirographariorum in vetus creditum pignus vel hypothecam acceperit à debitore, bonis ejus nondum possessis, cæteri chirographarii, eam revocare poterunt?

Deme nach wann die Obligation, darauff 49
sich Wurster berufft, die aber bey den Actis nicht ist, so weit zum Stande gekommen, daß sie der Schleicher seel. unterschrieben, und darinn genugsame vorhin nicht verschriebene Unterpfände eingesetzt seyn, so wird er Wurster recht und billig inter hypothecarios privatos ex tempore locirt, und erlangt seine Befriedigung ex pretio der verschriebenen Unterpfände, so weit es reichet.

9.) So fordert Christoph Caspar Unsorg, 50
Bürger und Ferber, 300 fl. geliehenen Gelts, vermög Schuld-Scheins, so sub Lit D. beyliegen solle, aber nicht befindlich bey den Actis, deßwegen noch zu produciren, alsdann Creditor inter chirographarios zu contentiren, wo nicht in der Obligation eine hypotheck constituirt.

Dergleichen Bewandtniß es 10.) auch mit des Hrn. Keckhen zu Hohen-Memmingen Prætension à 192 fl. 44 kr. hat.

11.) Hat Maria Barbara Schönbergerin 51
cum Curat. ad litem geklagt, daß der Schleicher seel. in die 15. Jahr ihr Pfleger gewesen, niemahlen aber einige Rechnung erstattet, ohnerachtet vielmahl so wohl judicialiter als extrajud. Ahndung geschehen, angesehen nun aus Durchgehung des Haupt-Inventarii oder wenigstens ihres Theilzettels zu ersehen seyn werde, was sie eigentlich zu erfordern haben möchte, als hat sie inständigst gebeten, ihr förderist hierinn dergestalten Obrigkeitlich an die Hand zu gehen, damit sie nicht verkürtzt werden möchte, so dann ihr verhülfflich zu seyn, daß sie das Residuum cum omni damno, fructibus & usuris, restituirt bekomme; Wann nun diß indessen noch nicht geschehen seyn sollte, daß ihr Theilzettul durchgangen und erkundigt worden wäre, was das Residuum, so er Schleicher zu restituiren ; So wäre solches fürderlichst zu thun und zu bewerckstelligen, sein des Defuncti Scripturen zu durchsuchen, ob sich nichts darunter finde, das er aufgeschrieben, was er ihrentwegen ausgegeben, sie Schönbergerin benebenst auf ihr Gewissen zu befragen, was sie von dem ihrigen wieder zu handen bekommen, auch wer sonst davon einige Wissenschafft haben möchte, darüb zu vernehmen, um so gut man imer kan auf den Grund zu kommen was er ihro noch ex gesta & administrata tutela vel cura schuldig seyn möchte, was dann auf solche oder andere bestthunlichste Weise pro residuo heraus kommt, das ist ihro aus seinem Vermögen, welches ihr gäntzlich

gäntzlich tam quoad mobilia, quam quoad immobilia propter malam vel neglectam tutelæ vel curæ administrationem ex tempore, quo tutor vel Curator esse cœpit, tacitè hypothecirt ist, cum fructibus aut usuris a tempore moræ zu ersetzen, und sie dessentwegen also inter hypothecarios publicos à die susceptι officii tutoris aut Curatoris zu lociren.

arg. l. 6. §. fin. C. de bon. quæ liber. l. 20. C. de adm. tut. J. P. W. *p. 2. t. 8. §. nicht vveniger &c.* Carpzov. *p. 1. c. 28. d. 114. & p. 2. c. 24. d. 12. n. 3.* Richter *de privil. Cred. cap. 4. sect. 1. n. 52.* B. D. Lauterbach. *de legat. vel. tac. hypoth. §. 7. n. 37.* Frantzk. *ad tit. qui pot. in pignor. n. 48.* Bachov. *ad Tr. vol. 2. D. 24. th. 7. lit. D.*

52 12. Fordert Hr. Niclaus Dolpp, Weinhändler zu Ulm angeliehenen Gelds 200 fl. Krafft einer von sich gestellten Obligation, so dann 180 fl. vermöge eines Verglichs, es ist aber weder die Obligation noch der Verglich zu Liquidirung dieser in 380. fl. zusammen ausmachenden Schuld producirt, ist also durch deren Gerichtliche Production in Originali noch zu liquidiren, und wann solches geschicht, so ist er unter den Chirographariis zu befriedigen, es wäre dann eine hypotheck in der Obligation oder Verglich constituirt, so doch nicht vermuthlich, weil nichts davon gemeldt.

53 13.) Hat Hr. Joh. Reinhard Ripp nunmehro seel. dessen Stelle itzo seine hinterlassene Erben vertreten, klagbar zu vernehmen gegeben, was gestalt, nachdem den 27 Aug. 1692. Hr. Johann Christoph Schleich von Ulm ihme persönlich ein Faß Wein a 15 Aymer 11 Imi 2 Maaß, den Aymer pro 35. fl. in Gegenwart des Schleichers aberkaufft, er Schleicher nach der hand sich bey ihm Rippen angemeldt, und vorgeben, daß ermeldter Schleich Weinhändler zu Ulm auch das andere Faß von ungefähr 7 Aymer 8 Imi 5 Maaß verlange, auch in dessen Namen mit ihm gehandelt und vor den Aymer 32 fl. versprochen, auch den Wein darauffhin gefaßt und aus dem Keller hinweggenommen. Wie nun nach einiger Zeit wegen nicht erfolgter Bezahlung, er Ripp an Herrn Schleichen nach Ulm geschrieben, und die Bezahlung sollicitirt, habe selber sub dato den 19 Decemb. 1692 geantwortet, daß er nicht allein von dem ersten Faß der 15 Aymer 11 Imi 2 Maaß mehr nicht von Schleichern erhalten, als 14 Aymer 14 Imi 7 Maaß, sondern auch daß er das Geld mit 530 fl. 53. kr. dem verstorbenen Schleicher zu seinen Handen geliefert, auch anbey beditten, daß er von dem übrigen Faß Wein der 7 Aymer 8 Imi 5 Maaß keinen Tropffen nach Ulm bekommen, sondern ernandter Schleicher selben entweder in seinen Keller selbst gethan, oder sonst anderwerts verschliechen haben müsse, deßwegen er an des Schleichers Vermögen 803 fl. 27 kr. laut Conto sub lit. F. prætendiret, und verlanget, falls der letzt-abgefaßte Wein noch in natura zugegen, selben ihm als sein Eigenthum auszuhändigen, im übrigen ihm eventualiter den Regreß an den Käuffer des Weins und gesamte Unter-Käuffer vorbehalten. Was nun die Forderung vor das von Herrn Schleichen persönlich abgekauffte Faß Wein a 15 Aymer 11 Imi 2 Maaß, laut Conto 549 fl. 17 kr. haltend anlangt, haben Hrn. Rippen Erben solche an Hrn. Schleichen zu Ulm zu fordern, es wäre dann, daß die Unterkäuffer in ihrem Staat hätten, und darauf bestellt wären, daß sie die Gelder vor die durch sie als Proxenetas kauffte und verkauffte Wein annehmen und bezahlen sollen, deßfalls hätten sie solche aus des Defuncti Vermögen unter den nudis chirographariis, so weit es langt, zu erheben, wann Schleich die Zahlung an den Defunctum docirt, wie er zu thun schuldig. Mit der andern Forderung vor die letzt sub prætenso mandato angefaßte 7 Aymer 8 Imi 5 Maaß Wein hat es gleiche Bewandtniß wie mit des Hrn. D. Reussels Prætension, deßwegen dieselbe ex defuncti bonis unter den gemeinen Schulden zu erstatten, als weit die Güter reichen, weil daraus aber wenig zu erhalten seyn wird, bleibt ihnen der vorbehaltene Regreß in salvo.

14.) Erfordert Israel Weber, Burger und 54
Stadt-Kieffer zu Stuttgardt 540 fl. welche Schleicher als gewesster Unter-Käuffer von den Wein-Geldern, so ihm fremde Fuhr-Leute, um ihm Creditori aberkaufften Wein, nach und nach bezahlt, er Schleicher aber ohnverantwortlicher Weiß in seinen Nutzen verwendet, nachgehends ihm um 400 fl. eine Obligation gegeben, darinn er zwar gesetzt daß ihme solche Summ angelehnet worden, seyn aber wahrhafftig lauter unterschlagene Wein-Gelder gewesen, davor er gleichwohl endlich die Hand-Schrifft des Schleichers, als eine selbstige Bekändtniß vor das unterschlagene Geld, bey Handen behalten, und seyen die übrige 140 fl. auf gleiche Weise von den verkaufften Weinen nachgehends von ihme Schleichern innbehalten worden, und zu denen 400 fl. gekommen, daß er ihm also über bezahltes die 540 fl. schuldig verblieben, besage Lit. G. H. I. Ob wohl nun die Liquidation dieser des Webers Prætension von den Curatoribus bonorum angefochten wird, und nicht vor gnugsam will erkennet und gehalten werden: So erachten wir doch, daß forderist die 400 fl. durch die sub Lit. G. beyligende Obligation gnugsam liquidiret seyn, denn ob wohl selbige nicht zum besten stilisiret, und so gar förmlich aufgesetzet, so ist doch gnug, daß Schleicher darinn mit eigner Hand und beygedrucktem gewöhnlichem Pittschafft klar bekennet, daß er Israel Webern 400 fl. schuldig worden sey, die er zu seinem neuen Hauß verwendet, und zu dessen Versicherung ihm die Handschrifft gegeben, mit dem Versprechen, ihm solche 400 fl. samt dem Interesse wieder zu restituiren ꝛc. auch zu mehrer Beglaubigung Johann Christoph Schaufelen, als einen Zeugen dieselbe mit unterschreiben lassen. Die übrige 140 fl. sind völlig noch nicht so gar richtig und liquid, wie Weber vermeint, denn ob wohl Schleicher in Lit I. seinen Namen unterschrieben, und beygefügt, er bekenne, wie obstehe, so hat er doch bey

N. 4. geschrieben, daß er nichts empfangen vor den Eym. Wein, und also sich zu den 32 fl. 3 kr. 3 Hlr. so davor angesetzet, nicht bekennet; so ist bey dem N. 6. vor angerechnete 168 fl. 24 kr. auch in margine nur 130 fl. 23 kr. gesetzt, daß also diese 140 fl. quoad has duas summas besser zu liquidiren ehe sie zugesprochen werden können. Die Location betreffend, so vermeinet zwar Weber, weil das Geld vom Schleichern an seine hiesige Wohnung in der Eßlinger Vorstadt angewendet sey, hypothecam legalem publicam zu haben vi

J. P. W. *part. 2. tit. 8. §. So dann jemand &c. p. 261.*

55 Aber weil Weber selbst bekennet, daß er Schleichern in specie, nominatim & expresse kein Geld zu Erbau- und Besserung solchen Hauses geliehen, sondern Schleicher es von den verkaufften Weinen eingenommen, und wider seinen Webers Willen behalten, und in seinen Nutzen verwendet, so kan die hypotheca legalis, iis qui in specie & nominatim ad ædificii collapsi restitutionem aut collapsuri refectionem pecuniam crediderunt, constituta hier nicht anschlagen und competiren, ob gleich das Geld laut des Schleichers eigner Bekändtniß in der Obligation subL. G. auf das Haus verwendet worden, per tradita

B. D. Lauterbachii *de legal. vel tacita hypoth. §. 10. n. 56. seqq.*

56 Jedoch weil der Schleicher in angezogener Obligation dem Weber vor die 400 fl. alle sein in Anno 1691 den 13 Sept. besessene und künfftig erlangende Haab und Güter, Häuser, Gärdten, Wiesen, Weinberg, Mobilien, nichts ausgenommen, expresse unterpfändlich verschrieben; so ist und kommt er Weber ratione der 400 fl. unter die Hypothecarios privatos ex tempore zu lociren, wegen der übrigen 140 fl aber, wann er solche vollkommen wegen den 2 Posten liquidiret, wird er unter die nudos Chirographarios referirt.

57 15.) Hat Herr Burgermeister Giethler, nomine des Burgermeister-Amts 72. fl. 47. kr. von Schleichern seel. restirende Steur und Anlag, so dann als Ober-Inspector des Accises von Crucis biß Luciæ 1692 gefallenen und von Schleichern als Unterkäuffern eingezogen- aber nicht geliefferten Accises 464 fl. 8 kr. gefordert, mit Vorbehaltung des Regress an die andere Unterkäuffer im Fall des unvermutheten Abgangs, und Reservation aller Jurium wegen derjenigen Posten, die sich noch hinkünfftig unaufgeschrieben und verrechnet finden und ergeben möchten. Weilen nun so wohl die anstehende Steur als Accis gnugsam liquidirt, und als bekanntliche Schulden von den Curatoribus bonorum agnoscirt worden, die aber in der Hoffnung stehen, daß bey dem Accis die davon gebührende 2½ kr. davon werden decourtirt und der massæ bonorum zum besten überlassen werden, welches nicht mehr als billig ist, deswegen ihnen darin zu deferiren, auch was die Location anlangt, es ex jure richtig und unstrittig ist quod Fiscus ratione tributorum, collectarum tam ordinariarum, quam extraordinariarum, & gabellarum ac accisiarum privilegiatam habeat hypothecam, vi cujus etiam anteriorem hypothecam habentibus præfertur,

l. 1. C. in quibus caus. pign. vel hypoth. tac. contrah. l. 1. C. si propter public. pensit. ibi Brunnem. J. P. W. *p. 1. tit. 75. §. nach jezgemeldten &c. p. 210.* B. D. Lauterbach. *de leg. s. tac. hypothec. §. 3. n. 7.* Wibel. *de jur. prælat. n. 8.*

So werden diese Posten nach dem Posten, welchen Defunctus als Lorchischer Unterpfleger verblieben, und nach denen von Joh. Löfflern der Seelen Hauspfleg verbliebenen, a defuncto debitore aber, mit erkaufftem Weinberg auf sich genommenen 100 fl. samt 10 fl. Zinsen, gleich gesetzet, und aus seinem Vermögen vor andern bezahlet, bleiben auch die reservirte jura Hrn. Burgermeister Giethlern in salvo.

16.) Prætendirt Tit. Hr. Ober-Rath Heyland 94 fl. vor Wein, den er Schleicher seel. der Zeit, da Herr Ober-Rath bey Ihro Hochf. Durchl. dem Herrn Administratore sich im Lager aufgehalten, aus dessen Keller verkaufft, das Geld eingenommen, und nur biß an die 94 fl. gelieffert, welche Schuld vor bekanntlich angenommen worden, und demnach gnugsam liquidiret ist. Weil es aber nur ein simplex debitum, zu dessen völligen Erlangung Hr. Ober-Rath ihm keine Hoffnung machen kan, indem die nudi Chirographarii wenig von ihren Forderungen werden bekommen, wegen des allzugrossen Schulden-Lasts, bleibet ihm der vorbehaltene Regress in salvo. 58

17.) Fordert Joseph Schaller, Beysaß zu Eßlingen, 200 fl. geliehenen Geldes, so er in die 40 Jahr ungefähr durch seinen sauren Schweiß erworben, und zusammen gespahrt, davor Schleicher seinen Weinberg im Sonnenberg erkaufft, der ihm seines Erachtens dannenhero tacitè verpfändet, in welch sein Unterpfand er sich biß zum völligen Abtrag Capitals und draus verfallenen Interesse so dann noch restirender 10 fl. Zinß aus einem anderwärtigē Capital a 200 fl. das er bereits abgetragen, zu immittiren gebeten. Liquidirt die Schuld durch die sub Lit. O. producirte Handschrifft, so von den Curatoribus bonorum b. f. agnoscirt worden, deßwegen der Creditor inter Chirographarios zu contentiren, so weit das Vermögen des Debitoris langet. Denn daß er vermeinet in dem davor erkauften Weinberg ein stillschweigend Unterpfand der hypotheck zu haben, hat in jure communi keinen Grund oder Bestand, cum deficiat Lex, quæ ad res emendas pecuniam credenti hypothecam legalem concedat, quin & repugnet. 59

l. 17. C. de pign. ibi Brun. *& l. 7. C. qui. pot. in pign.* Ant. Fab. *l. 8. t. 8. d. 10.* Jul. Capon. *discept. forens. 207. n. 42.* post plures alios B. D. Lauterbach *de legali s. tacita hypotheca. §. 10. n. 65.*

Und

Und stimmet mit solchen auch unser Fürstl. Würtemb. Land - Recht durchaus überein per textum expressum in

p. 2. tit. 8. §. Die Haab und Gütter, so aus geliehenem Geld erkaufft oder überkommen werden, seynd dem Leiher nicht verpfänd, NB. es sey dann angedingt.

60 Weil nun auch in der Obligation kein Unterpfand angedingt, kan Creditori keine Immission in den davor erkaufften Weinberg zuerkandt werden, sondern muß sich unter die nudos chirographarios referiren lassen.

61 18. Hat Johann Jacob Sayhler, Stadt-Barbierer und Pfleger der Seemännischen Kinder zu vernehmen gegeben, was gestalten Joh. Georg Schleicher, als sein Mit- und Ober-Pfleger gedachter Seemännischen zweyen Kinder nicht allein nach und nach von dem verkaufften Pflegschafft-Wein und dem daraus erlößten Geld nach Ausweiß der Verrechnungen 242. fl. 46. Kr. 4. Hel. hinterrucks seiner eingenommen, und in eigenen Nutzen verwendet, sondern auch durch sein Schleichers Verschulden geschehen, daß ihnen aus der Pfleg-Kammer, worüber er die mehriste Inspection gehabt, 61. fl. 25. Kr. abhändig gemacht worden, auch nechst diesem noch einen Rest in der Pfleg-Rechnung verbleiben dürffte, welches sich in wenig Tagen äussern werde, weßwegen er Sayhler von Pflegschaffts-wegen sich bemüssigt befinde zu bitten, seine Pflegschafft um die bereits angegebene Posten, und was sich noch ante sententiæ publicationem ergeben dörffte, von des Schleichers Vermögen, in solcher Ordnung, wie ihnen von Rechts wegen gebühre, contentiren zu lassen ꝛc. Weil nun die Pfleg-Rechnungen, worauf sich Sayhler bezogen, oder einiger Extract daraus den Actis nicht beygelegt zu finden, also diese Prætensiones noch nicht zur Gnüge liquidirt, wird der Hr. Richter forderist dahin zu sehen und trachten haben, was durch die vorlegende abgehörte Pfleg-Rechnungen davon liquidirlich gemacht werde; Alsdann wird solches, gleich der Eilfften Forderung, aus des Defuncti Vermögen, cum fructibus aut usuris à tempore moræ, aut versionis in proprios usus

l. 1. C. de usur. pupill. l. 7. §. *4. 10. ff. de admin. tut. l. 38. ff. de negot. gest. l. 54. ff. de adm. & per. tut.* Brunnem. *ad d. l. 1.*

(quæ cum sorte eodem ordine solvendæ; & ubi fors prælationis privilegio gaudet, etiam usuræ eodem gaudent,

l. 18. ff. qui pot. in pign. Carpz. *p. 1. c. 28. d. 160.* quod J. P. W. expresse approbatum.

p. 1. tit. 75. §. Ob dann wohl ꝛc. *p. 209.*)

den Pfleg-Kindern billig ersetzt, und sie wegen dessen inter hypothecarios publicos à die suscepti officii tutoris aut Curatoris locirt, vi superius allegatorum jurium & authoritatum.

62 19.) Hat Hanß Michel Laich von Feürbach angebracht, daß nachdem er in dem Frantzösischen Einfall sein Armüthlein an Geld und etwas an Wein zu ihme Schleichern geflehnet, er Schleicher nicht allein den geflehnten Wein ohne sein Laichen Vorwissen und wider seinen Willen ohnverantwortlicher Weyß angegriffen, und solchen, weiß nicht, wohin gethan, nachgehends aber ihme Creditori den Eymer pro 21. fl. angesetzt, sondern auch ihn Laichen so lang sollicitirt, bis er ihm auch ein Stuck Geld von seinem Deposito vorgeliehen, und damit eine Schuld von 226. fl. 16. Kr. bey ihme gemacht, wie der sub Lit. P. beygelegte Schuld-Schein bezeuge, durch welchen die Schuld zur Gnüge liquidirt ist. Ratione locationis nun ist bekandt 63

ex l. 7. §. *pen. ff. depos. l. 24.* §. *2. ff. de reb. auth. jud. possit.*

quod creditores, qui apud debitorem ære alieno obrutum quid deposuerunt, re deposita consumptâ, privilegium personale simplex habeant, vi cujus ipsis talis conceditur prærogativa, ut in debitis exigendis & consequendis post hypothecarios reliquis simplicibus sui debitoris creditoribus sive meris & nudis chirographariis præferantur.

dd. txx. Richter. *de jur. & privil. credit. cap. 2. m. 1. n. 12. seqq. & c. 5. n. 10. seq.* Carpzov. *p. 1. c. 28. d. 150.* Brunnemann. *in Proces. Concurs. credit. cap. 5.* §. *61.* B. D. Lauterbach. *ad tit. ff. depos.* §. *2. n. 8. & Disp. de Privileg. cred. person. simplici th. 15. 17.*

Hoc autem privilegium amittunt deponentes, si 64 depositæ & consumptæ rei usuras deinde stipulentur, quoniam tunc in creditum ire videntur & non amplius depositum sed revera mutuum esse censetur.

d. l. 7. §. *pen. depos. ibi:* dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renunciaverint deposito.

Tunc igitur inter alios nudos chirographarios referuntur.

B. D. Lauterbah. *d. l.*

Deme nach, weil er Laich von Schleichern die Obligation, darinn er ihm Land-läuffige Zins von der Summa der 226. fl. 16. Kr. versprochen angenommen, scheint er sich ebenmäßig des Privilegii personalis simplicis, dessen er sich sonst ratione des zu Schleichern geflehnten und von ihm ohn sein Vorwissen, ja wider seinen Willen consumirten Weins zu erfreuen gehabt, dadurch verlustig gemacht zu haben, so daß er jetzo wegen der gantzen Schuld deren 226. fl. 16. Kr. allein unter die nudos chirographarios zu setzen. Da er sonst wegen des gedachten Weins post hypothecarios collocirt und den Chirographariis præferirt worden wäre. Allein ziehet solches 65 Brunnemannus

ad d. l. 7. §. *2. ff. depos. & in Processu de Concursu credit. d. cap. 5. n. 61.* ibique Stryck. *in addit.*

nicht unbillig in Zweiffel, und vermeynt, daß *d. l. 7.* §. *2. depos. & l. 24.* §. *reb. author. jud. possid.* præsupponiren, per stipulationem usurarum factam esse novationem, eâque depositum in mutuum versum ac translatum esse, weil aber heutigs Tags keine Novation mehr geschehen kan, oder geschehen zu seyn præsumirt wird, nisi partes animum novandi expressis verbis declaraverint,

per l. fin. C. de novat.

so folge, daß der Deponens, wann er ex post facto usuras stipulirt, deßwegen nicht die Obligation ex depositio novire, consequenter seines Privilegii personalis nicht verlustig werde, zumalen da heutiges Tages ein jeder Debitor ohne Unterscheid ex mora usuras zu præstiren schuldig, und also durch Exprimirung dessen, quod alias tacitè inest, ihme nicht præjudicire, noch so leicht daraus die Renunciation des competirenden Privilegii zu colligiren, als die ohne dem nicht zu
66 præsumiren. Welche des Brunnemanni und Stryckii Meynung hierfalls höchst-billigstens Statt findet, da dem Laichen sein geflehnter Wein wider seinen Willen seiner unwissend gantz ohnverantwortlicher Weyse angegriffen und consumirt ist, auch nachgehends nolens volens die Obligation dafür annehmen müssen, und fast dolosè darzu persuadirt und inducirt worden, deßwegen er sich billig ohngeacht der angenommenen Obligation annoch des Privilegii personalis simplicis zu erfreuen, und vi illius den creditoribus chirographariis cæteris zu præferiren.

20. Fordern Matthias Bertsch und Martin Erb, beede des Defuncti gewesene Kieffer-Knecht ihren Lied-Lohn, jener von zwey Jahren 47. Gulden, dieser von einem halben Jahr 10. Gulden, haben zu deren Liquidirung nichts producirt, deßwegen die Curatores bonorum begehrt, daß sie ihre Prætensiones besser liquidiren sollen, weil aber wohl zu vermuthen, daß Schleicher seel. ihnen deßwegen keinen Schein
67 oder Handschrifft, die sie produciren könnten, werde gegeben haben, und die Schuld schon in dem Inventario einkommen, wird vermuthlich die Wittib darum gewust und es bezeugt haben, deßfalls sie vor liquid anzunehmen wäre, wann aber die Wittib darum nichts wüste, und sie auf andere Weyse ihre Forderung nicht erweisen könten, würde es ihnen auf ihr Gewissen gegeben werden, und sie es juramento bestärcken müssen, daß ihnen Defunctus so viel an ihrem Lied-Lohn noch schuldig.

Carpzov. *p. 1. c. 28. d. 34.* Brunneman. *de concurs. credit. cap. 5. §. 17. in fin.*

Quo facto, werden sie in prima classe privilegiatorum inter omnes sive privilegiariorum simpliciter gleich nach dem Begräbniß-Kosten gesetzt, und allen Hypothecariis fürgezogen, vi generalis consuetudinis &

I. P. W. *p. 1. tit. 75. rubr.* Begräbniß-Pflug- und Lied-Lohn, ibi Besold. *th. 145.* & B. D. Lauterbach. *th. 93.* Hahn ad Wesenbec. *tit. ff. qui pot. in pignor. num. 3.* Mev. *ad J. L. lib. 3. tit. 1. art. 11. n. 56. seqq.* C. I. A. *tit. ff. de reb. auth. jud. possid. th. 32. n. 21.*

68 Und obwohl von einigen Dd. dieser Vorzug bey den Dienst-Bothen und Ehehalten nur auf des letzten Jahrs Lohn restringiret, und erfordert wird, daß sie noch zur Zeit des Absterbens des Schuldners, oder da das Schuldwesen brüchig wird, in des Debitoris Diensten und Brot gewesen seyn,

vid. Köppen. *dec. 28. n. 14.* Philipp. Zorer von Schuldwesen *p. 2. q. 20. n. 6043. & 6046.*

so ist doch billiger, daß solcher ihnen auch gegönnet 69
und gegeben werde ratione deß was von den vorhergehenden Jahren ihnen beweißlich an ihrem verdienten Lohn ausständig, wo es ihnen nur nicht verzinßet worden,

Hartm. Pist. *p. 46. q. 8. n. 4. 5.* Carpzov. *p. 1. c. 28. d. 24. & 33.* Berlich. *p. 1. concl. 64. n. 77. seqq.* Philippi Dec. *Elect. 7. Obs. 2. n. 11.*

und ob sie gleich tempore mortis debitoris vel ces- 70
sionis bonorum nicht mehr in ædibus & servitio, subque convictu debitoris gewesen seyn, sondern justa dimissione daraus gegangen.

Mev. *ad J. L. d. p. 3. t. 1. a. 11. n. 60. seq.* Richt. *de priv. cred. c. 2. m. 3. n. 15. 16.* Brun. *d. l. §. 16.*

21.) Fordert H. Joh. Jacob Baur, älterer 71
Burgerm. zu Tübing. wegen eines von den Vornischen Erben erkauften Weinbergs in Stockach annoch ein Ziel von dem Kauff-Schilling à 30. fl. samt 1. fl. 30. Kr. Zinß daraus, dapor solcher Weinberg tacitè unterpfändlich verhafft. Die Curatores bonorum haben desideriret, daß die Original-Obligation und Cession, wie diese Schuld an Hrn. Burgerm. Bauren kommen, daraus zu sehen, producirt werden möchte, oder daß wenigst Hr. Burgm. Baur sein Haus-Buch in Originali vorzeigen, und solches juramento in supplementum bestärcken möchte. Wir hielten aber dafür, daß falls Hr. Burgm. Baur die geflehnte Obligation noch nicht wieder zu handen gebracht hatte, man sich absque juramento damit vergnügen könte, wann er aus seinem Haus-Buch mit Vorlegung dessen oder eines vidimirten Extracts daraus die Schuld darthäte, und wie oder auf was Weyß dieselbe auf ihn gekommen, item daß er schon vorhin davon einige Ziel und Zinß empfangen, zeigete; Und wann er diß adimplirt, so ist er inter hypothecarios publicos ex tempore initi contractus zu lociren, und von dem aus seiner Hypothec erlösenden Pretio zu contentiren.

22.) Prætendirt Hr. Joh. Balthasar Kret- 72
schner, als Seelhaus-Pfleger, wegen des von Joh. Löfflern seinem Antecessore bey der Seel-Haus-Pfleg erkauften Morgen Weingardts im Sonnenberg 110 fl. so er Schleicher vor den Löffler, als einen Pfleg-Rest zu bezahlen übernommen. Diß solte nun durch Vorlegung des Kauff-Briefs oder eines Scheins, den er deßwegen von sich stellen müssen, oder wenigst durch die Seelhaus-Pfleg-Rechnungen dargethan und erwiesen seyn, weil es aber nicht geschehen, so wird es noch ante publicationem sententiæ zu thun seyn, so dann wann es ein Rest ist, den er Löffler von geführter Verwaltung der Seelhaus-Pflege verblieben, kommt derselbe gleich nach des Herrn Rambachers Prætension wegen des Closters Münster an ihn als Unter-Pflegern gemacht.

vi J. P. W. *p. 1. tit. 75. rubr.* Kasten und Spitäl. §. Wo ein Kasten oder Heil. Pfleger oder Spitalmeister, etwas von seiner Verwaltung eingenommen, und daher dem Kasten oder Spital nach seinem Ableiben schuldig verblieben, soll der Kasten oder Spital vor allen andern Schuldnern, auch vor uns selber von des verstorbenen Gütern zum ersten bezahlt werden. Ubi à Serenissimo Legislatore

latore ſub nomine der Käſten und Spitäle comprehendantur omnia pia loca & corpora, ut Eccleſiæ, Scholæ, Univerſitates ſive Academiæ, Hoſpitalia, Cœnobia, Monaſteria, Studioſorum Stipendia, Noſocomia, Orphanotrophia, Ptochotrophia, Xenodochia & ſimilia Collegia, quæ actio pia conſtituit. Notante Wibelio de Jure prælat. num. 7. p. 24.

73 Und ob wohl Schleicher nicht ſelbſt Seelhaus-Pfleger geweſen, ſo iſt er doch in des Löfflers, als geweſenen Seelhaus-Pflegers Stelle getreten, und hat den von ihm aus ſolcher Pflege verbliebenen Reſt zu bezahlen übernommen, und davor auſſer jenes Gütern den Weinberg bekommen, der alſo vor dieſe Schuld verhafft geweſen, ehe er an den Schleicher gekommen, deßwegen auch die Pflege auſſer dem daraus erlöſenden Pretio vor allen andern Creditoren zu befriedigen.

74 23.) Fordert Hr. Chriſtoph Zoller des Gerichts, als gemeiner Stadt Holtz-Verwalter, vor aus der ihm von gemeiner Stadt anvertrauten Holtz-Verwaltung hergegebene 3. Stuck aichene Dielen zum neuen Keller-Gatter, 6. fl. Krafft Zettels lit. U. welchen die Curatores bonorum wollen mit dem Juramento b:ſtärcket haben, weil aber Hr. Zoller ſein Pflicht und Eyd auf ſich hat und die Summ gar gering, vermeynen wir, daß er deßwegen nicht mit dem Jurament zu beſchwehren, ſondern der geringe Poſt vor liquid anzunehmen, und die Holtz-Verwaltung davor poſt hypothecarios ante nudos chirographarios zu contentiren, vi ipſi competentis privilegii perſonalis ſimplicis per tradita

B. D. Lauterbachii *Diſp. de Privileg. Cred. perſ. ſimplici. th. 21. 22.*

75 24.) Hat Hr. D. Joh. Sebaſt. Otto ſeel. vor die Cur in letzter Kranckheit, worinn Schleicher ſeel. von GOtt aus dieſer Zeitlichkeit abgefordert worden, 7. fl. prætendirt, ſo bekandlich und wohlverdient zu ſeyn agnoſcirt wird, deßwegen ſolche ſeine Erben, gleichwie auch 25.) Hrn. Joh. Chriſtoph Reinöhls Prætenſion à 10. fl. 54. Kr. vor Artzney und Medicamenten in ermeldter letzten Kranckheit aus ſeiner Apotheck geholet, gleich nach den Gant-Koſten zu entrichten propter ſingulare prælationis jus, quo gaudent, juxta

§. Wann der Schuldner ꝛc. J. P. W. *p. 1. t. 75. pag. 209.*

76 Deren Prærogativ und ſingularis juris prælationis ſich durchaus nicht zu getröſten

26.) Hr. Wolff Burckard Wölffing Apothecker, ratione deren vor Artzneyen geforderten 6. fl. 34. Kr. lit. H h. weil dieſe nicht in letzter Kranckheit geholet worden, ſondern das Jahr vorher, ehe Schleicher ſeel. geſtorben.

Conſtat enim, idem privilegium, quod pro Sumptibus funeris Jus Rom. indulſit, Dd. & fori obſervantiam etiam ad ſumptus in ultimum defuncti debitoris morbum, quod deceſſit, erogatos extendere. *per l. 4. ibi: in mortui infirmitatem. C. de hered. petit. l. 3. ibi: morbum defuncti. C. de relig. & ſumpt. fun.* Surd. *dec. 112. n. 7.* Poſth. *Reſ. 104. n. 38.* Brunn. *ad d. l. 3.* ubi tamen iſtam ſentent. ex adductis textibus probari poſſe negat, & magis eandem conſuetudini adſcribi debere notat, quod etiam ſentit. Ant. à Mara *de concurſ. credit. l. 2. tit. 1. §. 15. 16.*

Non vero eodem privilegio gaudere ſumptus in morbum, ex quo debitor reconvaluit, communis eſt Dd. ſententia

Carpz. *p. 1. c. 28. d. 45.* Berlich. *p. 1. concl. 64. n. 97. ſeqq.* Mev. *ad J. L. p. 3. t. 1. art. 11. n. 99.* Hoyer. *de Jur. Sepult. th. 68.*

à qua male & fruſtra recedit

Beuther. *de privileg. cred. lib. 1. tit. 26.*

ſondern es iſt Hr. Wölffing mit dieſer ſeiner Prætenſion unter die ſimplices Creditores zu ſetzen.

27.) Hanß Michel Karcher, Weingärtner zu 77
Dägerloch, wird mit ſeinen geforderten 56. Kr. Weingart-Bauer-Lohn ſo bekandlich, nach den Begräbniß-Koſten befriediget,

quia prærogativa, qua famuli & ancillæ, etiam aratores, quorum cura & cultura agri debitoris in commune debitoris & creditor. commodum ad fructus proferendos arantur, coluntur atque ita debitoris facultates conſervantur, augentur, & conducti vineatores, qui vineas debitoris pro certa mercede coluerunt, gaudent,

Carpz. *p. 1. c. 28. d. 36. & dec. 55.* Richt. *de priv. cred. c. 2. m. 2. n. 4. 5.* Stryck. ad Brunn. *tr. de concurſ. cred. 5. §. 17. & ita jam tum d. 26. April. 1667. in der Ezeliſchen Creditor-Sach zu lauffen & abinde aliquoties Collegium noſtrum judicavit.*

28.) Fordert Hanß Frohnicke der Geßleriſchen 78
Kinder Pfleger 100. fl. ſo defunctus als Mit-Pfleger beſage lit. Cc. Ao. 1689. d. 4. Julii aus der ihnen anvertrauten Pfleg baar entlehnet, und verſprochen, ſo bald ſeine geflehnte Sachen nach Studtgardt wieder kommen, entweder zu bezahlen, oder ein Verſatz dafür zu thun, weil er aber keines gethan, und ſeinen Pfleg-Kindern auf ſolche Weyſe übel gehauſet und proſpicirt, indem er das ihrige in ſeinen Nutzen verwendet, iſt dieſe Summ cum uſuris à tempore verſionis in rem ſuam aus deſſen Vermögen zu bezahlen, und werden die Pfleg-Kinder ob tacitam, quam habent in omnibus ejus bonis ob malè adminiſtratam tutelam vel curam, hypothecam, inter hypothecarios publicos ex tempore ſuſcepti ab eo officii tutoris vel curatoris locirt u. befriediget um dieſe ihre Prætenſion.

29.) Was aber er Hanß Frohnicke vor ſich 79
fordert pro 18. Zopff-Band, 10. vier-eymerige Reiff und 32. Fuderige Reiff, ſo er nicht ſpecificirt was es thut, noch liquidirt, kommt wann es liquidirt unter die ſimplicia debita.

Desgleichen 30.) Leonh. Baurens Zeugmachers Söhnleins Pfleger, Chriſtoph Fritze, iſt wegen der nomine ſeiner Pfleg-Kinder geforderten 100. fl. welche Defunctus zu Erkauffung 36. Eym. Weins Ao 1684. von damaligen Pflegern Zach. Maicheln und J. Mantzen aufgenommen, und die 36. Eym. Wein dafür zum Unterpfand verſchrieben, weil das Unterpfand nimmer vorhanden, inmaſſen das Inventarium ergibt, daß mehr nicht dann 18. Eymer Ao. 1692. erwachſenen Weins vorhanden geweſen, unter die nudos chirographarios. Es bleibet aber dem Pfleg-Kind wegen des erlittenen Schadens ſeine Action bevor, wider die ſaumſelige Pfleger, ſo ihr Officium nicht beobachtet in Exigirung der Schuld, da das Unterpfand

noch zu gegen gewesen und ihrem Pfleg-Kind nicht besser prospiciret in Erheischung einer Obrigkeitl. Verschreibung mit andern genugsamen Unterpfanden versehen.

80 Gleicher Gestalt werden unter die simplices ac nudos chirographicos creditores referiret 31.) J. Löffel und H. G. Kotzel als Burkardische Pfleger, mit den geforderten 13. fl. 30. Kr. vor aberkauffte 1. Eym. 11. Imi Weins.

81 32.) M. M. Dehanin mit den prætendirten 9. fl. 40. Kr. von innbehaltenem Wein-Geld, und vor 7. Pf. Leim.

82 33.) An. Ursula Tobiä Klinglers Schlossers Wittib aber wird billig, wegen ihrer noch restirenden 51. fl. 45. Kr. vor Arbeit und Materialien zu dem von defuncto wiederum neu-erbauten Haus auf der Eßlinger Vor-Stadt unter die Hypothecarios gesetzt, ob tacitam quam habet in ædibus istis hypothecam.

arg. §. So denn jemand einem andern Geld leihet, daß er ein Haus baue, &c. J. P. W. *p. 2. tit. 8. ibi: vvelches auch statt haben solle vvann einer zu Erbauung oder Besserung eines Hauses Stein, Holtz oder dergleichen Materialien gegeben hätte. junct. l. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contrah. arg. l. 11. §. 5. de pign. act.*

83 34.) Fordert Hr. Egid. Böhm des Gerichts vor einen Schleichers Frauen zu kauffen gegebenen Cottonen Manns Nacht-Rock laut lit. V. 6. fl. oder den Nacht-Rock wieder, weil er noch in natura zugegen, in welchem letztern ihm zu deferiren, wann der Nachtrock in der Letzte oder kurtz vorm Tod gekaufft worden, dann wann jemand unwissentlich einem, so in Schulden vertieffet, und bald darauf in bonis ipsi concursus credit. excitirt wird, oder er foro cedirt, auf guten Glauben Waaren oder sonst was verkauft und überlieffert, wird das domin. der verkaufften und übergebenen Waaren auf den Käuffer, der also den Verkäuffer ad fidem ipsi habendam dolose inducirt, cum non amplius solvendo esset, nicht transferirt, sondern bleibt bey dem Verkäuffer.

Struv. *Ex. 8. th. 31.* Brunn. *de Concurs. cred. c. 5. §. 7.*

Hinc venditori tali omnia jura in re venditâ competunt, quæ alias vero domino competere solent, adeo ut si res etiamnum extet, in concursu postea creditor. à venditore præcipi & vindicari possit.

Carpzov. *p. 1. c. 28. d. 17. 18.* Gail. *2. O. 15.* Franc. Salgad. & Samoza. *in labyrinth. creditor. p. 1. c. 9. n. 40.* Brunnem. *d. 1.*

84 35.) So haben Isr. Weber, J. C. Schärffelin und J. W. Sinth 2. fl. prætendirt vor die Æstimation des Defuncti Werckzeugs, welche Prætension unter die Inventier-Kosten gehört und also mit dem Gant-Kosten, darunter jene begriffen, pari passu gehört primoque loco zu setzen komt.

85 36.) H. G. Pfeler, Schultheiß zu Geißberg, fordert vor 3. 8tel Bandhacken, und 54. Kr. Steuer und Quartier-Geld, davon diß letztere Pöstl. gleichen Vorzug mit der von der Stadt Studtgard geforderten Steuer hat. Die 10. fl. sind unter die simplicia debita zu setzen.

86 Die Hochf. Cammer-Schreiberey hält sich 37.) wegen der 69. fl. 29. Kr. mit Recht an ihren Käuffer der Weins Hrn. A. Sprigeln, Kellermeistern zu Dillingen, der sich hier unter den Chirographariis in wenigem erholen wird.

38.) Fordert Krafft eingegebenen Zettels H. J. Knöpfflein Ipser vor angestrichenen Hauß-Rath 18. fl. 7. Kr. darüber zu besserer Liquidirung die Wittib forderist zu vernehmen, so dann ist die Prætension unter die simplicia debita zu referiren, gleichwie 39.) des H. G. Schleyhauffs Prætension à 2. fl. 37. Kr. vor Erbiß und Gersten besage lit. F f. 87 88

Und 40.) der Rosina Haringlin Forderung à 20. fl. 8. Kr. ratione der darunter begriffenen 15. fl. geliehenen Gelds, und des vor dem Tod des Debitoris gegebenen Fleisches, was nach dem Tod an Fleisch gegeben, hat die Wittib zu bezahlen. 89

Gleichwie auch 41.) des J. Schleichers Becken geforderte 8. fl. vor Brod, so er nach des Bruders Tode hergegeben, es wäre denn, daß solches noch vor oder bey der Inventur, da des Defuncti Debitoris Gesinde annoch beysammen gewesen, verspeiset worden. 90

42.) Ist ohne weitläuffiges Erinnern vorhin bekandt, daß die rechtmässig angewandte Gant- u. Gerichts-Kosten, welche den Schreiber-Lohn, Consulenten-Geld, Gericht und Biet-Geld, und was dergleichen, item Inventier- und Taxirungs-Kosten, auch der Curatorum bonor. Salarium und ihres Patroni caus. honorarium &c. begreiffen, dieses Hochlöbl. Hertzogthums Observanz und gewöhnl. Stylo nach die erste Stelle einnehmen und vor allen Schulden zu entrichten und zu bezahlen; 91

teste Besoldo ad J. P. W. *D. 1. th. 143.* Wibel. *de Jur. prælat. s. priorit. in concursu cred. assert. 3.* haud sine causa, cum eorum debitores veluti sint omnes creditores, quippe quorum omnium commodo cedunt, quia cæteroquin eorum nemo suum consequeretur, quare in sententia prioritatis ipsis recte anteferuntur.

arg. l. 5. l. 6. pr. ff. qui pot. in pignor. Mev. *p. 2. dec. 269. & p. 3. dec. 353.* ubi idem & alibi servari testatur. add. Melon. *in lucubrat. de jur. prælat. credit. part. 2. pag. 43.* Sebast. Krayser. *de Proc. Edict. Rom. Bavar. tit. 2. art. 2.*

Endlich ist noch mit wenigem zu gedencken der von gesamten Creditoribus wider Hrn. Christ. L. Schocken Kuchenmeist. geführte Klag, wegen eines begangenen unzulässigen Vorlaufs mit Hinwegnehm. 67. fl. Geldes von dem à defuncto verkauften Weinberg im Rappen und etlicher Eym. Weins, worauf er sich dahin verantwortet, daß er nichts vor sich proprio nomine gethan, sondern was geschehen, sey nomine Hertzogs Frid. Carls Hochf. Durchl. geschehen, damit es die gründliche Beschaffenheit gehabt, daß nachdem laut seiner von An. 1691. biß 1692. geführten Jahrs-Rechnung, er auf erhaltenen special-Befehl vor Ihro Durchl. 15. Eym. 8. Imi Wein à 31. fl. erkaufft, darüb Defunctus Kieffer gewesen und ihn in seinem Keller gehabt, selbigen auch so gut möglich wieder verkaufft bis an 4. Eymer, deßwegen er, Kuchenmeister, die noch vom verkauften Wein à Defuncto schuldig gewesene 67. fl. 4. Kr. im Namen Ihro Durchl. von dem erlöseten Pretio ausser dem verkauften Weinberg noch bey seinen Lebzeiten cum præscitu & consensu Magistratus erhalten, und den noch übrigen Wein à 4. Eymer, als Ihro Durchl. Eigenthum mit Vorwissen und Applacidirung des Hrn. Richters aus des Defuncti 92

Keller

Keller abholen, und unter andern Jhro Hochfürstl. Durchl. zugehörige Wein verfallen lassen, und zwar diß alles vor Erkandtniß des wider ihn Schleichern ergriffenen Gant-Processes und gewisser Offenbahrung seiner so viel jetzo herauskommenden Schulden, habe also nichts unzulässiges gethan, sondern seinem Gnädigsten Hrn. Principal erlaubter massen in tempore vigilirt. Wann nun dem also wie er solches den 30. Martii 1693. schrifftlich angebracht, wäre, welches er wenigst mit einem vidimirten Extract aus der Rechnung, worauf er sich bezogen, und einem von Jhro Durchl. Cassirern sub sigillo publico ertheilten Attestato zu belegen, so fern es nicht dem Herrn Richter vorhin gnugsam bekannt, so würde dadurch die geführte Klage zernichtet, und fiele von selbsten.

93 Erscheinet also aus dem allen bißhero der Länge nach Deducirten nunmehr zur Gnüge, daß förderist der Herr Richter dahin zu trachten, daß das Punctum legitimationis ob enascentem ex illius defectu nullitatem seine völlige Richtigkeit erlange, und die so wohl bey denselben als dem puncto liquidationis sich noch befindende Mängel vor Publication der Definitiv ersetzet werden. Wann dann solches geschehen und nochmahlen darauf von allen Creditoren beschlossen, kan nachstehende Urtheil publicirt werden.

Urtheil.

IN der Creditor- und Gand-Sach zwischen Herrn Johann Georg Schleichers seel. Raths-Verwandten Kieffers und Unterkäuffers hinterlassenen Wittiben Maria Magdalena mit ihrem Gerichtlich-zugeordneten Kriegs-Vogt und andern Schuldgläubigern in Actis benannt Klägern eines, so dann denen Obrigkeitlich constituirten Curatoribus bonorum Herrn Johann Jacob Bayh und Johann Jacob Hellern Rr. andern Theils, ist allem Gerichtlichen Fürbringen nach, uf gethanen Rechtsatz, genommenen Bedacht und gehabten Rath mit Urtheil zu Recht erkannt, daß förderist ermeldte Schleicherische Wittib ihrer weiblichen Freyheiten fähig und derselben sich zu bedienen berechtigt, dannenhero ihr Zubringen, so viel annoch in natura verhanden, hinweg zu nehmen befugt; Desgleichen auch Herrn Ægidio Böhmen seinen dem defuncto debitori kurtz vor seinem End verkaufften in natura noch zugegen seyenden Nacht-Rock hinweg zu nehmen frey stehet.

Darauf alsdann die angegebene Creditores von seinem des defuncti überbleibenden Vermögen in nachstehender Ordnung bezahlet werden sollen: Als

1.) der gebührlich aufgangene Inventir- und Gand-Kosten.

2.) Herr D. Joh. Sebastian Otten Erben wegen der geforderten 7. Gulden vor die Cur in letzter Kranckheit.

3.) Herr Joh. Christoph Reinöhl wegen prætendirten 10. Gulden 54. Kreutzer vor Medicamenten in letzter Kranckheit.

4.) Matthæus Bertsch wegen 47. Gulden rückständigen Liedlohns.

5.) Martin Erb wegen der 10. Gulden schuldigen Liedlohns.

6.) Hanß Michel Kärcher wegen 56. Kr. Weingartbauer-Lohns.

7.) Herr Joh. Erhard Rambacher als Fürstl. Würtembergischer Lorchischer Pfleger zu Münster wegen des geforderten à defuncto debitore als Unter-Pflegern verbliebenen Rests à 496. Gulden.

8.) Herr Joh. Balthasar Kretschmar als Seelhauß-Pfleger wegen des von Johann Löfflern verbliebenen und von defuncto mit erkaufftem Weinberg übernommenen Pfleg-Rests à 100. Gulden Cap. und 10. Gulden Zinß.

9.) Das Burgermeister-Amt Löbl. Stadt Stutgardt wegen der 72. Gulden 47. Kr. Steuer, und 464. Gulden 8. Kr. Accis.

10.) Schultheiß zu Geißburg wegen geforderter 54. Kr. Steuer.

11.) Die Wittib wegen ihres Zugebrachten, so viel desselben Zeit währender Ehe alienirt und anders wohin verwendet oder sonst consumirt.

12.) Herr Joh. Adam Haaß Fürstlich Würtemb. Rent-Cammer-Expeditions-Rath als verordneter Curator Herrn Philipp Leonhard Breunings LL. Studiosi wegen von Hrn. D. Ottone seel. cedirten 50. fl.

13.) Herr Johann Jacob Baur älterer Burgermeister zu Tübingen wegen geforderter 30. fl. Cap. und 1. fl. 30. Kr. Zinß.

14.) Maria Barbara Schönbergerin wegen des residui aus geführter Pfleg oder Vormundschafft so sich ergeben haben wird.

15.) Der Seemannischen Kinder-Pfleger wegen der in geführter Pfleg oder Vormundschafft in eignen Nutzen verwendter 242. fl. 26. Kr. und durch seine Schuld und Negligenz abhändig gekomme-

gekommener 61. Gulden 25. Kr. auch sonst weiters ergebenen Rests, mit den liquidirlichen Frachten und Zinsen.

16.) Der Geßlerischen Kinder Pfleger wegen der aus mitgeführter Pflege uf-genommenen und in seinen Nutzen verwendeter 100. Gulden samunt Zinsen.

17.) Israel Weber Stadt-Kieffer um 400. Gulden darum er auf alle Güter versichert.

18.) Herr Joh. Erhard Rambacher wegen der 116. Gulden 20. Kr. davor er den Versatz in Händen.

19.) Hanß Georg Würster, Schneider, wegen seiner Forderung, davor er versichert.

20.) Michel Laich von Feurbach wegen seiner Forderung, wegen des geflehnten von defuncto consumirten Weins.

21.) Herr Christoph Zeller des Gerichts, als gemeiner Stadt-Holtz-Verwalter, wegen der 6. Gulden vor vier Diel.

Was nach Bezahlung solcher Schulden noch übrig, ist ohne Verzug unter die übrigen gemeine Gläubiger nach Proportion eines jeden Forderung so weit es zulänglich zu vertheilen.

Welches wir salvo cujusvis melius sentientis judicio zu verlangter Rechtlichen Nachricht nicht verhalten wollen Uhrkundlich Unser Facultät gewöhnlichen Insiegels. Actum in Collegio den 29. Maji. 1695.

CONSILIUM XLIX.

DE

Præscriptione Condictionis ex Mutuo, aliarumque omnium actionum. An hæc sine bona fide hodiè procedat.

SUMMARIA.

2. 3. *JUre Romano certum est, quamvis actionem regulariter 30. annorum lapsu terminari atque extingui, non requisita bona fide. Quod nec per jura Canonica correctum nonnulli dicunt, præsertim quando Reus nihil possidet, & personaliter tantum obligatus est.*

4. 6. *Actiones, quibus vel ab initio, vel ex post facto certus est præfinitus terminus, hoc elapso non possunt non ipso jure extinctæ censeri, ita, ut actus & denunciationes Extrajudiciales cœptam præscriptionem non interrumpant.*

5. *Sicut, quod Universitati debetur, singulis ex Universitate in concreto seu distributivè non debetur; Ita vicissim quod Universitas debet, nec singuli debent, propterea que pro debito Universitatis contra particulares executio fieri nequit.*

7. 8. 9. *Verùm moribus, ob generalem juris Canonici decisionem, hoc in passu per totum imperium, in omnibus judiciis receptum, sententiis ac infinitis auctoritatibus firmatum est, quod in omni præscriptione, cujuscunque generis sit, etiam in immemoriali, bona fides ab initio usque ad finem continuò adesse debeat.*

10. *Adeo, ut nec Statuto edici possit, ut præscriptio cum mala fide procedat.*

11. 12. 22. *Extrajudicialis, quamvis saltem generalis denunciatio pro interpellatione est, & per eam debitor in mora constituitur, etsi non ipsi debitori, sed ejus Procuratori aut Mandatario facta sit.*

23. *Ritè ac legitimè vocati ad expediendum aliquod negotium, Corpus vel Collegium tangens, per contumaciam verò emanentes fictione juris, præsentes fuisse censentur. Hinc, quodcunque major pars præsentium decrevit, ad hoc non solum dissentientes reliqui, sed & omnes simul absentes obligantur.*

24. 25. *Etiam extrajudicialem denunciationem*

nem præscriptionis interruptionem operari, ulterius probatur. Concluditur inde: Debitorem exceptione præscriptionis, ob malam fidem, non juvari.

SPECIES FACTI.

VEy der Cassa der Hochlöbl. Schwäbisch-Donauischen Reichs-Ritterschafft haben verschiedene deren Mitgliedere in annis 1607 - 8 - 10. Und hernach verzinßliche Capitalia aufgenommen, und aber, umb willen bald darauf die Kriegs-Unruhe im Röm. Reich vor- und ausgebrochen, die Abzinsung biß auf den Frieden-Schluß angestanden; Jedoch nach dem jüngern Reichs-Abschied die Verordnete zum Directorio laut sub Lit. A. beyliegender Extracten auf verschiedenen Ritter-Conventen solches Schuld-Wesen urgirt, und auf ein noch mehrere moderation der Zinsen sich verglichen, und verabschiedet; Dessen aber ungeachtet wollen die Debitorn nicht allein die erleichterte Interessen nicht abrichten, sondern auch der Haupt-Güther halben eine Verjährung vorschützen, dargegen die Communität reponirt, daß sie Debitorn denen Ritter-Tägen zum Theil selbsten beygewohnt, und die Recess concludiren und corroboriren helffen; Obwohlen aber andere nicht ad diætas kommen, so haben doch selbige entweders in Person oder durch Begwältigung eines andern Mitglieds erscheinen und sich informiren können und sollen, und daher ex culpa omissionis suæ vorab propter frequentatam reiterationem hujus tractationis & Conclusionis kein Entschuldigung obtiniren mögen.

Entstehet derowegen die Frag, ob exceptio præscriptionis wenigst bey denen persöhnlich niemahl erschienenen Debitorn elisiva, oder aber hoc non obstante actio ex mutuo von rechtswegen fundirt seyn?

Busmanßhauß den
6. May 1695.

ALs nun wir Ends subsignirte zur Juristen-Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Würtemberg. Universität Tübingen verordnete Decanus und Doctores freundlich ersucht worden, über vorstehende kurtze Facti speciem und deren angehengte Frage Unser Rechtliches Gutachten zu erstatten; So haben wir nicht ermangelt zu Bezeugung dienstschuldigster Aufwärtigkeit von der Sache in pleno Collegio gebührend zu deliberiren und nach reiffer deren Uberlegung einmüthig geschlossen, den Rechten gemäß zu seyn wie folget:

Und zwar möchte es Anfangs wohl das Ansehen haben, ob wäre die

vorgelegte Frage:

Ob die Exceptio Præscriptionis wenigst bey denen persöhnlich niemahl erschienenen Debitorn elisiva, oder aber hoc non obstante actio ex mutuo von rechtswegen fundirt sey?

2 dahin zu resolviren daß die competirende condictio certi ex mutuo, falls die bey der Ritterschafftlichen Cassa aufgenommene Capitalien sub specie mutui vorgeliehen, oder actio ex empto, falls umb die hergegebene Gelder jährliche Gülten und Zinsen erkaufft worden, durch die Præscription aufgehoben worden und consequenter die opponirte exceptio præscriptionis elisiva seye:

Denn 1.) ist bekannt 3

quod regulariter omnis actio tam realis quam personalis 30. annorum lapsu terminetur, tantique temporis silentio extinguatur, haud attentâ & requisitâ quoque bona fide, ceu quæ non consideretur in actionibus personalibus, cujus generis ambæ illæ actiones sunt, sed spectetur unice cursus temporis tot annorum, ita, ut his elapsis non moveri unquam amplius possit regulariter actio personalis antea competens, nisi illi præscribendæ longius tempus in jure præfinitum.

l. 3. l. 4. l. 7. C. de præscript. 30. annor.

Et inde omnes actiones personales in tali vitæ mensura ac 30. annorum meta positæ esse dicuntur in

l. 2. C. de constit. pecun.

Quæ Jura Civilia, quatenus de actionibus personalibus loquuntur, nec per Jura Canonica

in c. 5. c. fin. X. de præscript. c. possessor. de reg. jur. in 6.

correcta dicunt, cum ea capita loquantur de præscriptione rerum corporalium, quæ ex possessione procedit, non autem de præscriptione actionum personalium, quippe in quibus ex parte debitoris nulla est possessio, sed præscribuntur potius per negligentiam non petentis creditoris, & ideo bona fides non requiritur, ex doctrina

Bartoli *in l. sequitur. 4. §. si viam &c. 27. ff. de usucap.*

usucap. & in l. hæc autem jura. 6. ff. de servit. urb. præd. Hostiensis, qui jam ante Bartolum ita docuit, & latius hunc articulum prosequutus quam Bartolus *in Summa Jur. Canon. tit. de præscript. §. quæres, &c.* Pract. Papiens. *in forma responsion. rei conven. gloss. in verbo præscriptionis.*

In quam sententiam plures tum rationes, tum authoritates adducit

Petr. Gilkenius *tr. de præscript. part. 2. membr. 2. cap. 3. n. 2.*

4 Weil nun länger denn in 40. Jahren à singulis debitoribus weder Zinß noch Capital gefordert worden, sind dem Ansehen nach die wider sie competirte actiones gäntzlich ipso jure extinguirt und aufgehoben, daß jetzo weder Zinß noch Capital mehr gefordert werden könne.

Quibus enim actionibus vel ab initio vel ex postfacto certus terminus est præfinitus, quem excedere non debeant vel possint, illæ per temporis præfiniti lapsum non possunt non ipso jure extinctæ censeri, cum post tempus illud Jus Civile obligationi haud amplius adsistat, consequenter vinculum Juris Civilis cesset, sine quo nulla competere potest actio civilis.

Quo facit

l. 17. §. 6. ff. de injur. junct. l. 17. §. 1. de pact. Bachov. *vol. 2. Disp. 29. th. ult. lit. B.* Carpz. *p. 1. c. 25. d. 1. n. 4.*

5 Und ob wohl 2.) auf denen gehaltenen Ritter-Conventen das Schuldwesen öffters urgirt und durch die errichtete Recess die Zinsen auf ein leidentliches moderirt worden, umb die Debitores dadurch zu erleichtern, damit sie desto eher sich fide sua liberiren könnten, denen Ritter-Conventen besagte Debitores zum Theil selbst beygewohnt und die Recess mit concludiren und corroboriren helffen, andere aber ob sie wohl nicht ad Diætas in Person gekommen, haben sie doch andern Mitgliedern Gewalt aufgetragen und sind also durch sie erschienen, von denen sie sich ratione der abgehandelten Sachen können und sollen informiren lassen; So wird doch hierauf nicht unbillig ihrer seits regerirt, daß was collegialiter in Conventibus tractirt worden, singulis in actionibus contra ipsos tanquam singulos competentibus præscribendis nicht præjudicire, weil an singulos gar nie nichts gefordert worden, wie geschehen sollen, wann man die actiones contra singulos salvas sartas ac tectas conserviren wollen und sie nicht per præscriptionem ufgehoben werden sollen, denn was collegialiter tractirt und geschehen, gehe singulos nicht an.

Cum aliud sit Universitas, aliud sint singula Universitatis membra, uti egregie hoc exemplo confirmat Ulpianus *in l. 8. §. 15. ff. ad SCt. Trebell.* Ubi Universitas heres instituta fideicommisso potest gravari de restituenda illa hereditate uni vel pluribus vel etiam singulis de Universitate, quod fieri certe non posset, si idem esset Universitas ipsa & Universitatis membra, cum nemo sibi ipsi restituere hereditatem possit. *d. §. 15.*

Uti ergo aliud est debitum Universitatis, aliud singulorum, & quod Universitas debet, singuli non debent

l. 7. §. 1. verbis: Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet Universitas, singuli debent. *§. quod cujusque univers. nomine &c.* ibi Brunnem. & Dd. comm.

Ideoque etiam in casu executionis pro debito Universitatis ea non in bona singulorum, sed in bona universitatis fieri debet.

Roland. à Valle *vol. 3. Cons. 53. n. 6.* Kœpen. *dec. 60. n. 16.* Carpz. *p. 2. c. 6. d. 24.* Klock. *vol. 3. Cons. 153. n. 190.*

Nec lis Universitatis lis singulorum esse intelligitur, nec privilegia Civitatis singulorum privilegia censentur, hinc nec factum aliquod singulorum quorundam Civium privilegio civitatis contrarium, ipsi Civitati vel aliis civibus præjudicat, quo minus illo privilegio uti possint.

Mev. *p. 4. dec. 68.*

Ita interpellatio in congregato Collegio facta haud facta intelligitur singulis ejus membris, nec per illam interpellationem & usurarum ac pensionum solvendarum moderationem in Collegiali conventu facta usurpatio singulis Collegii membris præjudicare posse videtur in complendâ ab ipsis cœptâ præscriptione, omissâ singulorum interpellatione peculiari.

3.) Möchte auch nicht unbillig in consideration gezogen werden, daß dazu was auf denen 6
gehaltenen Ritter-Conventen hac in re tractirt, gehandelt und geschlossen worden, wann es gleich singulos angehen, und dafür gehalten werden sollte, daß dadurch singuli interpellirt worden wären, nur doch in vim denunciationis extrajudicialis gelten würde.

Actus autem & denunciationes extrajudiciales post cœptam præscriptionem, eandem non interrumpunt, cum saltem cœptæ possessionis initium inspiciendum sit

l. 2. §. si servus l. 13. ff. pro empt. ibi Brunnem. qui tradit quod licet *h. lex* loquatur tantum de præscriptione longi temporis, idem tamen sit in præscriptione longissimi temporis.

Dessen

7 Dessen allen jedoch unerachtet halten wir beständig dafür, daß die condictio certi ex mutuo vel actio ex empto, prout vel emptio venditio annuorum redituum, aut mutuum contractum fuerit, von Rechts wegen wohl fundirt und durch die præscription keines weges aufgehoben und extinguirt worden sey, dannenhero die Exceptio præscriptionis ohne Ef-
8 fect opponiret werde, und solches 1.) der Ursach, daß krafft des Päbstl. Rechts, welches, pro evitando peccato & animæ periculo, hoc in passu, moribus nostris per totum Imperium in omnibus judiciis, observirt wird, teste

Schneidewino *ad pr. Inst. de usupac. & long. tempor. præscript. n. 16.* Harpprechto *ibid. n. 79.* Mynsi. *4. O. 6.* ubi hanc in sententiam non semel in Camera Imp. judicatum esse testatur, perinde ut Gail. *2. O. 18. n. 7.* ibique Eberh. Fabricius *sect. 2.* Ludwell ad Wesenbec. *tit. de usurpat. & usucap. n. 12.* Schulz *in Synops. Inst. tit. de usucap. lit. b.*

9 keine præscription sine bona fide ab initio ad finem usque præscriptionis continuata geschehen und complirt werden kan,

cap. 5. c. fin. X. de præscript. circa quos txx. notandum, quod cum id primùm ab Alexandro III. Pontifice *in d. c. 5.* specialiter in rebus corporalibus statutum esset, postea ab Innocentio III. Pontifice idem ad quarumcunque rerum præscriptionem, etiam incorporalium, extensum fuerit *in d. c. fin. de præscript.* nisi enim hoc ita generaliter & de juribus ac rebus incorporalibus, nec non actionibus tàm personalibus, quàm realibus, intelligeretur, otiosum foret. Non autem committendum, ut quid frustra statutum intelligatur.

l. 1. ff. ad municip. l. 109. de leg. 1.

Ac licet jus civile circa præscriptionem longissimi temporis nihil ultra quam negligentiam non petentium consideret, nec qua fide, bona an mala sit, qui debet, attendat, sed utrique hoc tribuat, ut negligentia alteri sua obsit

l. 2. l. 3. C. de annal. except. Bart. *in l. 7. pr. C. de præscript. 30. ann.*

Pœnæ enim velut loco ista introducta, in qua non alterius qualitas, sed negligentis meritum saltem consideratur, ut docet

Wesenbec. *v. 1. Cons. 5. n. 31.*

Attamen Jus Canonicum conscientiis magis consulens, præscriptionem longissimi quoque temporis cum mala fide nequaquam admittit

d. cap. 5. & C. fin. de præscript.

quod etiam in personalibus actionibus locum habere, ita, ut iis qui sciunt se aliis obligatos esse, haud currat tricennalis aut quadragenaria actionum personalium præscriptio, nec se contra creditores debitum petentes ullius præscriptionis exceptione tueri possint, probatur tum ex generalitate textus, *in d. c. fin.* præsertim, tum ex particula universali negativa *Nulla*, quæ ibi habetur ad omnis speciei exclusionem efficace, tum ex generali ratione omnibus actionibus communi.

Gilken. *de præscript. part. 2. membr. 2. cap. 3. n. 4.* Matth. Coler. *in cap. quoniam de præscript. num. 16. 17. seq.* Alexand. *vol. 4. Cons. 99. n. 5. & vol. 5. Cons. 51. n. 2. seq.* Balbus *de præscript. 2. part. 3. princip. qu. 13. n. 1. & 2.* qui plures allegat & contrariam Bartoli opinionem comm. damnatam dicit, jubetque hanc in judicando & consulendo etiam in terris imperii observari propter generalitatem regulæ *in d. c. fin. de præscript.*

Hancque esse veriorem, communiorem, æquiorem, conscientiis tutiorem & in foris Christiani orbis receptiorem sententiam, agnoscit, & infinitis authoritatibus, quibus aliquot replevit paginas, firmat

Cothmannus *vol. 2. Cons. 63. n. 31. seq.* add. Carpzov. *lib. 1. Resp. 33.* Brunnem. *Cons. 126. n. 59.* Mev. *p. 4. dec. 283. p. 7. dec. 173. & p. 8. dec. 15.*

Imo nec immemorialis temporis præscriptionem cum mala fide, si de ea liquidò constet, vel quis eam probare satagat, procedere de Jure Canonico, verissima est sententia, cum Pontifex *in cit. cap. fin. de præscript. & c. 2. de reg. jur. in 6.* nullam indulgeat aut admittat præscriptionem, quæ cum mala fide est conjuncta, adeoque ne quidem immemorialem.

Brunnem. *ad d. c. 2. de reg. jur. in 6.*

Ac ne quidem statuto edici posse, ut præscriptio procedat cum mala fide, communiter volunt Dd. quos longa serie recenset

Tiraquell *de præscript. §. 1. gl. 2. à bonne foy.*

cum ejusmodi statutum, ut differit

Gail. *2. O. 18. n. 7.*

propter conscientiam alienæ rei nutriat peccatum, & non tam fomentum, quam patrocinium præstet delinquentibus, contra expressos juris textus. Licet ergo hoc tum saltem concedat

Rittershus. *in Differ. Jur. Civil. & Canon. lib. 4. c. 13. circa fin.*

si in statuto expressa malæ fidei mentio fiat, tacitè verò id fieri posse putet, nempe dum statutum quamlibet præscriptionem tot v. g. 30. & 1. annorum admittit indistincte; Tamen cum omne statutum, quantum verba ejus patiuntur, ita sit explicandum, ut quam minime à jure communi recepto discedat, generale autem tale statutum commode intelligi possit secundum jus commune, non censendum, generale tale statutum novum introduxisse jus, malamque fidem in Rempubl. Christianam revocasse, arbitratur

Wern. Joh. Uffelman *in prælect. seu observat. ad Rittershus. Differ. d. l.*

Firmissima itaque est & manet conclusio, de Jure Canonico nullam omnino præscriptionem cum mala fide procedere, quod eò usque extendit

Frantzk. *lib. 3. Resol. 1. n. 270.*

ut procedat assertum istud, licet per multa annorum millia quis possederit, cujus sententiæ etiam sunt

Fichard. *vol. 2. Conf. 148. n. 18.* Fachin. *l. 8. contr. cap. 26.* Obrecht *de præscript. th. 94. seqq.*

10 Daß aber die debitores von denen hier die Frage ist, ob sie die wider sie competirende actiones præscribirt, nicht in bona, sondern mala fide gewesen seyn, erbricht sich von selbst offenbahr daraus, daß sie unzweifflich die ihnen oder ihren Eltern und Antecessorn aus der Ritterschafftlichen Cassa beschehene Anlehnungen aus ihren Hauß-Büchern oder Inventariis hereditariis, oder aus denen von den Ritterschafftlichen Cassirern jährlich erstatteten Rechnungen erkundiget und also gewußt haben, daß sie solche wieder zu erstatten, bis zur Wiederbezahlung aber zu verzinsen schuldig; So hat ihnen auch fast unmöglich verborgen seyn können, daß solches Schuld-Wesen auf verschiedenen Ritter-Conventen urgiret, und die Zinsen desto eher und leichter zu erhalten, selbige auf ein gar Leidliches durch die errichtete Recess moderirt, auch den morosis die Execution vielfältig angedrohet worden, indem ja theils Debitoren selbst als Directores und Mit-Ausschüsse den Ritter-Tägen beygewohnet und die Recess, darin solches geschehen, concludiren und corroboriren helffen, andere aber, ob sie wohl in Person nicht zu den Ritter-Conventen gekommen, doch ihren Mitgliedern ihr Votum zu führen, und in ihrem Nahmen, was vorgekommen, debattiren zu helffen committirt, also jene plenissimam omnium suo consilio & consensu peractorum ac conclusorum scientiam gehabt, diese aber sich gleichmäßig plene von allem durch ihre Gevollmächtigte informiren lassen können, solches auch ohne allen waltenden Zweifel gethan, oder da sie es unterlassen gar supinè negligentes gewesen, deßwegen sie gantz keiner Entschuldigung würdig oder fähig, sondern den scientibus gleich zu halten wären, juxta illud:

Paria sunt scire, & de facili scire posse

l. 48. pr. de fidejuss. l. Julianus. ff. ad SCt. Maced.

Scire enim qui potest, nec scit, eodem modo judicatur, ac si sciret

c. ult. X. de clandest. despons.

Unde etiam is, qui negligit scire id, quod scire debuit, nulla excusatione dignus censetur, juxta istud: ignorans ignorabitur, ut dicitur

c. 15. in fin. dist. 37.

11 Haben sie nun gewußt oder wissen sollen, daß die Schuld urgiret, die Zinsen zu deren desto leichterer Erhaltung moderirt, und den morosis die Execution angedrohet worden wie sie es aus den Ritter-Recessen de dat. Ulm. den 4 Febr. 1655. §. 9. den 25 Sept. 1657. §. 4. den 17 Nov. 1660. §. 5. den 5 Nov. 1665. §. 3. den 23 Novemb. 1668. §. 5. den 26 Martii 1689. §. 5. den 9 Octob. 1691. §. 3. den 15 Jan. 1694. §. 5. gantz wohl wissen können, zumalen wann es also gehalten wird, daß allezeit der auf dem nechstgehaltenen Ritter-Convent aufgerichtete Recess bey nachfolgender Zusammenkunfft wieder abgelesen und erkundiget wird, ob und wie derselbe expedirt und observiret worden sey, juxta monitum

Johann Conradi Kreydemanni *tr. von des Teutschen Adels sonderlich der Freyen Reichs-Ritterschafft in Schwaben Staat, Stand &c. qu. 8. in fin.*

so sind sie indubitatò in mala fide, quæ consistit in scientia debiti, factæque de solvendo interpellationis, gewesen, und haben sie deßwegen die wider sie competirende actiones nicht præscribiren können.

12 Ungeachtet dessen 2.) daß an singulos nicht absonderlich und specialiter die Zinsen und Capital gefordert worden, denn ja gnug ist, daß sie insgemein durch so vielfältig auf öffentlichen Ritter-Tägen geführte Klagen wegen nicht erfolgter Zahlung der so weit moderirter Zinsen, und in den auf solchen Ritter-Tägen errichteten Recessen so offt wiederhohlte Erinner- und Anmahnungen, doch die moderirte Zinsen und pensionen zu bezahlen, oder der Execution endlich gewärtig zu seyn, interpelliret worden, massen sie dadurch in scientiam der sehnlich verlangenden Bezahlung deren aus den von ihnen aufgenommenen Capitalien schuldigen Zinsen, consequenter in malam fidem gesetzt seyn, dessentwegen sie die wider sie competirende actiones nicht præscribiren, noch sich jetzo exceptione præscriptionis schützen können.

13 In fernerer reiffer Erwegung 3.) quod præscriptionis exceptione non juvetur debitor, ubi conscientia exigit debitum, & spontè sine monitore agnoscenda est bona fides, debitumque solvendum.

Felin. *in c. ult. n. 3. X. de præscript.* Mev. *p. 7. dec. 173. n. 4.*

14 Daß aber diese debitores quæstionis in conscientia verbunden gewesen sine speciali ulteriori monitione bonam fidem zu agnosciren, und ihre Schulden, oder die so offt geforderte und desto leichterer Abstattung halber moderirte Zinsen daraus, zu bezahlen, ist kein Zweiffel, denn wer wollte nicht erachten und dafür halten, daß nachdem auf anno 1648. erhaltenen so lang gewünschten Frieden, und anno 1654. aufgerichteten Reichs-Abschied und darinn den debitoribus calamitate belli depauperatis & nimio usurarum cursu aggravatis concedirtes Beneficium, de cassandis nempe usuris, quæ durante bello excreverunt

runt, usque ad quartam partem, erstmahls in anno 1655. auf dem Ritter-Tage zu Ulm den 4. Febr. expresse verabschiedet in dem Ritter-Recess *de d. m. & a. §. 9.*

Was zu dem 9. bey nechstem Reichstag zu Regenspurg wegen der Zinß-Zahlung geschlossen, das bringet derselbig Abschied mit sich, nachdem aber eine mehrere Milderung die Schwäbische Crayß-Stände bey Kayserl. Majestät durch vorgekommene Abordnung zu erhalten verhoffen, als haben die anwesende Herren des Ausschusses Mitgliedere und Anverwandte sich dahin verglichen, daß Löbl. Ritterschafft incorporirten, die gewisse Haupt-Güter zu der Ritterschafft schuldig, alle bißher verfallene hinterstellige Zinsen nachgesehen und fürdershin von dato dieses Schlusses denselben auf 5 Jahr lang ein mehrers nicht als jährl. 2 von 100 fl. Haupt-Guts, so dann hernach auf weitere folgende 5 Jahr 2 fl. 30. kr. Interesse gereicht, bey erscheinendem längern Saumsahl und verbleibenden Zuhalten aber executive wider solche morosos procedirt werden solle.

15 Und hierauf nachmahls öffters ernstliche Anmahnung zur Zahlung repetirt worden, als nemlich im Ritter-Recess de 25 Sept. 1657. §. 4. his formalibus:

So ist viertens auf berührtem Ritter-Tag den 4 Febr. 1655. verabschiedet worden, daß Löbl. Ritterschafft incorporirten Ritters-Gliedern, welche verzinßliche Capitalia zur Ritter-Cassa schuldig sind, alle vertagte Zinß nachgesehen, von Zeit selbigen Abschieds 100 mit 2 fl. verpensionirt und wider die morosos executive procedirt werden soll. Inmassen aber an solcher verglichenen Zinsung noch gar wenig eingegangen, sondern der mehrere Theil hinterstellig verbleibt, dann weiß man sich über so lange Gedult anders nicht zu verhalten, als daß diese Zinß-Zahlung gleich wie die Contributionen exequendo eingetrieben werden.

16 Und wieder in dem Ritter-Abschied de dato Ulm den 17. Nov. 1660. §. 5.

So haben 5tens diejenige HHrn. Ritters-Gliedere, so verzinßliche Capitalia dem gemeinen Ritter-Wesen schuldig bleiben, vermög Recess de anno 1655. 5 Jahr lang à dato 4 Febr. 1655. 2 fl. von 100. und die 5 darauf folgende Jahr halbe Zinß reichen sollen, wie aber solche Verabscheidung bißhero gar nicht observirt, noch solche moderirte Interessen gelieffert worden, als will man die HHrn. Debitorn NB. zu Ablegung der Schuldigkeit nochmahlen getreulich erinnert, und aber auf unverhofften Fall nicht Zuhaltens sich erklärt haben ernstlichere Mittel an Hand zu nehmen.

17 Wiederum in dem Recess de dato Ulm den 5 Nov. 1665. §. 3.

Drittens hat man vermög Ritter-Abschieds de dato den 4 Febr. 1655. denen jenigen HHrn. Ritters-Gliedern, welche verzinßliche Capitalia zur Ritter-Cassa schuldig, alle bis dorthin vertagte Interessen mit der Maß nachgelassen, daß von solcher Zeit an jedes 100 fl. Haupt-Gut 5 Jahr lang mit 2 fl. und die andere 5 Jahr mit 2 fl. 30. kr. pensionirt, und drauf wircklich exequirt werden solle. Und eben dieser Schluß ware den 25 Sept. 1657. auf die richtige Bezahlung oder Anordnung der verabschiedeten Execution wiederhohlt und bestättigt; Jedoch ist an solchen Zinsen bis daher ein geringes, und fast gar nichts erlegt worden. Alldieweilen aber die gute und an lauter baarem Geld vorgestreckte Capitalia länger nicht ohne tragenden Nutzen gelassen werden können, so ist concludirt, daß hinfüran 5 Jahr lang eines jeden Jahrs mehr nicht, als 2 fl. von jedem 100 fl. abgezinßt, von denen alten Restanten allzeit ein solcher Jahr-Gang dazu gethan und samentlich des Jahrs 4 fl. pro cento gereicht, ja zu Bezeugung rechtschaffener vertreulicher Freundschafft eventualiter eine solche Milderung geschehen solle, daß und wann die 2 fl. von jedem 100. fl. in das künfftig richtig exsolvirt, mit dem ersten Current zwischen St. Martini und Weyhnachten diß Jahrs angefangen und führohin ordentlich beyhalten würde, aller biß dahero aufgeschwollener Hinderstand in suspenso bleiben und vielleichten wohl gar nachgesehen, widrigen und nicht einhaltens Fall aber ohn einige ferner Aufzüglichkeit der Weg Rechtens ergriffen, und auf den vollkommenen Zinß-Hinterstand bis auf die Execution volvirt und ausgeführet werden solle.

Und abermahl in dem Recess de dato Ulm den 18 23 Nov. 1668. §. 5.

Fünfftens hat man den 5 Nov. 1665. §. 3. recessiret, daß diejenige HHrn. Ritters-Gliedere, so verzinßliche Capitalia zur Cassa schuldig von anno 1655. her 5 Jahr lang 2 fl. von 100 fl. und die 5 drauf gefolgte Jahr halbe Zinsen reichen sollen. Es ist aber solche Verabschiedung bis daher mit nichten observirt, noch das moderirte Interesse abgestattet worden. Nun will man es bey den halben Zinsen nochmahls bewenden lassen, und aber hiemit ernstlich erinnert haben, daß die Debitorn ihre Schuldigkeit ablegen und zu andern Mitteln nicht Ursach geben sollen.

So dann in dem Recess de anno 1689. den 19 26 Martii §. 5.

Fünfftens die Activ-Schulden des Donau-Viertels durchgangen und hinkünfftig entweders halbschiedig verinteressirt oder aber auf Abrichtung der Haupt-Güter tractirt, mittelst dessen das Anlehen der 8000 fl. verzinßt und das Capital selbsten, so balden als immer müglich, wiederum abgeledigt werden solle.

Und wieder im Recess de dato Ulm den 9 Octob. 20 1691. §. 2.

Drittens von denen Activ-Capitalien, die bis auf den jüngsten Recess anno 1689. den

26 Martii aufgeschwollene Interessen im Fall künfftigen Zuhaltens abgetilgt seyn und bleiben, von selbiger Zeit an aber entweders halbes Interesse jährlich gelieffert, oder aber das Haupt-Gut auf gewisse Fristen durch das Directorium nach dessen Gutbefinden veraccordirt werden solle.

21 Letzlich nochmahls im Ritter-Abschied de d. 15 Jan. 1694. §. 5.

Fünfftens nochmahl geschlossen, daß man vermög voriger Recessen die Interessirung oder Abzahlung der Zinß-Capitalien in Gang bringen solle.

22 Wer, sagen wir nochmahls, wollte nicht erachten und dafür halten, daß auf so offtmahlige ernstliche mit Bedrohung der Execution und Aufkündung der Capitalien beschehene Anmahnung die Zinsen zu zahlen oder das Haupt-Gut abzurichten, die Debitores als Mitgliedere Löbl. Ritterschafft nicht durch die bono publico totius Corporis Nobil. communi consilio & consensu errichtete Ritter-Recess und Abschiede in conscientia sollten verbunden worden seyn, bonam fidem von selbst absque ulteriori speciali monitione zu agnosciren, und ihre Schulden zu bezahlen, sie seyen bey solchen Ritter-Conventen, da die Recess aufgerichtet, gewesen oder nicht? Denn sind sie in Person dabey gewesen und haben die Recess mit aufrichten und corroboriren helffen, so wird kein vernünfftiger Mensch darein einigen Zweifel setzen, daß sie durch die proprio consilio & consensu errichtete Recess, und die darinn enthaltene ernstliche Anmahnung zur Zahlung, nicht sollten gnugsam interpellirt und auf solche Interpellation vorlängst zu zahlen, und den Recessen ein Genügen zu thun schuldig gewesen seyn. Sind sie durch andere ihre Mitglieder, denen sie Gewalt gegeben, dabey erschienen, kan eben so wenig daran gezweiffelt werden, in Betrachtung,

quod quæ quis per alium fecit, ipse per se feciſſe videatur

c. 72. de reg. jur. in 6. ibi Dynus Muxell.
l. 71. §. 5. ff. de acq. hered. l. 6. §. 1. de precar.

& quod Procuratoris aut mandatarii scientia perinde ut negligentia, ipsius Principali noceat ac imputetur

l. 10. C. de Procurat.

23 Sind sie gar per contumaciam ausgeblieben, und bey den Ritter-Tägen weder in Person noch durch andere Gevollmächtigte erschienen, binden sie nicht destoweniger die von den Erschienenen aufgerichtete Recess gleich als wann sie zugegen gewesen wären.

arg. Rec. Imp. de an. 1512. §. Es sollen auch &c. 7. ibi: *Ob aber einer oder mehr ausbleiben und nicht erscheinen oder ihre Bottschafften nicht schicken vvürden, das doch keines vveges seyn soll, so sollen die andere, so erscheinen vverden, nicht destominder in Sachen, darum sie erfordert seyn, fürgehen. Und vvas dieselbe so erschienen sind, oder der mehrertheil aus ihnen auf die Pflicht derhalben aufgericht, oberührter Massen endlich berathschlagen und beschliessen vverden, dem soll von allen Ständen gefolget, nachkommen, und vollstrecket vverden ohne alle Widerred und Weigerung*, quod conveniens est quoque juri communi per l. 45. C. de Decur.

24 Bleibet demnach, daß die Debitores qu. sich wegen der so offt auf öffentlichen Ritter-Tägen beschehenen Anmahnung und Interpellation, deswegen sie vorlängst die Schuld oder Zinß zu zahlen schuldig gewesen, nulla ratione mit der Præscription, ceu quæ ob malam eorum fidem nunquam fieri potuit, schützen können.

25 Und ob gleich 4.) die auf denen Ritter-Tägen durch sothane allda aufgerichtete Recess beschehene, und toties quoties reiterirte Interpellation nicht judicialiter geschehen, daher von den Debitoribus inferirt werden will, daß demnach durch solche die Præscription nicht inhibirt oder verhindert werden können, so wird ihnen doch kräfftigst entgegen gesetzt,

quod utique etiam extrajudicialis denunciatio ac interpellatio imprimis toties in publicis Conventibus facta usurpationem & præscriptionis interruptionem operetur, ac ad impediendam præscriptionem sufficiat, de Jure enim Canonico omnis interpellatio, quæ malam fidem inducit, præscriptionem interrumpit.

Heig. *lib. 1. q. 16. n. 63.*

quod autem hæc interpellatio in publicis Conventibus per dictos Recessus facta & toties ingeminata ap. Debitores quæst. malam fidem induxerit, dubitare nos non sinunt ante deducta. Et quod in specie extrajudicialis interpellatio effectum interrumpendi præscriptionem in actionibus personalibus habeat, in terminis tradunt

Struv. *Ex. 43. th. 28.* Rauchbar. *lib. 2. q. 28. n. 30.*

26 Mögen also wider diese biß dahero stabilirte Meinung nichts verfangen die in contrarium angeführte Schein-Gründe und rationes dubitandi. Denn so viel die erste betrifft, so hat es seine geweißte Wege mit der disposition des Juris Civilis, und ist es allerdings unstrittig

quod JCivili regulariter omnis actio, non habita ratione bonæ vel malæ fidei, aut tituli, 30. annorum spatio præscribatur

l. 3. l. 4. l. 7. C. de præscript. 30. ann. l. 2. C. de const. pec. l. 2. C. de ann. except.

quia

quia tanto tempore non petens id, quod ſibi quoquo modo debebatur, cum petere poſſet, intelligitur jus ſuum, quod habuit, vel actionem perſonalem, qua munitus fuerat, à ſe quaſi ipſemet abdicaſſe,

l. 28. ibi: *vix eſt, ut non dicatur ipſemet alienare, qui patitur uſucapi. ff. de verb. ſignif.*

Sicque præſcribens, dum rem habet cum conſenſu domini ſaltem tacito & à lege præſumpto, propter non factam condictionem

arg. l. 18. ff. mand.

nullam domino inferre videtur injuriam, quia dum reclamare poterat & non contradixit, cum poſſet, pro conſentiente habetur, non aliter atque is, qui non appellat à ſententia,

l. 7. C. de appell. j. c. ſcienti in fin. de reg. jur. l. 1. §. 5. ff. de injur.

27 Daß aber præſuppoſitum wird, daß das Jus Civile in hoc paſſu quoad præſcriptionem actionum perſonalium per Jus Canon. nicht corrigiret, ſondern allein ad præſcriptionem rerum corporalium und actionum realium die beſchehene Correction zu reſtringiren ſey, ex hac intercedente differentiæ ratione, quod præſcriptio rerum corporalium & actionum realium cauſetur ac procedat ex poſſeſſione, quia in illa requiritur factum & animus præſcribentis h. e. poſſeſſio, ideo illa nequeat procedere absque bona fide; In præſcriptione actionum perſonalium vero nullum requiratur factum præſcribentis, ſed illa currat tantum ex deſidia & negligentia creditoris debitum non petentis, hinc non deſideret pro ſubſtantia bonam fidem præſcribentis, ut qui hîc retinet ſaltem debitum, quod creditor per tempus legè definitum non petens pro derelicto habere intelligitur aut potius profundit ſupina ſua negligentia,

l. 2. verbis: *ſit inter deſides & vigilantes differentia. C. de annal. except. c. placuit. 2. §. præſcriptionum. verſ. hæ præſcriptiones &c. juncto verſ. odit autem & punit circa rem ſuam negligentes & deſides. 16. q. 3.*

28 iſt ein ſolches Præſuppoſitum, das nicht zugegeben werden kan, inmaſſen in prima decidendi ratione dargethan, quod de Jure Canonico nulla præſcriptio cum mala fide procedat, ſive illa præſcriptio cauſetur ex poſſeſſione præſcribentis, ſive ex odio & negligentia non petentis, adverſus quem præſcribitur, & adeo nec præſcriptio actionum perſonalium iis, qui ſciunt ſe aliis obligatos eſſe, & ita in mala fide conſtituti ſunt, currat, & ſic Jura Civ. quatenus in illis tricennalis vel quadragenaria actionum perſonalium præſcriptio cum mala fide procedens approbatur, omnino per Jura Canonica ſint correcta, hæcque etiam in foro Imperii obſervanda, & inde non magis in perſonalibus quam realibus actionibus hi, qui aliis ſe obligatos eſſe ſciunt, & in mala fide conſtituti ſunt, audiendi præſcriptionis exceptione ſe tueri volentes, quia intendunt ſe cum alterius damno locupletare, quod eſt contra legem naturæ,

l. 14. ff. de cond. indeb.

& contra generalem juris naturæ regulam: Quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris.

Ægid. Bellamer. *ad c. fin. x. de præſcript. per hoc ipſum cap. quod generaliter loquitur, nec diſtinguit, proinde nec noſtrum erit diſtinguere.*

Et quamvis videri poſſet, de rerum corporalium & actionum realium præſcriptione ſaltem loqui textus

in c. 2. de reg. jur. in 6. c. 17. c. fin. x. de præſcript. ibi: *conſcientiam habet rei alienæ.*

Tamen ratio *in d. c. fin.* addita, quod videlicet omni conſtitutioni & conſuetudini ſit derogandum, quæ ſine mortali peccato obſervari non poteſt, generalior eſt, & procedit in quacunque præſcriptione cum mala fide, etiam ſuper actionibus perſonalibus, propter verbum univerſale *omni* ibi poſitum, quod nihil excludit.

arg. l. 10. de leg. 1.

Præterea rei appellatione continentur quoque actiones ac jura.

l. 5. l. 23. ff. de verb. ſignif.

Proinde & hic præſcriptiones jurium & actionum perſonalium ſub præſcriptione rerum alienarum cum mala fide *in d. c. fin.* prohibita comprehenduntur.

Ac licet quis reponat ſubjectam materiam illam ampliationem vel extenſionem non admittere, ex quo vocabulum Poſſeſſoris rerum impoſſibile eſt verificari in debitore ex contractu mutui, empti venditi, & ſimilibus, ex quibus quis poteſt conveniri ad dandum vel præſtandum res, quæ in genere ſuo, non autem in ſpecie, functionem recipiunt, cum is nihil dicatur poſſidere, neque pecuniam mutuatam, quæ ſtatim poſt traditionem creditoris ex cauſa mutui facta eſt accipientis propria, & ita nullam pecuniam detinet debitor penes ſe, quæ ſit aliena, ſicut & qui ex cauſa empti & ſimilibus contractibus debet pecuniam, priusquam ſolvat, ea adhuc eſt detinentis propria, non autem aliena, neque ſane dicitur, debitorem poſſidere jus alienum vel actionem alienam, quæ non penes ipſum, ſed penes creditorem hæret.

l. 5. l. 12. C. de oblig. & act.

Attamen notandum debitorem obligatum actione perſonali conveniendum largo modo quoque dici poſſe poſſeſſorem ſaltem alieni juris,

juxta Felin. *ad c. fin. de præſcr. num. 2. per l. 13. §. fin. ibi debitore, quaſi juris poſſeſſore. de petit. hered.*

Unde Jura Canonica de possessore malæ fidei loquentia etiam ad quasi possessorem i. e. debitorem hactenus extendi queunt, maxime cum lex correctoria, quantumvis alias haud facile extendenda patiatur omnino extensionem, quando agitur de favore animarum & evitando peccato, notante

Felino *in c. ex translato. de constit. n. 13.*

29 Weil nun in proposito casu die Debitores qu. in mala fide constituirt gewesen, haben sie die contra ipsos competentes actiones nicht præscribiren können, wohlfolglich sind dieselbe annoch Hochlöbl. Ritterschafft in salvo und keines Weges præscriptione extinguirt.

30 Die andere dubitandi ratio empfängt ihre abhelffliche Maß ex secunda & tertia decidendi ratione, denn eben durch die auf den Rittertägen aufgerichtete Receß, worauf man sich beworffen und bezogen, nicht das Corpus nobilitatis, qua tale, sondern die Löbl. Ritterschafft incorporirte Debitores in specie, die gewisse Haupt-Güter in die Ritterschafftl. Cassa schuldig, und zu verpensioniren verpflichtet, de solutione debitarum usurarum ac pensionum interpelliret worden, daher kan dasjenige, was de differentia universitatis & corporis qua talis, & membrorum ejus angezogen, und was daraus fließt, hier nicht commode applicirt, noch daraus inferirt werden, quod interpellatio in collegiali conventu facta haud præjudicet singulis membris Collegii in complenda præscriptione, sondern ist vielmehr diß Argument zu invertiren und zu concludiren, daß weil diese Interpellation so offt auf den öffentlichen Ritter-Conventen durch die daselbst errichtete Receß geschehen, solche desto grössere Würckung habe, und die Debitores als incorporirte Ritters-Gliedere desto mehr in mal. fidem setze und hindere, daß keine Præscription von ihnen opponirt werden möge. So ist endlich auch die tertia dubitandi ratio bereits durch die vierte und letztere decidendi rationem hingewiesen.

Seynd demnach nochmals der beständigen 31
rechtl. Meinung, daß die wider die Debitores qu. competirende Actio durch die vorgeschützte Præscription keines Weges aufgehoben zu seyn erachtet werden möge, sondern, wann sonst nichts nachtheilig, annoch von Rechts-wegen für wohl fundirt zu halten.

Welches wir also, salvo semper cujusvis melius sentientis judicio, zu gn. verlangter rechtlichen Belehrung gehorsamst nicht verhalten sollen, nechst fernerer gehorsamer Recommendation unsers Collegii verharrend Actum in Collegio nostro den 11 Junii 1695.

Ew. Gn.

Dienstverpflichtete
Decanus und andere Dd. der Juristen Facult. bey gemeiner Fürstl. Würt. Univ. Tübingen.

CONSILIUM L.
DE
Restitutione adversus sententiam, & de Compensatione.

SUMMARIA.

1. 2. Usuræ usurarum sub pœna infamiæ prohibitæ sunt.

3. 5. 6. Nec magis fructuum, qui Judicis officio debentur, usuræ permissæ sunt, quam usurarum usur. junct. 23.

4. Aliud in judicio hereditatis petitionis universali obtinet.

8. Compensantur expensæ ob mutuam victoriam, Con- & Reconventione institutæ. junct. 29.

9. Remedium sententiæ impugnativum nullum supereſt illi, qui actum sententiæ conformem suscepit.

10. Restitutio in integrum, perinde ut appellatio sententiam suspendit. Quod tamen limitatur.

11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. Actorum series continetur.

20. Compensationis requisita referuntur.

24. 25. Berlichii eumque secuti Struvii opinio, Cessionarium usurarum usuras petere posse, refellitur.

26. Liquidationis in Antichresi, aliarumque causarum, in quibus multæ præstationes hinc inde faciendæ occurrunt, discussio commodissime per Commissarios fit.

Urthel.

IN Restitutions-Sachen Peter Christian Ramels Wittwen und Sohns Vormunder, Imploranten Eines: Entgegen und wider Ewald Bogislaff Bonian Imploraten andern Theils, erkennen und sprechen von GOttes Gnaden Wir Friderich der Dritte, Marggraff zu Brandenburg, des Heil. Röm. Reichs Ertz-Cämmerer und Chur-Fürst, ꝛc. ꝛc. auf eingeholten Rath auswärtiger unpartheyischer Rechtsgelehrten vor recht, daß die wider die den 30 Octobr. 1693. publi-

publicirte Urthel von Imploraten deducirte Gravamina gantz unerheblich, die von Imploranten aber wider selbige eingewandte Gravamina von deren Erheblichkeit seyn, daß derentwegen gedachte Urthel dahin zu reformiren, daß Imploranten die dem Imploraten zuerkandte 66 Rthlr. 24 lß. Zinß, sammt den vor die ausser der Hupkermühl genossene Abnutzungen zugesprochene 1560 Rthlr. cum interesse ad alterum tantum, pro rata baar zu bezahlen nicht schuldig, sondern gegen das, was ihnen von denen dem Imploraten zuerkandten 66 Rthlr. 24 lß. Zinß, und vor die Abnutzungen der Mühl zugesprochenen 1560 Rthlr. ohn einiges darauf weiter schlagendes Interesse, zu bezahlen treffen wird, mit der an Imploraten aus der Hupkermühle geforderten Mühlen-Pacht bereits zuerkandten Compensation billich zu hören, und also diese beyde Schulden, so weit sie gegen einander stehen, per compensationem aufzuheben. Deßwegen beede litigirende Theil auf einen gewissen ansetzenden Termin citirt werden und unausbleiblich erscheinen sollen, richtige liquidation dieser und anderer in hoc Judicio befangener Posten und Prætensionen beyzulegen und pflegen, was so dann, auf beederseits richtig gestellte liquidation, und der gegen einander gemachten liquiden Forderungen beschehene Compensation ein Theil dem andern hinaus bleiben wird, dazu soll demjenigen, der an den andern noch zu fordern haben wird, per viam executionis schleunigst geholffen werden, compensatis expensis.

Daß diese Urthel denen Rechten und den uns zugesandten Actis gemäß sey, bekennen wir Decanus und andere Dd. &c.

RATIONES DECIDENDI.

DJe Ursachen, so uns zu Abfassung vorstehender Urtheil und der den 30sten Octobr. anno 1693. publicirte Sentenz Reformation veranlasset und commoviret, kürtzlich zu deduciren, so bestehen selbige fürnemlich darinn:

1 1.) Haben wir des Imploraten wider obgedachte den 30sten Octobr. publicirte Urtheil deducirte Gravamina nicht vor erheblich gehalten, noch halten können, in reiffer Erwegung, daß weder von den 66 Rthlr. 24 lß. ausser dem von Jüra, Heinrich und Paul, Gebrüdern den Rameln, weyland Paul Ramels Söhnen, an Carsten, Henning und Cart Gebrüdere, die Ramel, weyland Jochim Ramels Söhne, geforderten, und per compensationem extinguirten Capital, der von erwehntem Paul Ramel ermeldtem Jochim Ramel ao. 1562. vorgestreckten 100 fl. ad alterum tantum adjudicirten Zinsen, noch von denen vor die von Jochim Ramels (dem die Hupkermühle von gedachtem Paul Ramel in anno 1565. auf 20 Jahr vor 300 Marck ganabahrer Müntz, und 2 eingegebene Wiesen versetzt, und Jure antichretico eingeraumet worden,) Söhnen und Enckeln aus besagter Hupkermühle erhobene, und in der den 17 Nov. 1618. den 22 Jan. 1655. Jürg, Paul und Heinrich Rameln zuerkandte Abnutzungen, in der den 30 Octobr. 1693. eröffneten Urtheil itzigen Imploraten, als Henning Ramels, des Heinrich Ramels Sohns, Cessionario zugesprochenen 1560 Rthlrn. mit Recht einiges Interesse oder Zinsen gefordert werden können, noch in erst angezogener Urtheil hätten zuerkandt werden sollen, geschweigen dann, daß solch Interesse oder Zinsen prætendirter Massen ultra alterum tantum sollten gefordert werden können, dieweil bekandten Rechtens, 2

quod usuræ usurarum sub pœnæ infamiæ prohibitæ

l. 29. ff. de usur. l. 26. §. 1. ff. de condict. indeb. l. 27. ff. de re jud. l. 20. C. ex quib. caus. infam. irrog. l. ult. C. de usur.

adeo, ut ne quidem favore civitatum à debitoribus pecuniæ frumentariæ usuras usurarum exigere permissum sit.

l. 2. §. 5. ff. de administr. rer. ad civit. pertin.

Et cum ante Justinianum nullo aperto jure prohibitum erat, illas in sortem redigere, & illarum in sortem redactarum usuras stipulari ac exigere, sed hoc indies fiebat, eoque commento improbi fœneratores leges, quibus usurarum usuras exigere vetitum erat, eludebant, ipse Imperator Justinianus id cohibuit, & si forte fieret constituit, usuras semper usuras manere, sortique antiquæ tantummodo usurarum incrementum accedere debere,

in d. l. ult. C. de usur.

quin & idem sanxit, ut nec usurarum, in quas quis condemnatus, usuras exigere cuiquam liceat.

l. ult. Cod. de usur. rei judic. ubi ait, se constituisse usurarum usuras penitus delendas esse, & nullum casum relinquere, ex quo hujusmodi machinatio induci possit.

3 Nec magis fructuum, qui Judicis officio debentur, usuræ permissæ, quam usurarum usuræ,

l. 15. ff. de usur.

Uti n. Jura nostra usuras usurarum velut prodigiosam superfœtationem damnant, sic nec alterius accessionis accessionem, compendii compendium, commodi commodum, admittunt, & à Judice, implorato officio ejus, adjudicari concedunt, ne præstationes sint infinitæ, & computatio immanis nullo termino ac fine circumscripta fiat.

l. 2. §. 5. ff. de adm. rer. ad civit. pert.

4 Quod ex eo insigniter confirmatur, quod JCtus Papinianus

in l. 51. §. 1. ff. de hered. petit.

hoc tanquam Jus singulare in judicio hereditatis petitionis universali obtinens refert, ut fructuum ante actionem hereditatis illatam, hoc est, ante motam illi, qui res hereditarias pro herede vel pro possessore possidet, de iis controversiam, perceptorum usuræ vero heredi res hereditarias per hereditatis petitionem illi evincenti præstari debeant, quia nimirum hereditatem auxerant & pars vel portio hereditatis factæ sunt, sicque ipsa petitione hereditatis, cujus pars sunt, continentur.

Cum ergo hoc casu non sint accessiones, sed pars ipsius rei principalis in judicio petitæ, omnino eorum talis habenda est ratio, ut si venditi, pretii inde redacti usuræ, ob moram in ejus restitutione commissam, adjudicandæ veniant. Et ideo aliud quoque definit JCtus in fructibus post litem motam perceptis, horum nempe usuras non præstandas, quia non ut pars hereditatis jure actionis petiti intelliguntur, sed saltem officio Judicis cum re, ex qua percepti, tanquam ejus accessiones restitui debent, idcirco eorum usuras vel fructus adjudicare haud sinit æquissima illa Juris regula, quæ vetat accessionis accessionem dari, & commoda commodorum incrementa facere.

d. l. 15. ff. de usur. ibi Brunnemannus *l. 2. §. 2. ff. de admin. rer. ad civit. pert.* Cujac. *ad d. l. 51. §. 1. ff. de hered. petit.* Hottomannus *de usur. c. 3.*

5 Als nun die ausser der Jure pignoris & antichreseos inngehabten, und hernach via compensationis liberirten Hüpkermühle gehobenen Nutzungen, welche Jochim Ramels Söhne, (von deren einem Imploranten herkommen,) sammt der Mühle zu restituiren condemnirt worden, indubie accessiones und fructus der Mühlen seyn, die in actionem pignoratitiam accessorie kommen, & officio Judicis una cum re oppignorata restitui debent;

arg. l. ult. Cod. de Jur. dot. verbis: reditus, pensiones vel usuras vel alias accessiones. *l. ult. §. Sin autem. 4. Cod. de bon. quæ liber.* ibi: vel minime reditus vel alias accessiones contineat.

So können daraus mit Recht weiter keine 6
Zinsen oder Interesse gefordert und zuerkandt werden, cum, ut demonstratum, fructus & accessiones aliam extrinsecam accessionem nullatenus admittant, geschweige, daß solche ultra alterum tantum daraus sollten können gefordert oder zuerkandt werden. Um so weniger, als Carsten Ramel & Consortes in der Urtheil vom 17den Novembr. 1618. erstmals condemnirt worden, die aus der Mühlen vorenthobene Abnutzungen damaligen Klägern prævia liquidatione zu erstatten, mit welcher Liquidation es auf ihr, der Kläger, Seiten selbst angestanden, biß itziger Implorat, als deren Cessionarius, Anno 1680. erst die Liquidation gedachter Mühlen Abnutzungen eingegeben, also biß dahin selbst in mora sowohl gewesen, als itziger Imploranten Vorfahren.

Und irret Implorat, daß er vermeint, daß 7
die Zinsen der Abnutzungen im Behörs Bescheid vom 7den Julii 1681. ihm schon expresse zuerkandt seyn. Denn was allda in Clausula: Es wäre denn ꝛc. de usuris gemeldt, muß ad subjectum habile, nemlich auf das Pretium der Mühle, von dessen Refusion und Erstattung vorher gedacht worden, restringiret werden, sonst wann es simpliciter auf alles vorhergehende gezogen werden sollte und wollte, würde folgen, daß Imploranten Vater und Carsten Ramels Erben auch von den in der Urtheil vom 22sten Jan. 1655. zuerkandten Zinsen usuras zu bezahlen condemnirt wären, so doch Implorat selbst itzo nicht prætendirt, und dahero hat itziger Imploranten respective Ehe-Mann und Vater, seel. Peter Christian Ramel, in seiner bey dem den 13den Februarii 1689. gehaltenen Behör sub A. übergebenen Beantwortung Ewald Bogislaff Bonins bey der den 12. und 13den Decembr. 1682. zu Petervitz gehaltenen Commission eingegebenen Liquidation, recht und billich so wohl wider das von den Abnutzungen der Mühlen, als denen 66 Rthlr. 24 ßß. Zinsen, ad alterum tantum in die Liquidation gebrachte und geforderte Interesse excipirt.

Von den Proceß-Kosten, in deren Uber- 8
gehung Implor. sein anders Gravamen setzet, ist 2.) gleichfalls nichts zu gedencken, denn selbige nicht unbillich præterirt, in solcher grausamen confusen Sache, wie diese ist; (als Actor. pag. 309. wohl mit Recht davon gesaget wird,) massen aus derselben zu kommen, einer wohl und mit allem Fleiß die gesammte alte und neue Acta zu lesen, da zumal

da zumal res in æquilibrio stehet, und einem Theil so viel als dem andern zu imputiren, daß die Sache in dergleichen Weitläuffigkeit verfallen, und so lange aufgezogen worden. Zu dem ist conventio & reconventio instituirt, und hat einer an den andern rechtmäßige Schuld gefordert, welche auch einander pro concurrente summa aufheben, wie solches nicht nur erst itzo durch diese Urtheil zugelassen wird, sondern vorhin schon durch die vom 26 Julii 1682. zuerkandt worden ist, weil also der eine Theil in conventione, der ander in reconventione obtenirt, leidet billig ein jeder seine aufgewandte Unkosten.

Ubi enim mutua & æqualis est victoria, atque actor conveniendo, reus vero reconveniendo obtinet, ibi communiter expensarum fieri solet compensatio, quam mutua ista victoria inducit, licet par non fuerit calculus expensarum, uti hoc frequentissime accidit, ut unus plus altero impendat, rarissimeque æquales à litigantibus fiant; imo etsi quoque in causa, ubi mutua & æqualis est victoria, judex victum victori in expensas condemnaverit, neuter tamen condemnatus censetur.

Henr. Temmen. *tr. de Expens. lit. cap. 9. sect. 1. n. 15. 17.*

9 Sind demnach diese des Imploraten Gravamina von gantz keiner Erhebligkeit und 3) so weniger zu attendiren, weil Implorat die den 30 Octobr. 93. publicirte Urtheil bereits ohn einige Bedingung agnoscirt und genehm gehalten, eo ipso daß er den 27 Nov. 93. zu deren Execution ein Monitorium auf die ihm darinn zuerkandte Posten gebeten, deßwegen die den 8 Decembr. 93. hernach dawider gesuchte Restitution in integr. nicht mehr statt zu finden, noch die eingewandte gravamina, wann sie schon erheblich wären, mehr in einige Consideration zu ziehen zu seyn scheinen. Denn wird bloß aus dem, da sich einer der ergangenen Urtheil halber bedanckt, die acceptatio sententiæ arguirt, und kan deßwegen kein Remedium sententiæ impugnativum mehr statt finden, wie viel mehr wird solches Platz greiffen, und daher das Remedium restitutionis in integrum cessiren, wann einer ohn einig Beding der Urtheil Execution oder ein Monitorium auf die in der Urtheil erkandten Summ bittet, weil ein weit mehrers inferirt die Bitte der Execution der ergangenen Urtheil, als die bloße Dancksagung vor ertheilte Urtheil, und die Bitte der Execution mit der gesuchten Restitution wider die Urtheil nicht bestehen kan

10 dum restitutio in integrum, perinde ut appellatio, sententiam suspendit, & executionem ejus sistit, nisi præsumptio sit, eam ad litem tantum differendam calumniose peti nec relevantes ad eam petendam adsint causæ.

l. un. C. de in integr. rest. post. l. 32. C. de transact. l. 42. de minor. Finckelthus. *Obs. 106. num. 1. seqq.* Sigism. Scacc. *de appell. q. 19. remed. 2. n. 46.* Mynsing. *1. O. 48.* Uffenbach. *de Fu-*

dic. Cæs. Aulic. cap. 23. sect. 3. p. 264.

II. Haben wir hergegen die von Imploranten wider obgedachte Urtheil vom 30 Octobr. 1693. eingewandte Gravamina von deren Erhebligkeit zu seyn erachtet, daß derentwegen ermeldte Urtheil auf bedeutete Weyse zu reformiren, daß nemlich Imploranten die dem Imploraten zuerkandte 66 Reichs-Thaler 24ßß. sammt denen vor die ausser der Hüpkermühlen genossene Abnutzungen zugesprochene 1560. Reichs-Thaler cum interesse ad alterum tantum pro rata baar zu bezahlen nicht schuldig, sondern gegen das, was ihnen von denen dem Imploraten zuerkandten 66 Rthlr. 24ßß. Zins, und vor die Abnutzung der Mühl zugesprochenen 1560 Reichs-Thaler ohn einiges darauff weiter schlagendes Interesse, zu bezahlen zukommt oder trifft, mit der aus der Hupkermühle an Imploraten geforderten Mühlenpächten bereits zuerkandten Compensation billig zu hören, und also diese beede Schulden pro concurrente summa gegen einander per compensationem aufzuheben; Dieweil, obwohl in dem Behörs-Bescheid vom 7 Julii 1681. erkandt worden, daß weil die so genannte Hüpker- oder Klaptowsche Mühle dem seel. Jochim Rameln nur oppignorirt gewesen, und dero Restitution per sententias vom 7 Oct. 1597. vom 17 Nov. 1618. vom 22 Januarii 1655. der Proprietariorum Lehens-Erben cum fructibus wieder zuerkandt worden, gedachten Jochim Ramels Söhne in ihren Erb-Verträgen vom 20 Julii 1608. die Mühle, als ein eigenthumlich Gut, nicht haben mit in die Theilung bringen, noch einen particul dero Pächten der Reinfeldischen Mühl zu Ergäntzung der Intraden perpetuirlich zulegen können, darum weil Ewald Bogislaff Bonins Vatter des letzten proprietarii der Mühle Henning Ramels zu Bulgrin, per sententiam vom 22 April 1655. erstrittenes Recht an sich gekaufft, und ex cessione in dessen Stell getreten, so sey ermeldter Bonin nicht verbunden einige Pächte zu Ergäntzung der Reinfeldischen Mühle-Intraden aus der Hüpkermühle beyzutragen, es wäre denn, daß Peter Christian Ramel, und Christian Ramels Erben, so wohl das pretium der Mühl, als die in der Urtheil vom 22 Junii 1655. erkandte Abnutzungen und Zinse, so Bonins Vatter dem proprietario gezahlet, Bonian pro rata & cum usuris wieder erstattete, auf welchen Fall der Reinfeldisch. Mühle die in berührtem Erb-Vertrage de Ao. 1608. aus der Hüpkermühle zugelegte Pächte billig verblieben; doch sothaner Bescheid nach von Christian Peter Rameln dawider gesuchter Restitution in integrum durch die den 26sten Junii 1682. publicirte, pag. Act. 100. befindliche Urtheil, so viel den von Peter Christian Rameln an Bonin prætendirten jährlichen Beytrag der 15. Scheffel Korn aus der Hüpkermühl zu Ergäntzung der Reinfeldischen Mühle-Intraden betrifft, revocirt und wieder aufgehoben worden, denn ob es wohl darinn heißt, daß Gravamina unerheblich, und es der-

halben beym Decreto vom 7 Julii 1681. zu lassen, so wird doch revera und in dem Wercke angezogenes Decretum durch die angehängte „Clausul: beede Pàrte aber sind schuldig, NB die „hinc inde restirende Pächte coram Com„missariis zu liquidiren. Was dann facta „compensatione einem oder andern Theil an„noch zukommen wird, dazu soll ihm per viam „Executionis geholffen werden; in puncto der aus der Hüpkermühlen von Christian Peter Rameln geforderten Pächten reformirt, inmassen ja in gedachtem Decreto gesprochen worden, daß ermeldter Bonin nicht verbunden einige Pächte zu Ergäntzung der Reinfeldisch. Mühle-Intraden aus der Hüpkermühle beyzutragen, es wäre dann ꝛc. Dagegen in der Sententz vom 26. Junii 1682. erkandt worden, daß beede Theile ihre hinc inde restirende Pächte zu liquidiren schuldig, und zu compensiren befügt seyn sollen, was dann einem oder andern Theil facta compensatione noch zukommen werde, dazu solle ihm per viam executionis geholffen werden; Und dieses ist
12 sonder Zweiffel der Ursach geschehen, weil Christian Peter Ramel auf die von ihm aus der Hüpkermühle jährlich prætendirte und in dem Erb-Vertrage de Anno 1608. klar fundirte 15 Scheffel Korn schon vorhin ein Mandatum arrestatorium wider den Müller erhalten gehabt pag. Act. 73. b. Bonin bereits den 22sten Decembr. 1681. zu deren Bestattung condemnirt, auch zu derselben Liquidation
13 citirt gewesen. pag. Actor. 75. & 76. Und obwohl die Hüpkermühle von Jochim Namels Söhnen nicht als ein eigenthumlich Gut mit in die Theilung können gebracht werden, so hat sie doch als ein Prædium ihrem Vatter cum pacto antichreseos oppignoratum darein gezogen werden können, und wann sie als ein eigenthumlich Gut per errorem wäre in die Theilung gekommen, so sind doch die Erben einander ex divisione & inito pacto respect. ad evictionem, indemnitatem & in-
14 teresse obligirt, deßgleichen ob wohl Jochim Namels Söhne kein particul der Hüpkermühlen-Pächte der Reinfeldischen Mühle zu Ergäntzung deren Intraden perpetuirlich zulegen können, so haben sie es doch in so lang wohl thun können, als ihr Jus antichreticum wehren, und biß die Mühle à pignoris & antichreseos vinculo völlig liberirt seyn würde, restituto nempe omni eo, dafür sie cum pacto antichreseos verschrieben, welches noch nicht geschehen zu seyn, Jochim Namels Söhne in den alten beygelegten Actis, die Hüpkermühle betreffend, urgiret, wie denn ihnen in der den 7ten Octobr. 1597. publicirten Urtheil, darinn sie erstmals zur Restitution der Hüpkermühle condemnirt worden, expresse wegen der gegen die Mühle sammt denen 300 Marcken eingeraumten zwey Wiesen ihre Action zu instituiren, und dieselbe wegen des geklagten Schadens und entzogenen Metzen fortzusetzen, vorbehalten worden.

15 Daß solchem nach nicht unbillig in der nach gesuchter Restitution in integrum wider den Behörs Bescheid vom 7 Julii 1681. publicirten Urtheil vom 26 Junii 1682. gesprochen worden, daß beede Parthe schuldig ihre hinc indereστirende Pachte coram Commissariis zu liquidiren, und was alsdann facta compensatione einem oder andern Theile noch zukommen werde, dazu solle ihm per viam executionis geholffen werden.

Wider welche Sententz der von Bonin kein Remedium sententiæ impugnativum instituirt, sondern dieselbe in rem judicatam erwachsen lassen, ja expresse approbirt pag. Act. 109. & 146. inmassen darauff beede Theile Commissarios zur vornehmenden Liquidation ernennet, und zu confirmiren gebeten, auch nach beschehener Confirmation auf von ihnen angesetzten Termin erschienen, und ihre Forderungen beederseits angegeben, weil die Commission aber allerdings fruchtlos abgangen, und dabey nichts ausgerichtet worden, sind sie wieder ad ordinarium Judicium gekommen, da jetzmaliger Implorat Ewald Bogislaff von Bonin starck urgiret, daß sich Imploranten Vatter Peter Christian Ramel auf die von ihm bey der Commission sub lit. A. & B. pag. Act. 131. 132. übergebene Liquidationes einlassen sollte, worzu auch Imploranten Vatter, rejecta opposita ipsius Exceptione, citentur omnes, quorum interest, per sententiam vom 1sten Novembr. 1686. condemnirt worden, weil er nur auff seinen Strang besprochen werde, p. Act. 160.

Er hat sich aber in po. liquidationis nicht 16
einlassen wollen, sondern allerhand Ausflüchte gesucht; Erstlich beym Behör den 23 April 1687. sich offerirt, dem von Bonin die Claptowsche Lehne, und mithin die Hüpkermühle, als proximus agnatus aus- und an sich zu lösen, mit den davor gegebenen 6300. fl. Es ist ihm aber durch den Behörs-Bescheid solches per conventionem auszuführen frey gelassen, und indessen sich auf die Liquidation einzulassen denuo injungirt worden, pag. Act. 172. dawider er restitutionem in integrum gesucht, und in exhibitis gravaminibus revocationem feudi urgirt; um willen aber den 3ten Julii 1688. gesprochen worden, daß es der gesuchten Restitution ungehindert bey dem Behörs-Bescheid vom 13ten April 87. zu lassen, dergestalten, daß Christian Peter Ramel seine actionem revocatoriam per conventionem anzustrengen schuldig, ihm aber alsdann zugleich, daß die prætendirte Abnutzung in dem Kauff-Schilling mitgeschlagen und selbige bey Einlösung des Guts von dem pretio abzuziehen, salva defensione des Bonins, auszuführen unbenommen, pag. Act. 188. er Ramel also hierauf actionem revocatoriam per conventionem angestellt, pag. Act. 194. Bonin aber sich, ehe und bevor das punctum liquidationis richtig gemacht und ihm Satisfaction gegeben, darauf einzulassen gewegert, sind sie wieder den 12 Decembr. 1688. zum

Be-

Behör gekommen, da Rameln nochmals durch den Behörs-Bescheid injungirt worden, sich in puncto liquidationis einzulassen, oder zu gewarten, daß die Liquidationes des Bonins für bekandt angenommen werden, und die revocatoriam in novo judicio zu instituiren.

17 Weil nun Ramel noch nicht parirt, sondern bey dem den 11. Jan. 1689. gehaltenen Behör nachgehends Exceptionem Legis Anastasianæ opponirt, cum juramento adversario delato, mediante eo anzuzeigen, was sein Vatter in specie der Forderung halber Henning Rameln bezahlt, und diese Exceptio L. Anast. durch den Behörs-Bescheid vom 11ten Jan. 1689. verworffen worden, ist er in 8. Rthlr. inner 4 Wochen zu erlegen in pœnam retardati Processus condemnirt, und ein neuer Termin sich hauptsächlich in po. liquidationis einzulassen, auf den 13ten Febr. 1689. angesetzt worden. Da sich denn endlich C. P. Ramel auf dem Behör in po. liquidationis eingelassen, anbey aber urgirt, daß Bonin sich im Gegentheil auf seine Liquidation zu Folge der Urtheil vom 26 Jun. gleichfalls einzulassen angehalten werden möchte, so ihm Bonin erstmals auch per mandatum aufferleget worden, pag. Act. 249. weil er aber trainirt, und ebenmäßig allerley Ausflüchte gesucht, so den Stich nicht gehalten, ist er durch förmliche Urtheil vom 3ten Nov. 1690. darzu nochmals condemnirt und pag. Act. 271. mercklich also gesprochen worden, daß Kläger (Bonin) seines Vor- und Einwendens ungehindert, sich zugleich auf des Beklagten (Christ. Pet. Ramels) Gegen-Liquidation fol. 221. seqq. mit Bestande einzulassen, und also NB. beede Theile simultaneo Processu ihre Forderungen hinc inde nach Anlaß NB. des Judicati vom 26 Jun. 1682. zur Endschafft zu befördern schuldig seyn sollen ꝛc. Worwider er Bonin Restitution gesucht, aber wegen des mißbrauchten Beneficii und retardirten Process in 3. Rthlr. ad Bibliothecam condemnirt, und die vorige Urtheil vom 3ten Nov. 1690. expresse wieder den 21ten Dec. 1691. confirmirt worden pag. Act. 318. wider welche Urtheil er querelam nullitatis movirt, aber sine effectu, denn dieselbe rejicirt, und es schlechter Dinge bey der den 21sten Dec. 1691. publicirten Urtheil gelassen worden den 7ten April 1692. ja da er noch länger cunctirt den so häuffig ergangenen und ihm sich in po. liquidationis einzulassen injungirenden Urtheiln und Decretis zu pariren, ist endlich die von Rameln den 13. Febr. 1689. p. Act. 221. eingegebene Liquidation in contumaciam d. 10 Jun. 1692. für richtig erkandt, und auf die in solcher Liquidation ihm Rameln von Bonin hinausbleibende 1070. Rthlr. den 14ten Jun. 1692. ein Monitorium an Bonin ergangen, der aber wider das Decret vom 10. Junii und das drauff erlassene Monitorium Restitutionem in integrum gesucht, deren ungeachtet das erste Monitorium den 29. Aug. 1692. renoviret worden. Jedoch ist hernach in Consideration dessen, daß Bonin pag. Act. 339. angezogen, daß er bereits den 8ten Dec. 1690. certo respectu, nemlich als ein Claptowscher Ramel, gegenseitige Liquidation punctatim beantwortet, pag. Act. 275. und solche Beantwortung verbotenus repetiret haben wollte, contumacia ejus pro purgata angenommen und wieder Citation zum Behör auf den 9ten Nov. 92. decernirt, welche hernach in citationem ad audiendam sententiam verändert worden.

Aus welchem allem erscheint, daß die Sach 18
durch die Urtheilen und Decreta vom 3 Nov. 1690. vom 21 Dec. 1691. und 7 April 1692. wieder in den Stand gekommen, darinn sie durch die Urtheil vom 26. Junii 1682. gesetzt worden, nemlich daß beede Theile ihre hinc inde prætendirte Pächte und an einander gemachte Forderungen liquidiren, und nach richtig gestellter Liquidation gegen einander pro concurrente Summa zu compensiren befugt seyn sollen.

Deme nach, weil der von Bonin selbst Ursach, daß die von Peter Christian Rameln an ihn aus dem Erb-Vertrage de Anno 1608. prætendirte Mühl-Pächte aus der Hüpkermühle, zu deren Erstattung er schon den 22sten Decembr. 1681. condemnirt, bißher nicht besser liquidirt worden seyn, so jedoch annoch leicht in continenti liquidiret werden können, hätte Peter Christian Ramel in der den 30sten Octobr. 1693. publicirten Urtheil nicht sollen dahin verurtheilet werden, daß er von den 66. Rthlr. 24ßß. Zins, so dann denen 1560 Rthlr. cum interesse ad alterum tantum sein contingent oder quotam ohn einigen längern Auffschub, bey Vermeidung der Execution abzutragen, und zu bezahlen schuldig seyn solle, sondern hätte billig bey der ihm in der Urtheil vom 26 Junii 1682. zuerkandten Macht und Freyheit dieselbe mit seiner Gegenforderung zu compensiren gelassen werden sollen.

Derowegen dann wir veranlasset und ge- 19
müssiget worden, besagte Urtheil vom 30sten Octobr. 1693. dahin zu reformiren, daß ermelten Peter Christ. Ramels Erben ihr contingent an denen 66 Rthlr. 24ßß. und an den vor die Abnutzung der Mühl zugesprochenen 1560 Rthlr. nicht gleich balden baar zu bezahlen schuldig, sondern ihre Gegenforderung in Compensation zu bringen befugt seyn sollen.

Und mag dieser gegen einander stehenden 20
Forderungen Compensation durchaus nicht hindern der von Imploraten Bonin so starck ad nauseam urgirte duplex respectus, denn daß er vorgiebt, daß er eines Theils als ein Claptowscher, andern Theils aber als ein Bulgrinischer Ramel zu considériren, und weil er die 66 Rthlr. 24ßß. Zins, und die Abnutzung der Mühl als ein Bulgrinischer Ramel fordere, die 15 Scheffel jährl. Mühlen-Pächte aus der Hüpkermühle aber von Peter Christ. Rameln, an ihn als einen Claptowschen Ramel prætendirt werden, so finde die compensatio nicht statt; thut nichts zur Sach, und bringt gantz kein obstaculum der einmahl zu-

erkandten Compensation, dieweil ad com-
21 pensationem admittendam weiter nicht erfordert wird, ratione subjecti, als daß mutui debitores seyn, inter quos fieri debet compensatio, und ratione objecti mehr nicht, dann ut 1) utrinque debeantur res 2) ejusdem generis & quidem proximi 3) ejusdem qualitatis vel bonitatis 4) in genere. 5) pure & 6) debita utraque ex parte certa & liquida sint, aut sane liquidari facile possint intra terminum à judice præfigendum.

vid. B. D. Lauterb. *ad tit. ff. de compensat. num. 5. seqq.* ubi pluribus hæc requisita explicat & probat.

22 Solche requisita aber hierfalls alle wohl anschlagen, denn Peter Christian Ramel dem von Bonin und dieser wieder jenem eine ziemliche quantität Mühlen-Pächte, so beede Theil gleich æstimirt und zu Geld angeschlagen, schuldig, also sie beyde indubitato mutui debitores seyn, und demnach wenig daran gelegen ob der von Bonin als ein Claptowscher oder als ein Bulgrinischer Ramel mutuus debitor sey, gnug ist, daß wie Ramel ihm, also er hinwieder dem Ramel eine gewisse quantität Korn aus der Mühlen schuldig, so beederseits zu Geld angeschlagen, und an einander gefordert worden, atque ut ita utrinque debeantur res ejusdem generis & qualitatis in genere pure & liquide, licet de quantitate una ex parte nondum adeo certe constet, modo tamen in continenti facile probari & liquidari possit.

23 Aus was Ursachen wir aber erkandt, daß auf das contingent, so Peter Christian Ramels Erben treffen wird, von den 66. Rthlr. 24ßß. Zinß, und von den vor die Abnutzungen der Mühl zuerkandten 1560. Reichs-Thaler (so nicht der gantze dritte Theil seyn wird, sondern nur die Helffte des dritten Theils per deducta pag. Act. 216. b. juncta p. 396.) kein Interesse weiter zu schlagen und zu passiren, ist aus obigem gnugsam abzunehmen.

24 Und ob wohl der von Bonin als Cessionarius agirt, daher es das Ansehen haben möchte, als könnte er mit Recht à cedente sibi cessarum usurarum usuras & fructuum fructus exigiren juxta doctrinam

Berlich. *p. 2. dec. 268. num. 37.* quem sequitur Struv. *Ex. 27. th. 51.*

25 so ist doch zu observiren, daß diese des Berlichii Meynung, quod cessionarius usurarum usuras & fructuum fructus petere possit, durchaus in Rechten nicht, sondern die widrige sententia weit besser gegründet, und also verior & communior sey.

arg. l. 12. §. 6. ff. qui pot. in pign. l. 22. C. de pignor. l. 5. ibi: & eo jure uti debet, quo is cujus persona fungitur. *C. de hered. vel act. vend.* B. Dn. Collega D. Fromman. *Disp. de Anatocismo. th. 21.* Brunnemann. *ad l. 22. C. de pignor. & ad l. ult. C. de usur. it. tr. de Cession. act. cap. 5. num. 66. & cent. 3. dec. 73.* Mev. *p. 8. dec. 232.*

Deme nach der von Bonin nicht befugt, einig Interesse auf die 66 Rthlr. 24ßß. und auf die vor die Abnutzungen der Mühl zuerkandte 1560. Rthlr. zu schlagen und zu rechnen, per superius deducta.

Endlich ob wohl beede gegen einander ste- 26
hende Schuldforderungen an sich richtig, weil jedoch das wahre quantum derselben noch nicht gar liquid, haben wir solches recht zu erlernen, weil es nicht füglicher und besser als auf solche Weyse geschehen kan, an Hand gegeben, daß beede Theil in Person neben ihren Advocatis auf einen gewissen, nach Belieben ansetzenden Termin, gegen den sich diejenigen, so von Hochpreyßlichem Hoff-Gericht etwa vorhin die Sach unter Handen gehabt, und hierzu wieder deputirt werden, ex Actis nach Gnüge informiren können, citirt, gegen einander angehört, und darauf, was passirlich oder nicht passirlich, erkandt werden solle, wann dann auf solche Weise richtige Liquidation getroffen, und beygeleget, auch vollends die Compensation geschehen, kan dergestalt die schon über 100 Jahr gewährte Sache endlich einstens gehoben und abgethan werden.

Von dem ersten gravamine des Imploran- 27
ten, da sie sich beschwehren, daß Bonins Legitimation vor sufficient angenommen, haben wir nichts berührt, weil wir davor gehalten, daß, wann von der Bulgrinischen Linie, deren von Ramel des Heinrich Ramels Söhne einig Interesse bey dieser Sach hätten, sie nicht so lang still gesessen seyn, sondern sich ihres Interesse halben schon angemeldt haben würden, indem ihnen die Sach und Strittigkeit wohl bekandt.

Deßgleichen haben wir über das, was nach 28
utrinque gesuchter Restitution in integrum wider die den 30sten Octobr. 1693. publicirte Urtheil sonst weiter in den Schrifften tangirt und deducirt worden, nichts judiciren sollen noch können ob sententiam d. 28. Jan. 1695. publicatam, quæ reperitur pag. Act. 497. und eben wenig haben wir in causa zwischen Peter Christian Ramels Erben, und Christian Henning Rameln sprechen können, weil die Partheyen erst noch den 12ten Martii zum Behör auf den 12ten May 1695. citirt worden.

Letzlich haben wir die Unkosten compensirt, 29
weil cón- & reconventio instituirt, mutua & æqualis victoria ist, daher selbige gegen einander aufzuheben.

Welches wir also gehorsamster Massen zu verlangter rechtlichen Nachricht, salvo cujusvis melius sentientis judicio, dienstlich anfügen, und mit unser Facultät gewöhnlichem Insiegel bekräfftigen wollen.

Actum in Collegio nostro d. 21. August. 1695.

CONSI-

CONSILIUM LI.

DE

Explicatione alicujus Pacti dotalis. Et quid nomine ſupellectilis ut & Veſtium omnium mariti, qui etiam veſtes muliebres, hereditatis jure obtentas reliquit, veniat?

SUMMARIA.

2.3. Media declaranda ſunt ex præcedentibus & ſequentibus.

4. Illa, quæ in medio ſunt, ad principium & finem referuntur.

5.6.7. Dictio, Omnis, vel Omne, eſt ſignum univerſale, complectens omnia, quæ illa univerſalitate comprehendi poſſunt, nullo penitus, niſi ſpecialiter, excepto.

8. 9. Confirmatur communis Dd. Regula: Quod quorundam excluſio reliquorum ſit incluſio. jung. n. 10. & 11.

12. Ubi verba ſunt perſpicua, calumnioſa eſt quæcunque alia interpretatio.

13.14.15.16. Sub nomine Haußrath, *comprehenduntur, quæ ad uſum communem quotidianum patrisfamilias parata ſunt, & nomen ſui generis non habent ſeparatum. Cujus materiæ res ſit, nihil refert.*

17.18.19.20. Ad ſupellectilem referri nequeunt Veſtimenta, Ornamenta, Tapetes, Specula, imagines, Picturæ & ſimilia, ut & vinum, frumentum, animalia.

22. Diſpoſitio generalis per ſubjectam certarum ſpecierum enumerationem reſtringitur.

23.24.25.26.27. Declaratur & limitatur immediate præcedens regula.

28.29.30.31. Sub Verb. alle des Ehewirths Kleider. *comprehendi ſaltem ea, quibus ipſe maritus uſus eſt, non vero muliebria veſtimenta, quæ hereditate ipſi obvenerunt, demonſtratur.*

FACTI SPECIES.

Es hat Titius mit Seja gewiſſe Heuraths-Pacta aufgerichtet, wie es nach Abſterben eines oder des andern gehalten werden, und was eins von dem andern lucriren ſolle; Nun hat ſich begeben, daß Titius vor Seja ohne Hinterlaſſung ehelicher Kinder Todtes verblichen, da dann der Heuraths-Brieff hoc in caſu, und was die Wittib Seja bekommen ſolle, lautet, wie beygelegter Extract mit mehrerem mit ſich bringt; Wann dann nun inter alia ein Punct enthalten, darinnen wegen des Haußraths Meldung gethan wird, und verſchiedene Erben intereſſirt, unter welchen die eine der Meynung, daß der Wittib nach denen Formalien aller Haußrath gebühre, die andere davor halten, daß man nicht auf dieſe Formalia zu gehen, ſondern ex antecedentibus & conſequentibus zu ſchlieſſen; daß beſagter Wittib nur der halbe Theil von dem Haußrath gebühre, jedoch ein Theil dem andern, abſonderlich weilen Pupillen intereſſirt, nicht weichen, ſondern man gern den ſicherſten Weg gehen wollen, und deßwegen ein rechtliches Conſilium einzuhohlen reſolvirt worden, über nachſtehende Fragen:

1) Ob vermög des Heurath-Briefs der hinterbliebenen Wittib der gantze, oder nur der halbe Theil des Haußraths gebühre?

2) Wird verlangt rechtlich auszuführen, was unter dem Wort Haußrath, verſtanden, und nicht verſtanden werde?

3) Gleichwie zwar ſtehet, aller Haußrath, wie derſelbige Namen haben mag, ob nicht durch die hernachfolgende Formalia, als **Bettgewandt, Federwath** ꝛc. obige generalitas reſtringirt, und alſo nur dieſer Haußrath verſtanden worden, oder ob dieſelbige nur Exempel-weyß zu verſtehen ſeyn?

4) Weilen unter andrem enthalten, daß der Wittib alle ihres Ehe-Wirths Kleider zukommen ſollen, dieſer aber auch noch Kleider hat, welche er von ſeiner erſten Frauen ſeel. ererbt, ob in dieſer Diſpoſition, beederley, oder aber nur ſeine Manns-Kleider verſtanden werden?

5) Und endlich wird verlangt, daß man eine Specification entwerffen wolle, was dann die Wittib eigentlich von Puncten zu Puncten zu prætendiren, und was man ihr von rechtswegen zu erſetzen, und abfolgen zu laſſen, ſchuldig?

Als nun wir zur Juriſten Facultät bey gemeiner Hoch-Fürſtl. Würtembergiſchen Univerſität Tübingen verordnete Decanus und andere Doctores freundlich erſucht worden, über vorſtehende Facti Speciem und deren angehängte 5. Fragen unſer rechtliches Sentiment forderlichſt zu ertheilen, ſo haben wir, damit dienſtlich auf-

zuwarten, nicht ermangelt, gleichbalden von der Sach in versammletem Collegio nach Nothdurfft zu deliberiren, da das Conclusum Collegii per unanimia dahin ausgefallen, wie bey einer jeden Frage absonderlich folget:

1 Und zwar so viel die erste Frage

Ob vermög des Heurath-Brieffs der hinterbliebenen Wittib der gantze oder nur der halbe Theil des Hauß-raths gebühre?

2 belanget, haben wir einmüthig davor gehalten, daß, ob es wohl etwa das Ansehen haben möchte, als gebührte der hinterlassenen Wittib vermög Heurath-Brieffs nur der halbe Theil des Haußraths, in Ansehung in den immediate vorhergehenden und folgenden §§. des Heurath-Brieffs ihro nur der halbe Theil des von dem seel. Mann ihro zugebrachten und noch vorhandenen Silber-Geschirrs, und der halbe Theil übriger seiner Kleinoder, Ketten, Ringen, Armband ꝛc. assignirt worden, daher zu colligiren seyn scheinet, daß der intermedius §. so von dem Haußrath redet, aus den vorhergehenden und folgenden seine Interpretation zu nehmen, und ebenmäßig dahin zu declariren, daß sie auch den halben Theil des Haußraths haben solle, gleichwie sie den halben Theil des von dem Mann seel. zugebrachten und noch vorhandenen Silber-Geschirrs, und den halben Theil übriger seiner Kleinodien, Ketten, Ringe, Armband ꝛc. be-

3 kommt, juxta id, quod vulgo dici solet: Media declaranda esse ex præcedentibus & sequentibus, eaque congruere debere præcedentibus ac sequentibus

l. 50. §. fin. verbis: item earum, quæ præcedunt & quæ sequuntur, summarum scripta sunt spectanda. *ff. de leg. 1. l. 1. C. de liber. præter.* Roland. à Valle *lib. 4. Cons. 25. n. 30. seq.*

4 eo, quod illa, quæ in medio sunt, ad principium & finem referri soleant, & media talia præsumi, qualia sunt extrema.

arg. l. 8. §. 15. ff. quib. mod. pign. l. 38. de verb. oblig. c. 41. pr. de appellat. Rota Genuens. *dec. 174. num. ultim.* Octav. Cacheran. Ozasch. *dec. Pedem. 16.* ubi dicit quod media judicentur secundum præcedentia & sequentia.

5 jedoch dessen unerachtet ihro Frau Wittiben Krafft Heurath-Brieffs der gantze Haußrath gehörig und zuzusprechen sey, in reiffer Erwegung, daß in beygelegtem Extract Heurath-Brieffs ihro der Wittib in illo casu, da ihr Herr vor ihr mit Tod abgienge, und kein Kind bey und mit ihr ehelich erzeugt hinter sich liesse, aller Haußrath, wie der Namen haben mag, gegeben worden, ausser einiger zu dem Fideicommiss-Hauß gehöriger gewisser Stück, so benandt in verbis: aller Haußrath (ausser einiger zu dem Fideicommiss-Hauß gehöriger Stück, nahmentlich in der obern Stuben das Gießfaß-Kästlein, Brucken-Bettstättlein, Schenck-Tisch, samt der gemalten Taffel und runden Tisch, auf der obern Lauben, die vier Hirschköpff, samt dem Leuchter,) wie der Namen haben mag ꝛc. Welche Worte durchaus die Restriction nicht leiden, daß sie nur vom halben Theil des Haußraths zu verstehen, denn vors erste lässet solche Interpretation und Restitution nicht zu die dictio universalis Aller, so post parenthesin gleichsam ingeminirt und erwiedert in verbis: wie der Namen haben mag ꝛc. und also desto klärer und deutlicher anzeigt, daß ihr der Wittib der gantze Haußrath bleiben solle.

Qui enim dicit Omnis vel Omne, nihil 6 excludit

l. 68. pr. de legat. 3. l. 29. de hered. inst. l. 32. §. 6. de aur. & arg. leg. l. 52. de legat. 1. Thomas de Thomasset. *in flor. leg. reg. 252.* Tiber. Decian. *vol. 1. Resp. 57. num. 11.*

quia dictio ista est signum universale, quod orationem facit universalem, ita, ut omnia complectatur, quæ illa universitate concipi & comprehendi possunt, nullo penitus, nisi specialiter, excepto.

Decius *Cons. 29. in fin.* Wesenb. *Cons. 93. num. 6.*

Hinc particula illa *omnis* tantæ perhibetur esse potentiæ, & efficaciæ, ut tollat etiam id, quod à Jure dispositum erat.

Natta *Cons. 63. n. 13. & Cons. 154. n. 3.*

& ea insuper complectatur, quæ alias non includerentur etiamsi ea essent impropriissima

Mandell. *Cons. 11. n. 4.* Mynsing. *dec. 13. Resp. 3. n. 43.* Cravetta *Cons. 209. n. 5. 6.* Honded. *Cons. 49. n. 11. 12. & Cons. 92. n. 12. 13.*

Tantumque dicitur operari dictio universalis & generalis, quantum operari possent singulæ rerum enumerationes

Bursat. *lib. 4. Cons. 364. n. 14.* Mandell. *Cons. 557. n. 19.*

imprimis vero verba universalia geminata ex enixa disponentis voluntate, quam indicat geminatio, omnes comprehendunt species.

Honded. *d. l.*

Derowegen weil hier in pactis dotalibus 7 der Wittib, in istum casum daß der Mann vor ihr ohn Hinterlassung ehelicher Kinder stürbe, aller Haußrath, wie der Namen haben mag, assignirt, daß er ihro deßfalls bleiben solle, und sich itzo der Casus ereiget, so gebühret ihro nicht nur der halbe Theil dessen, sondern der gantze Haußrath vollkommen.

Welches sich 2) so viel klärer erbricht aus 8 dem, daß gewisse zu dem Fideicommiss-Hauß gehörige Stück, nahmentlich in der obern Stuben das Gießfaß-Kästlein, Bruck-Bettstättlein, Schenck-Tisch, sammt der gemahlten Taffel und runden Tisch, auf der obern Lauben, die vier Hirsch-Köpff sammt dem Leuchter, ausgenommen und reservirt worden, daß selbige ihro nicht folgen u. verbleiben sollen, denn die Ausnahm und Reservation der benand-

ten

ten und ſpecificirten Stück zeiget an, daß alles übrige zum Haußrath gehörige unter ſolchen benamſeten Stücken nicht begriffene der hinterlaſſenen Wittib gebühre, und unter dem ihr in den Heurathsſ-Pactis vermachten Haußrath eingeſchloſſen bleibe, conſequenter ihro nicht nur der halbe Theil deſſelben, ſondern der völlige Haußrath, auſſer den wenigen nominatim excipirten Stücken, abfolgen zu laſſen, maſſen hier wohl anſchläget und ſtatt findet die gemeine Rechts-Regul,

9 quod quorundam excluſio reliquorum ſit incluſio, & exceptio firmet regulam in omnibus aliis non exceptis.

l. 4. §. fin. ff. de pen. legat. l. 12. §. 43. ff. de inſtruct. & inſtrum. leg. Mynſing. *dec. 5. Reſp. 1. num. 18.* Modeſt. Piſtor. *volum. 1. Conſ. 4. num. 3.* Surd. *Conſ. 230. num. 17.* ubi probat, quod unum excludens reliqua omnia includere exiſtimetur.

Unde nominatim quidam eximens videtur cætera omnia conceſſiſſe.

Jaſon. *vol. 1. Conſ. 161. num. 6.* ubi ita infert, quod, dum Marchio Montisferrati ſolum ſibi reſervaverit & exceperit altum dominium, alia omnia jura tranſierint in Ceſſionarium. Quod ipſum ſimiliter probat Decius *Conſ. 197. num. 3.* Mandell. *Conſ. 16. n. 15.* Menoch. *Conſ. 201. num. 142.* Pruckmann. *de Regalib. ad rubr. Quæ ſunt Regalia. c. 5. n. 66. ſeqq.*

10 Waltet dahero bey uns kein Zweiffel, daß hierfalls der hinterbliebenen Wittib der gantze Haußrath völlig, auſſer den wenigen ausdrücklich excipirten und in parentheſi nahmentlich beſchriebenen Stücken, gehöre. Unangeſehen deſſen, daß ihro in vorhergehenden und nachfolgenden Worten nur der halbe Theil des von dem Mann zugebrachten und noch verhandenen Silber-Geſchirrs, und der halbe Theil übriger ſeiner Kleinoder, Ketten, Ringe, Armband ꝛc. aſſigniret und verſchafft, denn was von der Helffte deren Sachen geordnet iſt,
11 kan auf den Haußrath keines wegs gezogen, und daraus inferiret werden, daß alſo auch nur der halbe Theil deſſen der Wittib folgen und verbleiben ſolle, weil von dieſem ausdrücklich und klar ein anders verſehen, daß nemlich aller Haußrath (auſſer einiger zu dem Fideicommiſs-Hauß gehöriger Stück, nahmentlich in der obern Stuben das Gießfaß-Käſtlein, Bruck-Bettſtättlein, Schenck-Tiſch, ſammt der gemahlten Taffel und runden Tiſch, auf der obern Lauben die vier Hirſch-Köpff, ſammt dem Leuchter,) wie der Namen haben mag, der hinterlaſſenen Wittib zugehörig ſeyn ſolle, gleichwie auch in immediate antecedentibus & conſequentibus verbis geordnet, daß ihr ebenmäßig alles Silber-Geſchirr, was ihnen beeden Eheleuthen zur Hochzeit verehret worden, auch alle andere noch verhandene Hochzeit-Geſchencke, ſammt allen ihres Ehe-Wirths ſeel. Kleidern, und ihm von ihr verehrten, bleiben ſolle. Ex quibus præcedentibus & ſequentibus diſpoſitionibus melius hæc intermedia diſpoſitio von allem Haußrath facta declaratur, quam ex remotioribus extremis, denn wie der Wittib nicht nur die Helffte des Silber-Geſchirrs, ſo beeden Eheleuthen zur Hochzeit verehret worden, ſondern daſſelbe gantz und alles, desgleichen die andern noch verhandene Hochzeit-Geſchencke nicht nur zum halben Theil, ſondern gantz und vollkommen alle mit einander, item nicht nur die Helffte ſeiner des Manns Kleider, ſondern alle, gehören, alſo gebühret ihro auch aller Haußrath vollkommen, auſſer den nominatim excipirten Stücken, weil die Diſpoſitio davon gantz hell und klar iſt, und jedermännigligh unter Augen leuchtet, alſo daß an derſelben faſt nicht gezweiffelt werden kan.

Et ſi dubitaretur, dubitatio vana & cavillatoria dici poſſet, hinc nec alia interpretatio ex præcedentibus & ſequentibus, aut voluntatis partium quæſtio, admittenda. 12

arg. Nov. 19. præf. Bartol. *in l. quod conſtitutum. ff. de teſtam. milit.* Cravetta *Conſil. 288. num. 3.* Borcholt. *p. 2. Conſ. 12.*

Quoniam ubi verba clara ſunt & perſpicua, calumnioſa eſt quæcunque alia interpretatio.

Baldus *in Auth. Niſi rogati. Cod. ad Senatus Conſultum Trebellian.* Burſat. *lib. 4. Conſ. 360. num. 24.*

Etenim cum verba clara ſunt textum habemus, nec indigemus gloſſa, ad explicandam diſponentis intentionem, ut

Baldus inquit *lib. 1. Conſil. 333. col. 2.* quem refert & ſequitur Peregrinus *lib. 3. Conſ. 61. n. 4.*

& tunc nil aliud inquiri debet, niſi quod ſcriptum eſt

Baldus *in l. fin. C. de falſ. cauſ.* Peregrinus *de Fideicommiſſ. art. 11. n. 34. & lib. 1. Conſ. 33. n. 25.*

Die andere Frage:

Was unter dem Wort Haußrath verſtanden, oder nicht verſtanden werde? 13

bekommt ihre rechtliche Deciſion ex definitione ſuppellectilis, ceu qua voce in lingua latina exprimitur Germanicum noſtrum vocabulum Haußrath:

Eſt autem ſuppellex domeſticum Patris- 14
familias inſtrumentum, comprehendens omnes res mobiles, non animales, quæ ad uſum communem familiæ paratæ ſunt, & nomen ſui generis ſeparatim non habent.

l. 1. l. 6. ff. de ſuppell. legat.

ſeu ſuppellectilis nomine veniunt inſtrumenta Patrisfamilias rerum ad quotidianum

num usum paratarum, quæ in aliam speciem non cadunt, ut Tubero definit
in l. 7. §. 1. d. t.
unde consequitur quod ad hoc, ut res aliqua proprie suppellectilis nomine venire, dici queat, requiritur 1) ut eadem sit ad domesticum & quotidianum usum patrisfamilias aut familiæ ejus parata, nec ad alium certum usum pertineat.

2) Ut non cadat in aliam speciem verb. grat. non pertineat ad penum, argentum, vestem, ornamenta, instrumenta agri, aut domus.
d. l. 7. §. 1. de suppell. legat.

15 Cujus res sit materiæ nihil refert
l. 3. §. 5. ff. d. t.
cum speciem potius rerum quam materiam intueri oporteat
d. l. 7. §. 1. in fin. & d. l. 3. §. 5.

Quo circa si Paterfamilias fuerit vasis argenteis vel aureis quotidie in mensa vel re familiari usus, quin tunc & vasa ista vocula suppellectilis comprehendantur, nomineque suppellectilis veniant, non est dubitandum
ob clarum tx. *l. 3. §. fin. l. 7. §. 1. l. 9. de suppell. leg.* Brunnemann. *ad l. 1. & seqq. ff. d. t. in fin.*

16 Deme nach durch den Haußrath ins gemein verstanden wird das Geschirr und Geräth, so zu der Haußhaltung erfordert wird, alles das jenige, was zu täglicher Nothdurfft in Stuben, Cammern, Küchen und andern Gemächer, der Hauß-Vatter und Hauß-Mutter für sich und die Ihrigen gebrauchen, begreiffend; Gehören also darunter Bett-Gewand, Federwath und Leinwand, als Unter- und Ober-Betten, Pfulben, Kopff-Küssen, Bauch-Küssen, Strohsäck, Federritten, Umhäng, Simsen-Banck-Küssen, Leilachen, Bett-Ziechen, Pfulben- und Küssen-Ziechen, Taffel- und Tisch-Tücher, Handzwellen, Tisch-Servietten, Trisur-Tücher, Schleyer-Flachsen-Hanffen-Tuch, Garn, Rick, Flachs, Hanff, Werg, Trilch, Zwilch, Tisch-Teppich und dergleichen; Item Zinn-Mößing-Kupffer-Eisen-Blech-Geschirr, Holtz- und Schrein-Werck, und was dergleichen darunter begriffen. Ferner Gläser, Grätten, Häfen, und was dergleichen in der Haußhaltung mehr vonnöthen ist, und der Hauß-Vatter zu Führung derselben gehabt und gebraucht hat, so nicht wohl alles zu specificiren.
vid. *l. 3. ff. de suppell. legat.* & Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præs. 160. per tot.* ubi quæ in legato suppellectilis veniant vel non, late explicat.

17 Im Gegentheil werden unter dem Haußrath nicht gerechnet die Kleider, was zum Zierrath gehörig, als kostbare Tapezereyen, Spiegel, Bilder und Gemählde, Kleinodien, Ring, Geschmeid, Silber- oder Gülden-Geschirr, so in dem Silber-Kasten zur Zierd und Ehr auffbehalten wird, noch auch bereit Geld und Baarschafft, noch Harnisch, Wehr und Waffen, noch Bücher und Bücher-Schränck, noch Waaren zum Handel gehörig.
l. 1. l. 3. §. 1. seq. l. 6. l. 7. §. 2. l. 8. l. 10. ff. de suppell. leg. Menoch. *d. l. n. 21. 26. 27.* Carpzov. *lib. 6. Resp. 34. n. 26. seqq.* Wehner. *voc. Haußrath.*

Desgleichen werden darunter nicht begriffen 18
und verstanden die Früchten;
Frumentum enim continetur nomine penoris, non suppellectilis.
l. 3. §. 3. ff. de pen. legat.

noch den Wein, weil es ebenmäßig eine beson- 19
dere species
l. 1. 2. 3. ff. de trit. vin. & ol. legat.

noch das Vieh in Ställen 20
l. 2. ff. de suppell. leg.

Confirmantibus hæc omnia latius
Dd. *ad d. t. ff. de suppell. leg.* imprimis Mejer. *in C. I. A. d. t. num. 2. & 3.* Menoch. *d. l.* Wehner. *Observ. voc. Haußrath.* JCti Argentorat. *lib. 1. Cons. 90. qu. 4.* Klock. *tom. 3. Consil. 125. num. 7. seqq.* Speidel. *voc. Haußrath. ubi sub fin. monet*, quod, cum moribus appellatio suppellectilis mutata reperiatur, ac non eadem ubivis sit observantia, ex communi usu loquendi, & patrisfamilias disponentis intentione, quid ratione *des Haußraths* veniat, dijudicandum, ac in defectu consuetudinis vel voluntatis disponentis Patrisfamilias ad Jus commune recurrendum sit.

Die dritte Quæstion ist:

Es stehe zwar: aller Haußrath, wie der- 21
selbige Namen haben mag ꝛc. in dem Heuraths-Brieff, ob aber jedoch nicht durch die hernachfolgende Formalia: **als Bettgewandt, Federwath, alle vor dem und nun ins künfftig im Hauß erzeugte Leinwandt** ꝛc. obige generalitas restringiret, und also nur dieser Haußrath verstanden worden, oder ob dieselbige nur Exempel-weyß zu verstehen seyn?

Da es zwar möchte das Ansehen haben, daß 22
primum membrum quæstionis zu affirmiren sey consequenter zu statuiren, daß die General-Disposition von allem Haußrath, wie der Namen haben mag, per subjectam certarum specierum enumerationem restringirt und minuirt sey, folglich der specialiter exprimirte Haußrath von Bettgewandt, Federwath und Leinwandt der Wittib gebühre und zugeeignet worden durch die Heuraths-Pacta in angezogenem vierten Articul:

arg.

arg. l. 18. §. 13. ff. de instruct. & instrum. leg. Ubi JCtus ita: Quidam cum ita legasset: Villam meam, ita, ut ipse possedi cum suppellectile, mensis, mancipiis, quæ ibi deputabuntur, urbanis & rusticis, vinis, quæ in diem mortis meæ ibi erant, & decem aureis: & quæreretur cum in diem mortis ibi libros & vitreamina & vesticulam habuerit, an eadem omnia legato cedant, quoniam quædam enumerasset: Scævola respondit, specialiter expressa quæ legato cederent. Unde colligitur à Dd. Legatum generale subjecta certarum specierum enumeratione minui, seu si enumeratio specierum addita generali in favorem alterius factæ dispositioni, hanc per illam restringi, *arg. d. tx.*

23 Aber dessen ungeachtet halten wir beständig davor, daß das letztere Membrum der fürgelegten Quæstion zu affirmiren und das erstere zu negiren, erachtende, daß die General-Disposition, daß aller Haußrath, wie derselbige Namen habe, der Frauen bleiben solle, keinesweges durch folgende Formalia: als Bettgewandt, Federwath, alle vor dem und nun ins künfftig im Hauß erzeugte Leinwand ꝛc. certarum specierum enumerationem continentia restringirt, und also nur in specie von diesem Haußrath zu verstehen sey, sondern diese species nur Exempel weiß und ex abundanti angezogen seyn, welches gantz heiter und klar zu erkennen gibt die Exceptio der Parenthesi includirter Stücke vom Haußrath, namentlich in der obern Stuben das Giesfaß-Kästlein, Bruck-Bettstättlein, Schenck-Tisch, samt der gemalten Taffel und runden Tisch, auf der obern Lauben die vier Hirsch-Köpff samt dem Leuchter. Dann worzu wäre nöthig gewesen, diese Stücke von Holtz oder Schreinwerck, und Mößing oder ander Materi, davon der Leuchter ist, zu excipiren, wann die generalitas verborum: aller Haußrath, wie derselbige Namen haben mag ꝛc. durch die hernachfolgende Formalia: als Bettgewand, Federwath, alle vor dem und nun ins künfftig im Hauß erzeugte Leinwadt ꝛc. à Paciscentibus hätte wollen restringirt werden, daß die Disposition nur von diesem im Bettgewand, Federwath und Leinwand bestehenden Haußrath verstanden werden sollte, und dieser Haußrath allein der Wittiben bleiben?

24 Und diese unsere Meynung gründet sich in claro, aperto & rotundo textu

l. 12. §. 46. ff. de instruct. & instrum. legat. ubi ita JCtus: Si quis fundum ita ut instructus est, legaverit, & adjecerit: cum suppellectili vel mancipiis vel una aliqua re, quæ nominatim expressa non erat, utrum minuit legatum, adjiciendo speciem, an vero non quæritur? & Papinianus respondit, non videri minutum, sed potius ex abundanti adjectum. Unde contrarium ejus, quod supra ex *l. 18. §. 13. eod.* deductum, colligitur, nempe, quod si enumeratio specierum addita generali in favorem alterius factæ dispositioni, ea genus non restringat, quia specierum enumeratio censetur potius adjecta in favorem ejusdem legatarii majoris declarationis gratia, ut enixa voluntas testatoris appareret.

Ja es respondirt solcher gestalten quasi in 25
terminis terminantibus der JCtus Papinianus

in l. 9. pr. de supell. legat. inquiens:

Legata suppellectili cum species ex abundanti per imperitiam enumerentur, generali legato non derogatur &c.

und zeiget his verbis klar an, quod si quis leget suppellectilem, & deinde aliquas species enumeret, ut lectos, linteamina &c. specierum enumeratio legatum generis non restringat, quia ex abundanti & per imperitiam facta videtur.

Brunneman *ad d. l. 9.*

Vermag hierwider auch nichts der in con- 26
trarium angeführte Textus

l. 18. §. 13. de instr. & instrum. leg. cui jungi potest *l. 20. pr. eod.*

denn solcher de illo casu anzunehmen, da die species dispositionis determinandæ, limitandæ & restringendæ causa, exprimirt und enumeriret seyn.

Brunneman *ad l. 12. §. 43. de instruct. & instrum. leg. n. 7. & ad l. 9. de suppell. leg. n. 3.*

Quo fine die Enumeratio certarum spe- 27
cierum hier in nostro casu geschehen zu seyn nicht kan gesaget und behauptet werden, denn solches nicht zulässet 1) die singularis affectio sponsi erga sponsam, cum qua Pacta hæc iniit, 2) reclamirt die Exceptio deren Parenthesi includirter Stücke vom Haußrath, ausser deren ihr aller Haußrath, wie er Namen haben möge, folgen und verbleiben solle, denn die zeiget klar an, daß der Paciscirenden Intention nicht gewesen, die General-Disposition von allem Haußrath, er habe Namen wie er wolle, und möge, durch die beygefügte Species des Bettgewands und Leinwands zu restringiren auf diese Species und solcher gestalten zu determiniren und limitiren, sondern daß sie diese Species allein demonstrationis und Exempel weiß angezogen und exprimirt haben, deswegen dadurch die General-Disposition nicht minuirt wird.

In der vierten Quæstion wird gefraget: 28

Weil unter andern auch in dem Heyraths-Brieff enthalten, daß der Wittib alle ihres Ehe-Würths Kleider zukommen sollen, dieser aber auch noch Kleider hat, welche er von seiner ersten Frauen seelig ererbet, ob in dieser Disposition beederley, oder aber nur seine Manns-Kleider verstanden werden?

29 Da wir, salvo quorumcunque meliore rectioreque judicio, gar nicht anstehen diß letztere zu affirmiren, daß nemlich nur seine Manns-Kleider, nicht aber zugleich die von seiner ersten Frauen ererbte Weibs-Kleider verstanden werden. Denn obwohl möchte erachtet werden, daß die Wittib vielleicht mehr auf die von der ersten Frauen à marito ererbte Weibs-Kleider gesehen, als auf seine Manns-Kleider, weil ihro jene nützlicher als diese; So ist doch zu consideriren, daß es in den Ehe-Pactis ausdrücklich heisse: Samt allen ihres Ehe-Wirths seel. Kleidern, und ihme von ihr verehrten ꝛc. Woraus abzunehmen, daß hier gemeynet seyn, die auf des Ehe-Wirths Leib und zu seinem Nutzen gemachte Kleider, denn das sind eigentlich und proprie des Ehe-Wirths Kleider. Und solches scheinen noch mehrers zu bestärcken die gleich folgende Worte, welche per particulam conjunctivam, auch, und, mit jenen: Samt allen ihres Ehe-Wirths seel. Kleidern und ihme von ihr verehrten conjungiret seyn, also lautende: Auch den halben Theil übriger seiner Kleinoder, Ketten, Ringen, Armband und NB. was zu seinem Leib gehört ꝛc. so deutlich zu erkennen geben, daß die beyde paciscirende neue Eheleuthe in den von des Ehe-Wirths Kleidern redenden und selbige der hinterlassenden Wittib zueignenden Worten die auf des Ehe-Wirths Leib gehörende Kleider verstanden haben, und sich verglichen, daß solche samt anderm was zu seinem Leib gehört (ausserhalb seiner Bücher, Schrifften, Roß, Wehr, Harnisch, Insiegel, Pettstafft, so seinen rechten natürlichen Erben bleiben und zufallen solten,) gantz und gar nichts davon ausgenommen, ohne seiner Erben, Erbnehmen, und sonsten Männiglichs Irrung und Eintrag in allweg der hinterlassenden Wittib folgen und verbleiben sollen.

30 Ja es geben diß noch klärer und heiterer die in Pactis dotalibus folgende Wort, da es heißt: Wann ihr nun dieses alles wie vorstehet, also worden ist, solle sie von all übriger seiner Verlassenschafft und was er ihr sonsten NB. an Kleidern und andern obohnverfangenem zugebracht, vor und in wehrender Ehe Erb-Geschäfftsweiß, durch Schenckungen oder auf andere weiß überkommen, gäntzlich hindangewiesen, abgesondert und geschieden seyn, und damit nichts mehr zu schicken noch zu schaffen haben, sondern solche hinter sich an gedachten ihres Ehe-Herrn rechte nächste von Geblüt gesipte Freund und natürliche Erben, oder wohin er sonsten dieselbe vermachen würde, wiederum kommen und fallen ꝛc. Indeme durch die der jetzo hinterlassenen Wittib zugebrachte Kleider, davon sie gäntzlich hindangewiesen seyn, und solche an sein des Ehe-Wirths nächste gesipte Freunde und natürliche Erben fallen und kommen sollen, keine andere unsers Erachtens verstanden werden, als eben die, so er von seiner ersten Frauen ererbt, können demnach dieselbe nicht in dem vorhergehenden paragrapho mit begriffen seyn, da des Ehe-Wirths Kleider ihro der jetzo hinterlassenen Wittib ausgedungen und gegeben seyn, daß sie ihro nach seinem Tode ohn Kinder bleiben sollen. Zudem suadirt obgedachten intellectum der verborum: samt allen ihres Ehe-Wirths Kleidern ꝛc. de vestibus nempe mariti causa paratis zu apprehendiren, die communis juris regula, qua dicitur semper in dubio ea capienda conjectura & præsumptio, quod testator vel alius disponens quam minimum heredem suum gravare voluisse censeatur.

arg. l. 67. §. 8. ff. de legat. 2. l. 36. de usufr. legat. in fin.

Und thut nicht wenig pro hac ipsa nostra, 31
quam defendimus, sententia

l. 25. §. 6. de aur. & arg. legat. ubi dicit JCtus: si quis addiderit vestem suam, apparet de ea eum sensisse, quam ipse in usus suos habuit; Et ergò illa tunc legata intelligitur, haud enim frustra testator suam dixit, sed determinandi causa, non determinaret autem, nisi ita explicaretur, nam alias omnem quoque vestem suam dicere potest testator, cujus proprietas ad ipsum spectat, hic vero præter proprietatem etiam spectatur usus. Notari hic meretur locus Varronis *lib. 9. de lingua lat. col. 98. lin. 12.* Tunicam virilem & muliebrem dicimus non eam, quam habet vir & mulier, sed quam habere ex instituto debet, potest enim muliebrem vir, virilem mulier habere (ut in Scena ab actoribus haberi videmus) sed eam dicimus muliebrem, quæ de eo genere est quo indutu mulieres, ut uterentur, est institutum.

Die Beantwortung der fünfften und letzten Frage, in deren man verlangt, daß eine Specification entworffen werde, was dann die Wittib eigentlich von Puncten zu Puncten zu prætendiren, und was man ihr von rechtswegen zu ersetzen und abfolgen zu lassen schuldig? 32

ergibt sich von selbst aus beygeschlossenem Extract-Heyrath-Brieffs und der Resolution vorstehender vier Fragen, denn weil sich besage Facti Speciei der Fall ereignet, daß Titius vor Seja ohne Hinterlassung ehelicher Kinder Todes verblichen, so hat Seja mit Recht zu prætendiren, und ist man schuldig ihro abfolgen zu lassen, was ihr in istum casum in dem vierten Articul der aufgerichten Pactorum dotalium, daß sie alsdann haben solle, ausgedungen worden. Es soll ihro aber laut desselben folgen und verbleiben:

1. Die bestimmte sechstausend Gulden Heyrath-Guth und Wiederlegung.
2. Alles andere Haab und Guth, das sie erweiset ihrem Ehe-Herrn seel. zugebracht zu haben.

3. Was

3. Was wehrender ihrer Ehe gebessert, errungen, und gewonnen worden, so sich ergeben wird, wann ordentliche Consignationes vorhanden, von dem, was sie beederseits zusammen gebracht in die Ehe.
4. Was sie ihrer Seits in wehrender Ehe oder auch davor ererbt, Geschenck oder Legats-weis überkommen, und das zu des Ehe-Wirths seel. Handen gelangt, es sey Capital, Baarschafft, liegends oder fahrends.
5. Die Bettstatt und Bett worinn beede Eheleuth gewohnlich gelegen, samt aller Zugehörde.
6. Der halbe Theil des von ihme dem Ehe-Wirth ihr der Wittib zugebrachten und noch vorhandenen Silber-Geschirrs.
7. Sonderlich alles Silber-Geschirr was ihnen zur Hochzeit verehret worden, auch alle andere noch vorhandene Hochzeit-Geschencke.
8. Aller Haußrath wie der Namen haben mag von Bett-Gewand, Federwath, Leinwand, Zinn-Meßing-Kupffer-Eisen-Blechin-Geschirr, Holtz oder Schreinwerck, und was alles darunter begriffen, Gläser, Grätten, Häffen und dergleichen, allein ausgenommen die bewandte parenthesi includirte Stücke.
9. Alle des Hauß-Wirths seel. ihm auf seinen Leib und zu seinem Gebrauch gemachte Kleider.
10. Ihm von ihr der Wittib verehrtes.
11. Der halbe Theil seiner Kleinoder, Ketten, Ringen, Armband.
12. Was zu seinem Leib gehört, (ausserhalb seiner Bücher, Schrifften, Roß, Wehr, Harnisch, Insiegel, Pettschafft) nichts davon ausgenommen.

Ubriges alles, was defunctus maritus verlassen, gehöret seinen gesipten Freunden.

Welches wir also, salvo cujusque melius sentientis judicio, zu verlangter Rechtlichen Nachricht dienstlich nicht verhalten wollen ꝛc.

Actum in Collegio d. 16. Sept. 1695.

CONSILIUM LII.

In Materia Stationum forensium & Pacti Opificum inter se: Ne pluris vel minoris, quam statuerunt, merces vendantur.

SUMMARIA.

1. 2. Juste possidet, qui authore Prætore possidet.

3. Qui Principis aut Regiminis ejus authoritate quid facit, à pœna immunis esse debet.

4. Supervacua juramenta non sunt injungenda.

6-9. Antiquus Stationum modus in foro, sine sufficiente causa non mutandus, nec quis in illarum usu impediendus est.

10. 11. A nundinis extranei non sunt arcendi, sed contra tale interdictum invidiosum advenæ Mercatores à Superiori Mandato sine Clausula, defendendi.

12. Pactum Opificum: Ne pluris vel minoris, quam inter se statuerunt, merces vendantur, sub pœna prohibitum est.

Urtheil.

IN Restitutions-Sachen sich haltend zwischen Burgermeister und Rath der Stadt Stargardt, auch samtlichen Alterleuthen und Meistern der Kupffer-Schmiede zu Stargardt Imploranten Eines; Entgegen und wider die Stettinischen Kupffer-Schmiede, Imploraten andern; so dann wider Unsern Rath und Advocatum Fisci Intervenienten dritten Theils puncto des Jahrmarck-Standes und imputirten pacti illiciti erkennen und sprechen von GOttes Gnaden wir Fridrich der Dritte, Marggraff zu Brandenburg, des Heil. Röm. Reichs Ertz-Cämmerer und Chur-Fürst ꝛc. ꝛc. allem Fürbringen nach auf eingehohlten Rath auswärtiger unpartheyischen Rechts-Gelehrten vor Recht, daß die eingewendte Gravamina unerheblich seyn, demenach deren ungeachtet es bey dem den 9. Julii 1695. publicirten Decreto sein ungeändertes Verbleiben habe und solches zu confirmiren, inmassen wir dasselbe hiermit confirmiren, die Unkosten aber aus Bewegnis gegen einander compensiren und vergleichen.

Daß diese Urtheil den Rechten und uns zugeschickten Actis gemäß sey, bezeugen wir Decanus und andere Doctores der Juristen Facultät bey gemeiner Hoch-Fürstl. Würtenb. Universität Tübingen, urkundlich unserer Facultät grössern Insiegels.

Actum in Collegio d. 16. Martii 1696.

RATIONES DECIDENDI.

DIe Ursachen, so uns also zu sprechen, und einer Hoch-Preyßlichen Chur-Fürstl. Regierung Decretum vom 9. Julii 1695. zu confirmiren, bewogen, bestehen kürtzlich darinn.

Daß 1. Implorati von der wider sie zu decerniren gebetenen Straffe von Rechts und Billigkeit wegen absolvirt worden per Decretum vom 9. Julii 1695. ergiebt sich daraus, 1

daß nichts Straff-würdiges auf sie gebracht und erwiesen, denn daß sie den 25. Junii 1695. angefangen in der Kehr-Gassen bey dem Scharren vor des Mühlen-Inspectoris und Christ. Schwartzen Haus ihre Waaren auszusetzen und zu verkauffen, ist nicht, wie gegenseitig angeführt wird, von ihnen de facto propria authoritate geschehen, sondern auf Hoch-Preyslicher Regierung vorher sub ista commination, daß wann Burgermeister und Rath sie nicht an statt ihres alten Platzes an solchem Ort feil zu haben anweisen würde, ihnen der Registrator Elß denselben anweisen sollte, ergangenen Befehl vom 22. Junii 1695. und vom ermeldten Registratore darauf würcklich erfolgte Anweisung des Orts, vermög des von Hochlöbl. Regierung dazu empfangenen Befehls, also Per-Illustris Regiminis authoritate publica, folglich haben sie damit nichts Straff-würdiges begangen.

2 Ut enim juste possidet, qui authore Prætore possidet

l. 11. ff. de acq. vel amitt. poss. l. 137. de reg. jur.

Ita qui tale quid facit Principis aut Regiminis ejus authoritate, quod hic Implorati fecere, utique ab omni pœna immunis esse debet.

3 Nachdem ihnen Imploraten aber hernach auf Burgermeister und Raths Veranlassung durch den Cantzley- und Regierungs-Diener anbefohlen worden, sich des Verkauffens auf der angewiesenen Stelle zu enthalten, und auf der Burs zu erscheinen, allda anderwertige Verordnung zu vernehmen, und sie sich auf diese von der Regierung Diener beschehene Anzeig so fort vor die Verordnete in Bursa eingefunden und gestellet, wie gedachter Regierungs-Diener selbst bezeugt, (daher das nichtige und gantz ohnwahrscheinliche Vorgeben der Imploranten, als hätten Implorati ihnen über die 100. Rthl. so sie post inhibitionem gelöset, vor dem Munde zur Ungebühr hinweggenommen, nicht bestehen kan, und sind Implorati der Ursach auch billig mit dem ihnen deferirten Juramento verschonet bleiben.

4 Cum Juramento superfluo nemo onerandus, ne nomen DEI in vanum assumatur, contra pietatem in Judiciis, quæ DEO servantur, colendam & contra secundum Decalogi præceptum, quod non modo pejerare, sed & inutiliter ac sine necessitate jurare vetat

Mev. *p. 7. dec. 31. n. 4.*

Et ergo juramentis non ut cibis, sed ut condimentis vel ut pharmacis, queis non utimur nisi necessariis, pro necessitate saltem uti oportet ac proinde supervacua non injungenda

Cothman *vol. 2. Resp. 82. n. 23.*)

5 So kan ihnen Imploratis wieder nichts imputiret werden, deswegen sie zu bestraffen wären, daher unsers Rechtlichen Erachtens sie recht und billig von der ihnen aufzuerlegen gebetenen Straffe absolvirt worden, und deme nach das Decretum vom 9. Julii 1695. in hoc primo puncto von uns zu confirmiren gewesen.

2.) Ist auch in dem andern Punct gantz recht 6
und billig gesprochen worden, daß so wohl Implorati als alle andere Kupffer-Schmiede in den Jahrmärckten an dem Ort, wo sie allezeit ausgestanden, auch künfftig feil haben sollen, und ihnen also Burgermeister und Rath den alten Platz, wo sie vor alters gestanden, nemlich von der Wage an, bis zu des Kunstpfeiffers Haus, und wanns nöthig seyn werde, die Gasse längst des Kunstpfeiffers Mauer herunter, dergestalt zu assigniren, daß die Stargardischen als Ingesessene den Vor- oder Oberstand vor den Ausgesessenen behalten, hergegen die Marcktschreyer und Glückstöpffer an einen andern Ort zu lociren. Denn weil ihro Chur- 7
Fürstl. Durchl. zu Brandenb. mit Ihro Königl. Maj. in Schweden in Tractatu Stetinensi de d. 4. Maji 1653. §. 31. sich dahin expresse verglichen, daß beederseits Unterthanen die Commercia untereinander ungehindert zu exerciren befugt seyn sollen, verbis ita sonantibus:

Libera ergo inprimis ac minime impedita 8
sint commercia ac negotia omnia, inter utramque Pomeraniam citeriorem ac ulteriorem, eorumque subditos omnes ac singulos mari, fluminibus ac terra, ad eum plane modum, quo sub Ducibus Pomeraniæ viguerunt ac in observantia fuerunt, nec ullis interdictis vel quacunque alia ratione mutua ac reciproca mercium cujuscunque sunt generis ac nominis, exportatio ac distractio antehac usitata prohibeatur, impediatur vel novis oneribus gravetur &c. Denique Jura, libertates, immunitates, privilegia, bona, aliaque quæ unius partis subditi ac Incolæ, quicunque in alterius partis ditionibus, urbibus ac territoriis à Ducibus Pomer. prioribus vel aliis, quovis legitimo titulo acquisiverunt, quiete hucusque possederunt, & indubitatis documentis etiamnum specifice demonstrare poterunt, ea (salva si alicubi forte reperiatur litispendentia) omnibus ac singulis sive communitatibus sive privatis, non obstante separatione utriusque regiminis integra & inviolata permaneant ac relinquantur &c.

Und die Stettinischen Kupffer-Schmiede 9
von Burgermeister und Rath zu Stargardt von ihrem alten Marcktstande, wo sie in dem Jahrmarckt jederzeit feil gehabt, und pro cujus usu sie denselben ihr Stand-Geld allzeit richtig bezahlt, (hanc enim pecuniam des Stand-Gelds pro usu loci in foro nundinarum tempore exsolvi vel pro stationibus forensibus à mercatoribus pendi, & a Magistratibus eo nomine percipi communiter tradunt Dd.

Wesenbec. *Cons. 12. n. 55. 56. 63.* Cothman. *vol 3. Resp. 47 n. 288.* Knipschild *de Jurib. Civit. Imper. l. 5. c. 23. n. 4.* Fritsch. *de Jure nundin. cap. 9. th. 10. 11. n. 32.*)

weg und an einen andern vom Marckt weit abge-

gelegenen Ort, wo sie wenig oder nichts verkauffen würden, hinweisen wollen, haben sie sich billig bey Chur-Fürstlicher Regierung deswegen zu beschwehren gehabt, und Hochpreysliche Regierung sie justissime in quasi possessione usus loci istius, wo sie immerdar von uhralten Zeiten ausgestanden und feil gehabt, geschützt, zumal da sie keine gnugsame erhebliche Ursach gefunden, sie davon vertreiben zu lassen

arg. l. 1. ff. de loco publ. fruendo. ibique Hahn & Eckold *& vi d. Tract. Stetin. cit. §. 31.*

10 und man wohl abnehmen kan, daß es fast nur aus Neid und Mißgunst geschiehet, daß man den Imploratis und andern frembden Kupffer-Schmieden die Stargardische Jahrmärckte zu besuchen verleiden will, wie solches bey den Einheimischen Handwerckern und Handelsleuthen gemein zu seyn pfleget, daß sie auf alle weis und wege trachten den Ausgesessenen die Besuchung der Jahrmärckte zu verleiden, dawider die hohe Obrigkeit billig vigiliret und zusiehet, daß die Frembde nicht gedruckt, und von den öffentlichen Jahrmärckten vertrieben werden, bene id monente

Mevio *part. 9. dec. 8.* ubi apprime in rem ait: Connatam pene mercantium avaritiam & ex hac invidiam semper solertem esse in excogitandis artibus, queis mercatus suos solos faciant, ideo alios ab iis excludant, nec eam cessare in publicis nundinis in quibus domestici exteros limis semper oculis intueantur, nihilque non, ut aut amoliantur aut difficilem atque angustam mercantiam reddant, machinentur, quod non mirum in iis, quos lucri cupiditas occœcat, at Magistratui eo usque non indulgendum ut sua cum authoritate eorum libidines exultent, peregrini mercatores in nundinis premantur aut libere merces vendere non permittantur. Utut vero laudatus Author de totali exterorum exclusione à nundinis ibi loquatur, eamque decernere Magistratui urbano haud integrum esse, sed contra istius interdictum advenam mercatorem à superiori Mandato sine clausula defendendum esse contendat ex rationibus ibidem deductis, attamen parum interesse videtur, exteros à nundinis arcere per denegatum aditum vel adeptam stationem in foro & assignatum locum à foro & hominibus admodum remotum pro vendendis mercibus.

11 Derentwegen wir auch, salvo quorumvis aliter sentientium judicio, oberwehntes Decretum vom 9. Julii 1695. nicht weniger in hoc puncto zu confirmiren erachtet, unangesehen deren in Gravaminibus dawieder angeführten Ursachen und rationen, als die schon zuvor allegirt und Hochpreyßlicher Regierung bekandt gewesen, aber nicht vor erheblich gehalten worden, derentwegen anderster, als wie geschehen, zu sprechen.

12 Belangend den dritten Puncten des Decreti, so ist an sich klaren Rechtens, daß dergleichen Pact, Geding und Vereinigung der Handwercksleuth, daß der eine seine gemachte Arbeit oder Werck in freyem Kauff nicht mehr oder weniger verkauffen solle denn der ander, unzuläßig und sub pœna verbothen, wie zu sehen aus der vom Advocato Fisci allegirten Policey-Ordnung de Anno 1577.

tit. 37. & l. un. C. de monopol. ibi: Jubemus ne quis illicitis habitis conventionibus conjuret, aut paciscatur, ut species diversorum corporum negotiationis, non minoris quam inter se statuerint, venum dentur. ibique Brunneman. Schütz *de stat. rei Rom. vol. 2. D. 9. th. 8. lit. b.* Ahasv. Fritsch. *de Monopol. cap. 12. n. 21.*

13 Weil aber Imploranten negiren, daß sie dergleichen Pactum und Geding mit den Stettinischen Kupffer-Schmieden eingangen und ihre Bekandtnis, worauff sich besagter Herr Advocatus Fisci bezogen, in dem Protocollo nicht so gar klar, sind wir angestanden sie darauff gleich in eine gewisse Straffe zu condemniren, sondern haben das Decretum vom 9. Julii simpliciter quoad hoc punctum confirmirt, erachtende, daß nöthig seyn werde, so wohl die Stargardischen, als die Stettinischen Kupffer-Schmiede samt ihrem Patrono causæ nochmahlen deswegen zu vernehmen, und wann sich klärer ergiebt, daß die Stargardischen Kupffer-Schmiede die Stettinischen dahin verbinden wollen, daß sie das Pfund Kupffer ihrer gemachten Arbeit nicht weniger oder wolfeiler verkauffen oder hingeben sollen denn die Stargardische, werden sie alsdann billig mit einer Arbitrar-Geld-Straffe angesehen. Und weil dieser Punct also noch bisdahin ausgesetzt bleibt, haben wir in den beeden andern Puncten die Unkosten dermalen compensirt, weil es eine Sache, die so expresse in Legibus nicht determinirt ist.

Welches wir zu verlangter Rechtlichen Nachricht gehorsamst anfügen, und mit unserer Facultät Insiegel bekräfftigen wollen.

Actum in Collegio nostro den 16. Martii 1696.

CONSILIUM LIII.

DE

Præstatione evictionis in Permutatione bonorum feudalium, & de horum subinfeudatione, an & quatenus ob eam Vasallus feudo privari possit? 2. De efficacia Pacti: Ut uni contrahentium, altero invito, à Contractu, quandocunque, recedere liceat.

SUMMARIA.

2. 3. Actio ad evictionem præstandam non datur, nisi re ipso actu evicta. Proinde ab hoc demum tempore hujus actionis præscriptio currere incipit.

4. 5. Re aliena permutationis causa data, permutatio non contrahitur, sed talem rem accipiens electionem habet, an Condictione Causa data Causa non secuta, suam, quam dedit, rem repetere, an Actione Præscriptis verbis, contra adversarium agere velit. Quod etiam obtinet, re actu nondum oblata.

6. 7. Subinfeudatio in fraudem Constitutionum imperialium, de Prohibita Feudi alienatione, celebrata illis Constitutionibus expresse interdicta est. junct. num. 9. 10. 11,

8. Vasallus, qui pro subinfeudatione pretium vel aliud æquivalens accipit, semper præsumitur Legi feudorum alienationem prohibenti fraudem facere.

13-16. Ratio formalis evictionis præstandæ exigit 1. Ut res sit actualiter evicta. 2. Ex causa antecedente. 3. Per victoriam judicialem. 4. Jure petitoris. jung. n. 24. 25. & 28.

17. Hinc cessat evictionis præstatio: Si possessor rem sponte vero domino restituerit.

18. Si cum rei Domino transegerit. junct. num. 39.

19. Si ex laudo arbitri rem restituerit.

20. Si ipsi res per vim majorem ablata sit.

21. 22. Etiamsi author promiserit, se velle teneri, quomodocunque res evincatur. add. n. 30. & 31.

27. Ei, à quo saltem possessio rerum avocata est, actionem evictionis denegantes citantur, probato contrario.

29. 32. 33. Cessat porro Evictionis præstatio lite authori non denunciata, ac præscriptionis exceptione, qua se tueri potuisset possessor, opponere omissa. jung. n. 30. & 31.

33-48. Respondetur ad Rat. Dubit. Et quidem 1. Re per usucapionem acquisita, etiam actionem evictionis nomine competentem per consequentiam extinctam esse. 2. In præsenti casu dici non posse, quod res aliena permutationis causa sit tradita, sed utile, quod habuit dans, dominium, & quidem subalternatum. 3. Omnem utique subinfeudationem licitam censeri, nisi sit fraudulenta. Nec ullo modo probari posse aliter sentientium opiniones.

50. Pactum conventum contractui in continenti adjectum ex cohærentia contractus vim efficaciter obligandi mutuatur. junct. 62.

51. 52. Quod verisimile non est, falsitatis imaginem habet.

53. 54. Verba contrahentium in dubio semper ita sunt accipienda, ut naturæ contractus initi inserviant.

55. Ne per contractum juri Communi derogetur, verba strictissimè sunt intelligenda.

56. Juri Communi & naturæ contractuum contrarium est, ut postquam ab utraque parte impleti multos per annos steterunt, pœnitentia unius, altero invito revocari possint.

57. 58. 59. Ex sententia in puncto juris veriori, Pacto de Retrovendendo 30. annis præscribitur, licet adjectæ sint Clausulæ: Semper, quandocunque &c.

60. Contraria Sententia in Praxi & in ipsa Camera Imperiali recepta est.

61. 62. Concluditur: Pactum, ut uni contrahentium, altero invito, a contractu consummato quandocunque recedere liceat, ceu substantiæ contractus contrarium, invalidum esse.

SPECIES

SPECIES FACTI.

Es hat Mevius und Sempronius in A. 1598. einen Wechsel und Kauffhandlung einiger ansehnlicher Güter getroffen, und nebst andern Sempronius dem Mevio dergestalten etlich von einem gewissen Stifft tragende Lehen-Güter in solutum gegeben, daß solche von dem Mevio und seinen Erben jederzeit durch gewisse Lehen-Träger, als ein Affter-Lehen getragen werden sollen, mit dem Anhang, wenn solche Affter-Lehen zu Stritt gezogen würde, einander beyzuspringen, und dafern solcher Güter-Wechsel aus einiger Ursachen aufgehoben, und Mevius oder dessen Erben davon abtretten würden, Sempronius demselben und seinen Erben wieder 8000. fl. zu erlegen schuldig seyn solle, alles nach mehrern Inhalt beyliegenden Extracts hierüber errichteten Recesses.

Nachdeme nun Mevius und seine Erben à tempore Contractus sc. Anni 1598. usque ad Annum 1650. in possessione vel quasi solcher quæstionirten Güter und Gerechtigkeiten gewesen, und sonderlich darbey, weil dieselbe in einem gemeinschafftlichen Ort gelegen, nebst andern Gan-Erben Sessionem und Votum in Gerichtlicher Handlung auf gedachtes halbes Seculum genossen, ist er doch nachgehends und bis dato, nicht wissend, aus was Ursachen, von den andern Gan-Erben von dieser Session und Voto abgetrieben worden, deswegen an Sempronio die Eviction gesucht, und so wohl Attestat als Assistentz von dem Mevio verlanget worden, der aber nach so langer Zeit und ruhiger Possession des Mevii weder zu ein als andern sich verstehen können, zumalen auch Mevius, weil er schon vor solchem Wechsel ein Con-Dominus und Gan-Erb nebst dem Sempronio gewesen, gleichmäßige Kundschafft und Nachricht von dessen Recht und Gerechtigkeiten auf den quæstionirten Gütern gehabt, und also ohne weiter urgiren oder behörige Litis denunciation die Sach so lang hangen blieben, bis Mevius occasion bekommen, mit dem Stifft, als Domino feudi nemlich quæstionirten verwechselter Güter zu handeln, und solch Affter-Belehnung per modum Consolidationis Domini Directi cum utili sub Tit. emptionis venditionis vor sich zu bringen, inmassen auch in Anno 1662. erfolget, und als Sempronius die angestandene Affter-Belehnung gedachtem Recess gemäs, bey Mevio erinnert, derselbe mit erstgedachter Consolidation sich entschuldiget, und dißfalls nimmer obligirt gehalten, zu dem Ende sich auf bemeldten in Anno 1662. getroffenen Kauff-Contract bewerffend; Sempronius aber dargegen excipiret, wie ihme hiervon nichts wissend, massen derselbe niemals auf beschehene mündt- oder schrifftliche Communication des Mevii vorhabender Tractaten mit solchem Stifft als Domino feudi sich darzu verstanden, sondern allezeit competentia reserviret, und sich ausser aller Eviction sicher gehalten, weilen absonderlich der Dominus feudi gedachten Stiffts solchen Wechsels und Affter-Belehnung halber Sempronium auf beschehene Requisition der Lehn wider alle Lehen-Rechte nimmer admittiren und pro vasallo ex Capite Feloniæ erkennen wollen, dargegen Sempronius sich disfalls ausser allen Respect des Vasallagii gehalten, und eben deswegen sich nebst dem Mevio bey solchem Lehn-Hoff weder wegen Abtrag vermeintlich begangener Feloni durch solchen Güter-Wechsel, wie man ex parte Domini Feudi sustiniret, noch wegen der Consolidation utriusque Dominii auf einigerley weiß und weg einlassen können, darüber dann Mevius abermals etlich Jahr acquiesciret, und darbey ohne Wissen oder verlangte Assistentz des Sempronii allerhandt-actus in Ecclesiasticis & Politicis bey solchem Gan-Erbschafftlichen Ort dieser eingewechselter Güter halber exerciret. Als aber vor einiger Zeit sich abermal wegen gedachten Voti und Bestellung der Geistlichen, in deme andere Gan-Erben obschon solche meistens der Catholischen Religion zugethan, und Mevius nebst andern schon in Anno 1624. als Evangelische Stände dißfalls in possessione vel quasi gewesen, Mißhelligkeit erhoben, hat Mevius mit Vorstellung der recessirten Abtrettung und Widerlosung quæstionirter Güter ad 8000. Gülden laut §i. Dafern aber solcher Wechsel ꝛc. beygehenden Recesses von dem Sempronio entweder Assistentz zu Wider-Erlangung mehr besagter Session und Voti, oder laut erstgedachten §i. die Auslösung gesucht, und als man sich ex parte Sempronii aus obangeführten Ursachen widerantwortlich weder zu einem als dem andern verstanden, (zumalen ja solcher Recess ein mutuum obligatorium mit sich führe, und also der eine Theil inscia vel invita altera parte keinesweges eine Convenientz darbey suchen, und sich à nexu obligationis liberiren könne, den andern aber darbey gehalten wissen wolle; wie Mevius mit entzogenem klärlich recessirten Affter-Lehn, und andern bey solchem Contract überkommenen juribus respectivè committendo & omittendo zuwider gehandelt, und hingegen dannoch dessen allem ohngeachtet Sempronium ex dicto pacto recessus zur Wiederlosung gehalten wissen will) vermeinet dannoch Mevius, daß Sempronius absolutè zu verlangter Auslösung per sæpe citatum §um Dafern ꝛc. gehalten ꝛc. und ihn weder Præscription noch anders darwider schützen könne ꝛc. Dannenhero Sempronius bewogen worden, über folgende wenige Frage unpartheyliche Rechtliche Gedancken einzuhohlen,

und zwar

1. Ob Mevius, nachdeme derselbe à tempore Contractus sc. A. 1598. bis 1650. und also über ein halbes Seculum in ruhiger Possession vel quasi aller in solutum datirten Güter, Recht und Gerechtigkeiten gewesen, und nach der Hand allerhand actus exerciret und Litem niemals behöriger massen denunciret, dargegen aber in viel Weg dem Contract und obhabender Obligation nach Belehrung des facti committendo & omittendo zuwider gehandelt, an den Sempronium mit Bestand Rechtens die Eviction annoch suchen könne?
2. Ob man von Seiten Sempronii, im Fall solche Eviction darfür haltens nimmer statt habe, dannoch nach beygehendem Recess und dessen §. dafern aber ꝛc. Mevius beständiger Meynung nach schuldig und gehalten, die quæstionirte Güter um den recessirten Kauffschilling der 8000. fl. wieder anzunehmen? dann
3. Was etwan sonsten weiters bey dieser Sach, falls Mevius viam juris ergriffen, und Sempronium auf ferner ungesonnenen Verwegerungs-Fall deswegen Gerichtlich belangen sollte, zu observiren und Sempronio zu statten kommen möchte?

Als uns zur Juristen Facultät bey gemeiner Hoch-Fürstl. Würtenb. Universität Tübingen verordneten Decano und andern Doctoribus vorstehende Facti Speciem zu übersenden großgünstig beliebet, über dieselbe und deren angehengte Fragen unsere Rechtliche Gedancken zu eröffnen; So haben wir zu Bezeugung schuldiger Dienstwillfährigkeit und Beförderung der lieben Justitz nicht ermanglet selbige nach absonderlicher vorher beschehener Verlesung in reiffe Collegialische Deliberation zu ziehen, und uns eines gewissen Schlusses darüber zu vereinigen, der bey einer jeden Frage dahin gegangen, wie folget:

Und zwar so viel forderist

Die Erste Frage:

Ob Mevius, nachdem derselbe à tempore contractus, scil. Anno 1598. bis 1650. und also über ein halbes Seculum in ruhiger Possession vel quasi aller in solutum datirten Güter, Recht und Gerechtigkeiten gewesen, und nach der Hand allerhand actus exerciret, und litem niemals behöriger massen denunciret, dargegen aber in viel wege dem Contract und obhabender Obligation, nach Belehrung des Facti, committendo & omittendo zuwider gehandelt, an den Sempronium mit Bestand Rechtens die Eviction annoch suchen könne?

1 belanget, haben wir einmüthig dafür gehalten, daß Mevius an Sempronium mit Fug und Bestand Rechtens die Eviction nicht suchen könne.

2 Denn ob es wohl das Ansehen haben möchte, ob wäre Mevius gar wohl befugt, Sempronium deswegen zu belangen, in Ansehung 1) ausfündigen Rechtens

quod actio ad petendam evictionem competens non detur, nisi re ipso actu evicta & ablata

l. 21. §. 1. l. 74. §. 2. ff. l. 3. l. 18. C. de evict. l. 30. §. 1. ff. de act. empt.

nam qui rem vendidit, in solutum dedit vel permutavit, ad evictionem rei venditæ, in solutum datæ aut permutatæ nomine præstandam non pure obligatur, sed sub hac conditione si res evincatur.

l. 70. ff. de evict.

Priusquam igitur conditio extiterit & res evicta sit, non cedit dies obligationis, consequenter interim in suspenso est actio, & re evicta demum competere, ac proinde ab hoc tempore, postquam nempe res evicta est, ejusdem actionis præscriptio etiam currere saltem incipit. Præscriptio enim in odium negligentiæ introducta est. Negligentiæ autem culpari non potest, cui non competit agendi facultas aut actio. Si igitur quis rem alienam emit, eademque ipsi evicta est, & ex hoc quo evictio facta est, intra statutum tempus non egerit, removeri ope præscriptionis potest. Sed quamdiu res evicta non est, empti actio, quæ pro evictione datur, temporis spatio non tollitur

l. 21. C. de evict.

nam quamvis de cœtero ad omnia, ad quæ alias ex empto actio competit, eadem statim agi possit, quamprimum contractus initus ac perfectus est, & ideo præscriptioni quoque ab eo momento obnoxia esse incipiat, quemadmodum reliquæ actiones personales omnes

l. 3. C. de præscript. 30. vel. 40. ann.

alia tamen est conditio actionis empti, quando datur pro evictione, quoniam tunc ante rem evictam non competit, consequenter nec ante præscriptione perimi aut aboleri potest.

Weil

3 Weil nun Mevius, nachdem er schon über ein halbes Seculum in ruhiger Possession vel quasi der verwechselten und in solutum angenommener Güter, dann denen anhangender Rechten und Gerechtigkeiten gewesen, auch nebst andern Gan-Erben Sessionem & votum in Gerichtlichen Handlungen auf gedachtes halbes Seculum deßwegen bereits genossen, erst von solcher Session und voto excludirt worden, scheinet er in allweg noch befugt zu seyn, wider Sempronium ad præstandam evictionem ex natura contractus & promisso debitam zu agiren.

Mesa *lib. 1. Resol. cap. 40. num. 18.* Sichard. *ad d. l. 1. num. 5.* B. D. Lauterbach. *ad tit. ff. de rer. permut. num. 13.*

4 Und das 2.) um so mehr, als in facti specie gemeldet wird, daß zwischen Mevio und Sempronio nicht so wohl ein Kauff und Verkauff, als eine Permutation oder Wechsel einiger ansehnlicher Güter getroffen worden, und nebenst andern Sempronius Mevio die quæstionirte von einem gewissen Stiffte zu Lehen getragene Güter in solutum gegeben, dergestalten, daß Mevius solche als ein Affterlehen von ihm haben und besitzen solte, inmassen selbiges die Beylag mit mehrerm giebet, und durchaus von verwechselten Gütern redet; Dann weil Mevius nun nicht nur allein von der Session und Voto, so er in Gerichtlichen Handlungen neben andern Gan-Erben der gegen ihn vertauscht und verwechselter Güter halber haben sollen, excludirt und entsetzt worden, sondern auch wegen der Güter selbst von gedachtem Stifft angefochten und gezwungen worden, sich mit demselben deßwegen zu vergleichen, und solche käufflich an sich zu bringen, so agiret er so viel billiger wider Sempronium ad evictionem, als ausgemachten strittigen Rechtens ist

quanto magis ergò procedet, ubi res actu evicta est, vel pro illa litis æstimatio soluta, sicque redempta est.

5 Daß aber hier res aliena vel evictioni obnoxia à Sempronio dem Mevio tradirt worden, erbricht sich klar daraus, daß Mevius nicht nur von den andern Gan-Erben à Sessione & voto in Gerichtlichen Handlungen ratione der ihm durch den Wechsel tradirten Güter excludirt worden, sondern sothane Güter auch gar von dem Stifft, von dem sie Sempronius zu Lehen getragen, als caduc angesprochen worden, daß sich Mevius deßwegen mit dem Stifft als Domino directo in Vergleich einlassen, und dieselbe von ermeldtem Stifft soluta litis æstimatione an sich anderwärts erhandlen und redimiren müssen, daß er sie jetzo nicht ex titulo permutationis cum Sempronio initæ, sondern ex nova causa emptionis à Monasterio N. besitzet

arg. l. 21. §. 2. in fin. ibi: prope enim hunc ex secunda emptione i. e. ex litis æstimatione emptori habere licet, non ex pristinâ. *l. 29. pr.* ibi: & ego ex alia causa rem haberem. *ff. de evict.*

6 Wolte man aber 3.) sagen, daß Mevius per initam cum Monasterio transactionem nur das Dominium directum an sich gebracht und erhandelt, nicht aber das utile, so ihm à Sempronio sub feudi titulo concedirt worden; so ist doch wohl zu erwegen, daß das Stifft N. nicht das directum, sondern eben das utile Dominium als caduc angefochten, solches also zu behalten sich Mevius in den Vergleich mit selbigem eingelassen, und solutione æstimationis ac emptionis venditionis titulo zu mehrer seiner Sicherheit plenum Dominium der Güter an sich gebracht und erhandelt. Dann das Stifft vermuthlich vorgewendet haben wird,

quod re alienâ vel evictioni obnoxiâ ex causa permutationis datâ, nulla contrahatur permutatio

l. 1. §. 3. ff. de permut.

sed qui ex dicta causa rem alienam aut evictioni obnoxiam accepit, & ex sua parte aliam rem pro illa dedit, electionem habeat, an condictione causa data causa non secuta rem suam, quam dedit, repetere velit, an ex contractu actione Præscriptis verbis contra adversarium, qui rem alienam vel evictioni obnoxiam tradidit, agere velit, perinde ac si nihil ab illo traditum esset,

l. 1. C. de permut. l. 1. §. 1. ff. eod. Sichard. *ad d. l. 1. C. de permut.* Coll. Jur. Argent. *ad tit. ff. de permut. th. 1. in fin.* Bachov. ad Treutl. *v. 1. Disp. 13. th. 10. fere in fin.* Mev. *part. 1. dec. 175. & part. 3. dec. 28.* Brunnem. *ad l. 5. C. de rer. permut.* ubi duas illas actiones etiam alternativè conjungi posse tradit.

& hoc obtinere, etiamsi res illa nondum etiam actu evicta fuerit, docent

Brunneman. *ad l. 29. C. de evict. per l. 5. §. 1. ff. de præscript. verbis. l. 5. ff. de cond. causa dat.* Ferdin. Arias de

7 quod subinfeudatio illa à Sempronio facta in fraudem Constitutionis Friderici de prohibita feudi alienatione ac detrimentum Domini directi facta, & non tam licita alias subinfeudatio, quam venditio aut permutatio feudi callidis machinationibus sub colore investituræ celebrata, illâ Friderici constitutione expressè interdicta sit

2. F. 55. pr. vers. Callidis insuper machinationibus quorundam obviantes, qui pretio accepto quasi sub colore investituræ, quam sibi licere dicunt, feudum vendunt & in alios transferunt: ne tale figmentum vel aliud ulterius in fraudem hujus nostræ Constitutionis excogitetur, modis omnibus prohibemus, pœna authoritate nostra imminente, ut venditor & emptor, qui tam illicitas alienationes reperti fue-

rint contraxiſſe, feudum amittant, & ad Dominum liberè revertatur.

8 Eſt enim communis Dd. ſententia, Vaſallum, ſi pro ſubinfeudatione pretium vel aliud æquivalens accipiat à ſubinfeudato, etiamſi palam id faciat, ſemper præſumi legi feudorum alienationem prohibenti fraudem facere, & tali colore in effectu feudum vendere vel permutare, hinc ſubinfeudationem talem haud ſubſiſtere ac valere

Bocer. *de amiſſion. feud. tract. 5. cap. 2. n. 13.* Roſenthal *cap. 9. membr. 1. concl. 44. lit. b.* ubi plures in hanc ſententiam allegat.

9 Hacque ratione Monaſterium N. procul dubio Sempronium poſt iſtam ſubinfeudationem de bonis quæſtionis pro aliis ſibi ceſſis bonis Mevio factam, pro Vaſallo amplius agnoſcere noluit, ſed ipſum Feloniæ reum, ceu qui feudum ſine domini conſenſu illicite alienaſſet, arguit, & hinc feudum illicita illa alienatione ſibi apertum prætendit. Imo conſtat haud deeſſe magni nominis Feudiſtas, qui dicta conſtitutione Friderici

2. F. 55.

non tantum callidam & fraudulentam (quippe cujus ratione non opus fuiſſet nova lege, cum ea jam ante interdicta fuerit

2. F. 9. pr. verſ. ſi vero 2. F. 26. §. beneficium.)

ſed in genere quamcunque ſubinfeudationem prohiberi ſtatuunt, aſſerentes, quod licet olim ſubinfeudatio permiſſa, nec ſub prohibita feudi alienatione comprehenſa fuerit, attamen jam illa Friderici conſtitutione jus iſtud, quo licebat feudum ſibi datum alteri in ſubfeudum concedere, abrogatum ſit, quia nempe Conſtitutio illa tempore poſterior eſt, & quamcunque alienationem feudi prohibet, conſequenter quoque ſubinfeudationem, quæ antea in uſu fuerat, abrogat, uti ita expreſſe argumentatur contra quamcunque ſincere etiam intentandam ſubinfeudationem

Franc. Hottomannus *in Comment. ad 2. F. 34. & 55. it. in Diſp. de Jure Feudal. cap. 37.* & ante ipſum jam alii in eadem ſententia fuerunt teſte Barthol. Camerario *in repet. C. Imperialem 2. F. 55. pag. 32.*

10 Et hinc Julius Clarus

in recept. ſent. §. feudum. qu. 32. n. 1.

ſcribit, ſe non potuiſſe apud Doctores reperire idoneam aliquam ac ſufficientem rationem exceptionis, quare ſtante generali prohibitione alienationis feudi, permiſſa tamen eſſe debeat ſubinfeudatio, cum nulla ſubeſſe videatur ſatis concludens ratio ſpecialitatis.

Atque Hermannus Vultejus 11

lib. 1. de feud. cap. 10. n. 149.

ait, vereri ſe, ut ſi ad amuſſim ſubinfeudatio ad rationes prohibitæ alienationis feudi, quæ referuntur

2. F. 55. pr.

conferatur, illæ non minus in ſubinfeudatione, quam in quavis alienatione locum habere deprehendantur. Imprimis vero favore Eccleſiæ Feudum Eccleſiaſticum absque Prælati conſenſu ſubinfeudari haud poſſe, diſerte docet

Bald. *in. c. 1. §. præterea. 2. F. 34.*

Qua ſtante ſententia eo magis hic fundata fuiſſet intentio Monaſterii N. quoad vindicationem feudi Eccleſiaſtici a Sempronio contra legis prohibitionem Mevio ſine Prælati conſenſu in ſubfeudum conceſſi. Et quia Mevius dicto Monaſterio tanquam ſuperiori feudi Domino litis æſtimationem exſolvit, ut ſibi feudum retinere liceret, recte nunc evictionis præſtandæ nomine adverſus Sempronium ſubinveſtientem agere & petere videtur ut ipſi ab illo refundatur, illa litis æſtimatio, quam feudi retinendi cauſa ſubiit, aut ſtipulata in iſtum caſum pecunia 12

arg. 2. F. 8. pr. 2. F. 25. ibi: ut dominus Vaſallo ejusdem æſtimationis, quod erat tempore rei judicatæ, feudum reſtituat, vel nummos in feudum dandos numeret. *junct. l. 16. §. 1. l. 21. §. 2. in fin. l. 29. ff. de evict.*

So können wir jedoch deſſen allen, und 13
was ſonſt irgends weiter ſcheinbarliches in contrarium angeführet werden möchte, ohnangeſehen nicht finden, noch erachten, daß Mevius mit Fug und Beſtand Rechtens an Sempronium die würckliche Evictions-Præſtation ſuchen, und prætendiren, oder Sempronius dazu rechtmäßig angehalten, und condemnirt werden möge.

Dann wo einer zu würcklicher Gewehr- 14
ſchaffts-Leiſtung condemnirt werden ſolle, da wird 1.) vor allen Dingen erfordert, daß demjenigen, der die Sach von dem, den er zur Gewehrſchaffts-Leiſtung belangt, ex emptione venditione, in ſolutum datione, permutatione, rerum communium diviſione aut ſimili cauſa bekommen, ſelbige durch richterlichen Spruch und Urtheil, ſo dann deren Execution rechtmäßig entwehrt und abgenommen worden ſey.

Formalis enim ratio præſtandæ evictionis 15
exigit, ut res ex prædictis ſimilibusque cauſis tradita ex jure petitoris & cauſa antecedente legitime evicta ſit, ideoque nemo ad actualem evictionis præſtationem condemnari poteſt, niſi 1.) res ſit evicta, quod ipſum duo involvit. Primo ut res jam ſit amiſſa, ſi enim lis tantum mota ſit, id non ſufficit, ut quis de evictione teneatur.

tur. Nam si lis tantum sit mota, agere potest ad hoc, ut author veniat; & se defendat, non ad actualem evictionis præstationem.

l. 74. §. 2. ff. de evict. ibi Brunnem.

Secundò ut per victoriam judicialem res ablata sit.

l. 24. l. 56. §. 1. ff. l. 17. C. de evict.

16 nec sufficit sententiam condemnatoriam esse latam, sed requiritur, ut eadem etiam executioni demandata, petitorique res restituta sit

l. 57. §. l. 16. §. 1. l. 21. §. 2. ibi: cum igitur neque corpus &c. *ff. de evict. l. 3. C. eod.* post Fabian. de Anna *Cons. 15. n. 1.* Franzk. *ad tit. ff. de evict. n. 602. seqq. 615.*

17 Hinc cessat evictionis præstatio, si possessor extra judicium rem sponte vero domino restituerit, licet causæ justitia motus,

l. 70. ff. l. 3. C. de evict.

18 si transegerit cum vero rei domino

l. 17. C. de evict. Diod. Tulden *ad d. t. Cod. n. 11.*

19 si compromiserit & ex laudo arbitri rem restituerit

l. 56. §. 1. ff. de evict.

20 si ipsi res per vim majorem ablata aut citra cognitionem judicialem de facto extorta sit.

l. fin. C. de act. empt. Angel. *in l. si filiofam. 25. §. ult. ff. solut. matrim.* ubi dicit, quod Florentini, quibus vendita fuerunt certa loca, & paulo post ablata per Pisanos, contra venditorem nullum de jure habeant regressum, quoniam venditor vendendo (& permutans permutando) omnem casum fortuitum & violentum in emptorem (& qui permutationis titulo rem accepit) transfert. *l. 11. ff. de evict. l. 5. §. 1. de P. V.* Franzk. *de Evict. n. 770. seqq.* Guzmann. *de Evict. qu. 42.* & post Calderin. Pereira, Joh. del. Castillo, Ant. Quesada, Joh. de Aylon Laynez *in addit. ad Gomez. var. resol. lib. 2. c. 2. n. 43.*

21 quod postremum procedit, etiamsi venditor aut similis author promiserit se velle teneri, quomodocunque res evincatur, etiam de facto, quia non intelligitur hac promissione violentiam extrajudicialem, quæ non venit secundum naturam negotii & contractus, in se suscepisse, sed ea saltem, quæ facti sunt aut quæ de facto fiunt in judicio, se quoque præstiturum, promisisse.

Johan. Ant. Mangil. *de Evict. qu. 17. n. 4.* ibique citati. *& q. 19. per tot.* Mynsi. *1. O. 54.* ibique Weip. Lud. Fabricius. Brunnem. *ad l. 11. ff. de evict. n. 3. Mant. de tacit. & ambig. convent. lib. 4. tit. 27. n. 38.* Caballin. *de evict. §. 5. n. 22.* Guzman. *d. q. 42. n. 4.* Carpz. *p. 2. c. 34. d. 25.* Mev. *ad Jus Lub. lib. 3. tit. 6. art. 4. n. 9.*

ita nempe, ut defensionem ac evictionem 22
eo modo promittens teneatur defendere eum, qui rem ab ipso accepit, de jure & de facto, sic, ut non feratur injusta sententia, & si feratur, ipse obstrictus sit ad indemnitatem & evictionem præstandam contra dispositionem

l. si per imprudentiam. 51. ff. de evict.

secundum quam re per **judicis** imperitiam abjudicata, nisi ita defensionem ac evictionem promisisset, de evictione haud teneretur. Et quamvis hanc Bartoli Guilelmi de Cuneo, Alberici de Rosate & aliorum interpretationem verborum istorum reprobent Baldus, Paulus de Castro, Salicetus, Aretinus & alii allegati

Guzmanno *tr. de Evict. d. q. 42. n. 4.* Mangilio *d. q. 19. n. 13.*

volentes venditorem de jure & de facto defensionem ac evictionem promittentem non teneri, si judex imperite vel alioqui perperam judicet. Videntur tamen hæ invicem dissentientium opiniones haud incommode conciliari posse, si dicamus venditorem aut similem authorem, qui defensionem ac evictionem de jure & de facto promisit, eo quoque casu quo judex imperite pronunciat teneri, si modo judex causa cognita & juris ordine observato procedat, at si sine ordine judiciario procedat atque ita injuriam inferat, non teneri eum,

Mantica *d. t. num. 43.* Guzman *d. q. 42. n. 5. 6. 7.* Mangil. *d. q. 19. n. 16. seq.* Franzk. *ad tit. ff. de evict. n. 780. seq.* Cothman *vol. 2. Resp. 89. n. 102.*

Vel etiam verba illa sic accipi queunt, 23
ut significent, venditorem vel alium authorem ita se ad evictionem obligantem promittere, quod ad defensionem emptori vel simili præstandam vocatus in judicio non solum jura sua allegare & producere, sed ea quoque, quæ facti sunt, præstare; Procuratores scil. & Advocatos sollicitare, sumptibusque suis & expensis litem ac defensionem peragere, & in summa actioni instituendæ & prosequendæ ita suppetias ferre velit, ac si propria ejus causa esset; ad hæc enim venditorem vel alium contrahentem, qui aliâs ad ea contractus natura non obligatur, sed saltem emptori adsistere tenetur

l. 20. C. de evict.

se, si prædicto modo defensionem & evictionem promittat, adstringere & obligare, idque verba ista importare tradunt

Caballin. *de Evict. §. 5. n. 22.* Mangil. *de Evict. q. 19. n. 12.* Mantica *d. l.*

24 Et quidem 2.) ratione causæ formalis requiritur, ut res evicta ablata sit propter causam, quæ antecessit possessionem ipsius evicti, si author condemnari debeat ad præstandam evictionem.

l. 1. C. de peric. & comm. rei vend. Frantzk. *de Evict. n. 786. seqq.*

25 Ac 3.) ut evicta sit jure petitoris & propterea quod actor potius jus in ea habeat, dominium forte, pignus &c. Si igitur res per injuriam vel ignorantiam vel errorem vel malitiam judicis evicta sit, non habet regressum adversus authorem

l. 51. ff. l. 8. C. de evict.

non enim debet injuria emptori illata venditorem contingere, quod & alias ita inter alios juris est

d. l. 51. pr. in fin. l. 67. ff. de fidejussor. ubi Paulus JCtus injuriam, inquit, quæ tibi facta est, penes te manere quam ad alium transferre æquius est. *add. l. 44. §. 1. ff. de legat. 1.* Frantzk. *d. l. num. 814. seqq.*

26 Daß aber hier Mevius die ihm intuitu deren von Sempronio ihm durch Wechsel zugekommener Güter competirende und schon über 50 Jahr ruhig genossene Session und Votum in Gerichtlichen Handlungen durch Richterlichen Spruch und Urtheil, so dann deren Execution rechtmäßig verlohren haben, also die erzehlte Formalia requisita petendæ & præstandæ evictionis in gegenwärtigem Casu sich richtig befinden, und gedachte Session und Votum, denselben nach, Mevio, prævia judiciali cognitione, deßwegen, daß seine Gan- Erben potius jus gehabt, und ex causa, quæ præcessit contractum inter Sempronium & Mevium initum, per competentem Judicem abgesprochen worden seyn solte, findet sich ex facti specie nicht, sondern wir colligiren vielmehr das Contrarium daraus, daß er nemlich von den andern Gan- Erben per violentiam extrajudicialem von solcher Session und Voto abgetrieben, oder wenigst der quasi Possession, citra judicialem cognitionem, & absque competentis judicis sententia de facto
27 entsetzt worden sey. Wann nun dem also, wären Sempronius und dessen Erben durchaus keine Eviction zu præstiren schuldig, könten auch dazu in keine Weiß noch Wege condemnirt werden, nicht so wohl aus der Ursach, daß Mevius allein der Possession entsetzt

ob quam tantum avocatam actionem evictionis competere nolunt

Joh. Cephal. *lib. 2. Cons. 168. num. 5.* Menoch. *Cons. 361. num. 5.* & alii tam ab his, quam à Guzmanno *tr. de Evict. quæst. 56. num. 12.* & Cothmanno *vol 2. Cons 89. num. 49.* allegati

requirentes, ut tam ratione Dominii & proprietatis quam possessionis res evicta sit, si exactioni evictionis locus esse debeat. Cujus tamen contrarium

textibus l. 3. l. 11. §. 13. ff. de act. empt. l. 21. §. 1. l. 57. ff. de evict.

& pluribus aliis rationibus, authoritatibus nec non rebus judicatis probare satagunt.

Joh. Anton. Mangil. *tr. de Evict. quæst. 12. num. 2.* & citatus Gutzmann. *d. quæst. num. 3.*

als weil die Possession vel quasi ihm de facto 28
citra judicialem cognitionem abgenommen worden.

Juris enim est indubitati, venditorem similemque authorem non teneri ad evictionem emptori aut alii, qui simili titulo oneroso rem ab ipso nactus est, quoniam citra judicialem cognitionem ei possessio vel res ipsa de facto ablata est.

per superius notata.

Regula quippe generalis est, quod quando res in judicio non est evicta, venditor aliusve author de evictione non teneatur.

l. 24. l. 25. ff. de evict. l. 17. C. eod.

Und das 2.) um so weniger, weil Mevius 29
Sempronio und dessen Erben nicht zu rechter Zeit, und ehe er der quasi Possession sessionis ac voti in den Gerichtlichen Handlungen entsetzt worden, ad defendendum gebührende Denunciation gethan, welches er zu thun verbunden gewesen, wann er gewollt, daß ihn Sempronius und dessen Erben Schadloß halten sollen, in casu, da sie darzu von Rechtswegen gehalten.

Notum enim est, cessare evictionis præstandæ necessitatem in obligato etiam alias ad eandem, si res culpa possessoris evicta sit, idque vel committendo vel omittendo, ut si litem sibi motam non denunciaverit in tempore authori, nam si quis ex capite evictionis adversus authorem suum reverti velit, litem ei, dum res adhuc integra & necdum ablata est, denunciare debet, alias regressum nullum habebit.

l. 29. §. 1. de evict. l. 1. C. ubi in rem actio. leg. 1. C. de peric. & comm. rei vend. l. 8. l. 10. C. de evict.

Etiamsi author se obligaverit ad evictionem 30
hoc modo, quomodocunque & qualitercunque res evincatur, clausulæ enim tales stricte secundum naturam ipsius actus accipiendæ.

Covarruv. *var. resol. lib. 3. c. 17. num. 7.* Burgund *de evict. cap. 54. num. 2.* Strauch. *in Lex. part. Jur. voc. quomodocunque. num. 1.*

Idque quia regressus non aliter quam sub 31
hac conditione, si denunciatum, & quidem in tempore, fuerit, datur, & ideò JCtus Modestinus eam necessitatem appellat

in l. 63. de evict.

Et Imperatores inter solennia referant

in l. 18. C. de evict.

quasi

quasi non aliâ lege regressus detur, quam si ut dictum, in tempore denunciatum fuerit.

cit. txx. Burgund. *d. c. 54. n. 1.*

Tempestive autem fit hæc litis denunciatio, si authori adhuc integra sit defensio & sic nondum publicata attestata, resque non sit prope sententiam & condemnationem.

l. 29. §. 2. ff. de evict.

32 3.) Weil Mevius die Güter quæst. bona fide justo titulo von Sempronio bekommen, und schon über 50 Jahr ruhig besessen, auch die denselben anhangende Session und Votum in Gerichtlichen Handlungen so lange Zeit mit und neben andern Gan= Erben genossen, hätte er selbige, wann er sie ja nicht ex vera vel quasi traditione ex præcedente justa causa facta acquirirt gehabt, doch mediante præscriptione rechtmäßig erlangt und erworben, und sich also, da ihm von den andern Gan= Erben die Session und Votum in den Gerichtlichen Handlungen strittig gemacht, und er deßwegen Gerichtlich convenirt worden, ope exceptionis longissimi temporis præscriptionis schützen, und damit die wider ihn instituirte Action enerviren und elidiren können, dieweil er aber solches unterlassen, und die ihm competirende exceptionem præscriptionis nicht opponirt, hat er sie sua culpa verlohren, und kan deßwegen jetzo wider Sempronium oder dessen Erben nicht ad evictionem agiren.

Si enim emptor, aut alius, qui simili titulo oneroso ab aliquo rem nactus est, statuto tempore rem venditam permutatam aut alio tali titulo acceptam legitimè possedit, & ita se præscriptione contra eam postea vindicantem tueri potuit, sed exceptionem præscriptionis opponere omisit, & hinc ad rem restituendam condemnatus, sententiaque illa condemnatoria etiam executioni mandata est, sane hoc casu res ipsi non jure evicta, sed culpa ejus amissa intelligitur, ac proinde venditor vel permutator de evictione haud tenetur.

l. 54. pr. l. 56. §. 3. de evict. l. 19. C. eod. Frantzk. *de evict. num. 966. seqq.*

33 Und wider dieses mögen nichts verfangen die in contrarium angeführte Schein= Gründe, dann so viel die erste dubitandi rationem concernirt, so ist zwar an deme,

quod actiones ad petendam & exigendam evictionis præstationem regulariter perpetuæ sint, adeò, ut nec longissimo tempore directò, ratione venditoris similisve authoris, præscribantur, quia sub conditione tantum competunt, si scil. res fuerit evicta, adeoque ante rem evictam non competunt

l. 70. ff. de evict. l. 21. C. eod. quæ eo sensu accipienda.

34 Doch ist dagegen auch unlaugbar,

quod si interim res ipsa per usucapionem acquisita sit, etiam actio evictionis nomine competens per consequentiam, ratione rei venditæ, permutatæ &c. usucapione quæsitæ, extinguatur, quia possessor jam tutus est exceptione usucapionis, uti dicitur

in l. 54. pr. ff. de evict. junct. l. 19. C. eod. Burgund. *de evict. c. 86.* Frantzk. *d. l.*

ad exemplum rei vindicationis, cui licet directò non nisi 30 annis præscribatur, hic enim terminus omnibus actionibus tam realibus, & quidem non minus specialibus ut rei vindicationi, actioni confessoriæ &c. atque universalibus, ut hereditatis petitioni, actioni familiæ erciscundæ, &c. quam personalibus, ut condictioni certi ex mutuo & aliis ex contractibus, &c. quæ breviori temporis spatio non circumscribuntur, præstitutus est, ut nempe 30 annis directo tollantur.

textu rotundo in l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor.

attamen eadem per consequentiam triennio 35
in mobilibus, decennio vel vicennio in immobilibus excluditur, quia enim ipsa rerum dominia his annis pro illarum diversitate à bonæ fidei possessoribus præscribuntur & acquiruntur

pr. Inst. de usucap. & long. temp. præscript.

necesse est & ipsas actiones ex dominio descendentes extingui, sublata enim causa tollitur effectus, sublato igitur dominio non potest non tolli ipsa rei vindicatio, quæ illius est effectus, per consequentiam nimirum, licet, ut dictum directò actio demum 30 annorum lapsu præscribatur, & tamdiu intentari possit, ubi forte ipsius rei usucapio vel præscriptio locum non invenit propter vitium rei inhærens, e. g. Si fur rem furtivam per 30. annos possedit, propter furtivitatis vitium dominium illius præscribere nequaquam potuit, sed hoc salvum mansit domino, & propterea hic ad 30. usque annos quoquem rem suam à fure vindicare potest, sed post trigesimum annum eam vindicaturus excluditur exceptione præscriptionis.

d. l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor.

Similiter, ut dictum, actio evictionis nomine competens directo ob solam possessionem longi vel longissimi temporis non summovetur

l. 21. C. de evict.

quia non nisi sub conditione, si res evicta sit, competit

d. l. 70. de evict.

Per indirectum tamen ei præscribitur dum per possessionem longi temporis res adversus verum dominum rei usucapione acquiritur, & ita dum Dominus prior ea completa amplius agere nequit, per consequentiam venditor quoque de evictione emptori teneri desinit

l. 54. ff. de evict. junct. l. 19. C. eod.

Tunc enim emptoris, vel alii, qui simili titulo rem nactus, non amplius interesse

 potest,

potest, re jam pleno jure in illo statu existente atque si statim ab initio dominium translatum fuisset, ad quod per translatam conditionem usucapiendi perventum est.

Quod si vero emptor vel similis adversus vindicantem exceptione præscriptionis usus non sit, aut cum usus esset, judex ea non considerata condemnationem fecerit, venditor vel similis author nihilomagis tenetur, illic ob culpam emptoris, quam ipsemet sustinet, hîc ob injuriam judicis, quæ emptori illata venditori nocere non debet, ut habent verba

Frantzkii *de Evict. num. 971. seq. per l. 51. de evict.*

36 Weil nun Mevius in gegenwärtigem Fall die ihm durch Wechsel zugekommene Güter schon über 50 Jahr als ein Affter-Lehen ruhig besessen, auch deßwegen so lange Zeit Votum & Sussionem bey allen Gerichtlichen Handlungen neben andern Gan-Erben gehabt und genossen, so hat er das utile dominium der Güther sambt dem anhangenden Voto & Sessione hoc plus quam longissimo tempore völlig præscribirt, wann man gleich setzet, daß die subinfeudatio in sich nicht gültig gewesen wäre, und ihren Effect das utile dominium der Güter sambt den Juribus zu transferiren gehabt, so man doch nimmer zugibt, derentwegen er Mevius sich exceptione præscriptionis wohl schützen können, kan also jetzo der beschehenen Entsetzung halber keinen Regress wider Sempronium und dessen Erben suchen, es sey dieselbe per violentiam extrajudicialiter, oder judicialiter per sententiam judicis vel ob omissam exceptionem præscriptionis, vel quod judex per injuriam aut ignorantiam aut malitiam ejus nullam habuerit rationem, geschehen, und fällt auf solche Weise gäntzlich die erste Dubit. ratio.

37 Eben so wenig würcket 2.) auch die andere dubitandi ratio, denn obwohl à Sempronio hier res aliena ex causa permutationis Mevio gegen andere Güter tradirt, so hat doch Sempronius in den gegen andere mit Mevio verwechselten und ihm gegebenen Gütern ein kräfftiges Jus, utile nempe dominium vel Jus feudi gehabt, und hat selbige Mevio anderst nicht denn mit solcher Condition gegeben, daß er sie von ihm Sempronio zu Affter-Lehen tragen und empfahen, auch jedesmahls, so offt daß Noth beschehe, solches Lehens wegen gewöhnliche Gelübde thun solle, für seine Person Sempronio getreu und gewärtig zu seyn, dessen Schaden zu warnen, frommen und bestes zu werben ꝛc. Welches er also zu thun von rechtswegen wohl befugt gewesen, wie bey der folgenden ratione dubitandi mit mehrerm solle gezeiget werden, und weil er solcher gestallten mehr nicht, dann das utile dominium der Güter quæstionis, so ihm zugehöret gehabt, und eigen gewesen, in die Permutation und den getroffenen Wechsel gebracht, und zwar auf solche Weise, daß er selbiges nicht gar alienirt und abdicativè transferirt, sondern es in persona ejus radicatum geblieben, und er allein das dominium utile subalternatum cum adhærentibus juribus auf Mevium transferirt, so kan hier nicht gesagt werden quod permutatio sit nulla, quia res aliena vel evictioni obnoxia ex causa permutationis à Sempronio tradita, nam tradita est non animo plenum, sed utile saltem dominium, quod Sempronius habuit, & quidem subalternatum transferendi, nec hoc utile dominium Mevio per judicialem sententiam unquam evictum, consequenter nec evictionis præstatio locum invenit.

Und obgleich 3.) von dem Closter N. ceu 38
Domino directo der zwischen Sempronio und Mevio getroffene Contract möchte, ob wäre er zu Præjudiz des Closters eingegangen, angesehen, und daher das Lehen auch als caduc angesprochen worden seyn; So ist es doch zu keiner Urtheil, dadurch Mevio das Lehen abgesprochen worden, gekommen, und hat er allein zu seinem Nutzen, sich nemlich von der Affter-Belehnschafft zu befreyen, und das dominium directum cum utili zu consolidiren, emptionis venditionis titulo das dominium directum an sich gebracht, daher auch die dritte dubitandi ratio in so weit fällt, als darinn anfänglich gemeldt wird, daß Mevius das Lehen zu behalten sich mit dem Closter in ein Verglich eingelassen, dann es mehr jener als dieser Ursache halber geschehen. Und wann es auch gleich diesertwegen geschehen wäre, cessirte doch die Evictions-Præstation, und könnte mit Recht an Sempronium und dessen Erben nicht gesucht werden.

Cum certum sit, quod evictio locum non 39
habeat, si possessor transegerit cum vero rei Domino, quia hoc in casu non per victoriam judicialem res est evicta.

l. 17. C. de evict.

Daß aber die Subinfeudatio ex eo, daß 40
alia æquivalentia bona von Mevio Sempronio vor die zu Affter-Lehen von ihme empfangene Güter gegeben worden, will angefochten und vor ungültig gehalten werden,

quasi in fraudem Constitutionis Friderici de prohibita Feudi alienatione facta & non tam vera subinfeudatio, quam callidis machinationibus sub colore investituræ tentata illicita alienatio esset dicta Friderici constitutione expresè prohibita

2. F. 55.

kan nicht bestehen.

Nam utique omnis subinfeudatio regu- 41
lariter licita & permissa censetur, modo 1. iisdem pactis & legibus sive conditionibus quis sub infeudet, quibus ipse feudum accepit. 2. Subvasallus sit æquè idoneus ad servitia præstanda & 3. subinfeudatio sincere ac sine fraude fiat.

2. F.

2. F. 26. §. beneficium. 34. §. ſimiliter &c. 2. 55. pr. verſ. callidis &c. Struv. *Syntagm. Jur. Feud. c. 12. aph. 11.* Andr. Kohl *de Subfeud. cap. 2. n. 2. 17. 50.*

Et falſiſſimum eſt, de fraude ſuſpectam & invalidam eſſe omnem conceſſionem ſubfeudi, pro quo pretium vel aliud æquivalens acceptum eſt, licet id velint allegati

à Kohlio *d. c. 2. n. 52.*

42 nec quidquam iis opitulatur textus in

d. 2. F. 55. pr. verſ. Callidis inſuper machinationibus &c.

ibi enim fraudulenta, callida & invalida dicitur ſimulatio inveſtituræ, dum contrahentes quidem præ ſe ferunt & ſimulant ſe feudum iſtud in ſubfeudum dare & accipere, ſed ſub iſto colore revera alium contractum celebrant & prohibitam alienationis ſpeciem committunt, v. g. ſi pretio accepto feudum revera vendunt, ſed ſub colore inveſtituræ & ſubinfeudationis venditionem callide tegunt, hinc color inveſtituræ dicitur figmentum in eodem textu, & commentum in Conſtitutione Lotharii

2. F. 34.

dum nempe quis ſimulat ſe tantum in feudum dare beneficium ſuum, revera tamen id non in feudum dat, ſed vendit & in alium transfert. Talis callida ſimulatio inveſtituræ ſ. ſubinfeudationis improbatur & dicta Friderici Conſtitutione prohibetur, non ſincere etſi pro pretio aliove æquivalenta facta ſubinfeudatio.

per text. *2. F. 3. verſ. per feudum tamen &c.* ubi ex eo, quo de revocatione agnati ſubiicitur, conſtat, agi de feudo, quod alteri conceditur in ſubfeudum, ſimulque clare præſupponitur conceſſionem ſubfeudi mediante pretio factam eſſe, prout liquet ex textu ibi: pretio ſi quod dederit &c. nihilominus pronunciatur valida & irrevocabilis niſi fiat in fraudem conſuetudinis aut conſtitutionis Lotharii vel Friderici. Unde ſatis deprehenditur acceptionem pretii vel alius æquivalentis non efficere, ut ſubinfeudatio in fraudem Conſtitutionis facta intelligatur, ſed eſſe neceſſarium, ut quid aliud concurrat, unde fraus arguatur. Quam ſententiam pluribus egregiis ac firmiſſimis argumentis ſtabilit Laudatus Kohl. *de ſubfeud. cap. 2. n. 54. ſeqq.* ad quem nos brevitatis gratia remittimus, ejusque ſententiam ut veriorem approbant & ſequuntur Finckelthuſ. *Diſp. Feud. 9. contr. 2.* Gothofr. Anton. *Diſp. Feud. 9. th. 2. lit. D.* Beſold. *p. 3. Conſ. 108. n. 10. ſeqq.*

43 Sane ſi tantum pretii, quanti valeret, ſi eſſet allodium aut paulo minus acciperet Vaſallus ſub infeudans, orietur forte inde præſumptio, ſimulatam eſſe ſubinfeudationem & in legis fraudem verbis quidem illam prætendi, reipſa id occulte agi, ut acquirens habeat tanquam allodium ſive pleno jure ſuum, cum non ſit veriſimile, nec præſumatur, quemquam ſcienter ſive conſulto plus pro re dare, quam valeat, ſuumque jactare.

l. 25. ff. de probat.

Quanto minus vero valeat ſubfeudum, quam valeret, ſi allodium eſſet, diſcreto judicis arbitrio æſtimandum relinquitur

arg. l. 1. ff. de jur. deliber.

Proinde in hujusmodi caſu, ubi pretium 44
pro ſubinfeudatione datum adæquat valorem, quem res haberet, ſi allodialis foret, concedi poterit, ſubinfeudationem cenſeri in fraudem Conſtitutionum Imperialium alienationem feudi prohibentium fieri ideoque invalidam eſſe. Extra illum vero caſum etiam pro juſto pretio, quod nempe rei, quatenus ſubfeudum eſt, adæquatum eſt, vel alia re æquivalente eo reſpectu, facta, ſubinfeudatio omnino valida ac licita eſt, & ſincere ſineque fraude facta præſumitur, niſi aliud quid concurrat, quod fraudem præ ſe ferat, aut indicet.

Neque ullo modo probari poteſt illa Hottomanni ſententia ſtatuentis jus ſubinfeudationis, quod antea in uſu fuit, per illam Friderici Conſtitutionem in univerſum abrogatum eſſe, nam ſub interdicta illa alienatione non comprehenditur ſubinfeudatio, ſed hæc ut ante, ita & poſt illam permiſſa & licita eſt.

vid. Bitſch. *ad 2. F. 26. §.* beneficium a Vaſallo. *2 F. 55.* Struv. *S. J. F. cap. 12. aph. 9.* Hartm. Piſtor. *p. 2. q. 44. n. 1.* Niell. *Diſp. Feud. 7. th. 8.*

Nec attendendum, quod ſcribit Clarus, 45
ſe non potuiſſe hactenus idoneam aliquam rationem invenire, cur ſtante generali probibitione feudi ſubinfeudatio permiſſa ſit. Nam ex ipſa feudi natura eam fluere docet

Ludvvell *Syn. Feud. pag. 324.*

Quam rationem etiam teneri jubet
Hartm. Piſtor. *d. q. 44. n. 2.* ubi plures allegat Dd.

Et de conſuetudine hodie etiam recepta non tantum tota edocet dies, ſed & teſtantur præter authores jam laudatos

Schrader. *de feud. p. 8. c. 2. n. 10.* Obrecht. *l. 3. cap. 10.* Vultej. *l. 1. c. 10. n. 2.* Myſing. *1. O. 62.* Franzk. *de Laudem. c. 14. n. 40. ſeq.*

Ac quamvis de Feudo Eccleſiaſtico Bal- 46
dus ſcrupulum moveat, utrum hoc in ſubfeudum alii concedere liceat? imo diſerte id fieri poſſe neget: Attamen reliqui Feu- 47

distæ omnes, quorum magnum catalogum referunt

Schrader *d. p. 8. c. 2. n. 10.* Rosenth. *cap. 9. concl. 56.* Vultej. *d. c. 10. n. 80.*

non minus in Feudo Ecclesiastico quam seculari subinfeudationem locum habere, & hanc communem sententiam esse, diserte tradunt, quibus sine ulla hæsitatione subscribere nulli dubitamus, tum quia omnia loca, quæ in Jure Feudorum de subinfeudatione agunt, veluti

2. F. 3. §. sed etiam ref. 2. F. 9. pr. vers. si vero &c. 2. F. 26. §. beneficium. 2. F. 34. §. similiter.

absque ulla distinctione inter Feudum seculare & Ecclesiasticum Vasallo jus tribuunt de feudo suo alium investiendi, tum quod per subinfeudationem Ecclesiastici feudi conditio Ecclesiæ deterior non efficiatur, si quidem Vasallus absque fraude, ad serviendum æque habili personæ sub iisdem pactis & conditionibus quibus ipse feudum ab ecclesia accepit, illud in subfeudum per investituram concedat, tum quod neque Domino neque feudi successoribus ullum hinc præjudicium creetur, cum mortuo Vasallo subinfeudante ejusque liberis extinguatur jus subinfeudati

1. F. 5. §. rursus. 2. F. 9. pr. vers. si autem. ibi: *si tamen sine herede masculo descendente decedebat &c. 2. F. 13. §. & si clientulus.* Barthol. Camerar. *in repet. 2. F. 55.*

tum denique quod Jure Canonico in Feudo Ecclesiastico subinfeudatio prohibita non sit, ac proinde Jus Comm. Feudorum hic merito sequi debeamus, per ea quæ tradit post alios

Curtius Junior *tr. feud. p. 1. c. 2. n. 1.*

48 Derentwegen wir nicht sehen können, wie in gegenwärtigem Fall des Stiffts N. Intention wider Mevium ratione vindicationis der an ihn a Sempronio verwechselten Lehn-Güter ob prætensam illicite peractam subinfeudationem, da doch beede Theil in dem aufgerichteten Recess ausdrücklich contestiren, daß solche ohn Gefährde niemand zu Abbruch seines Rechtens, sondern allein zu Erhaltung besserer Nachbarschafft, und beständigen Friedens, wie auch zu Handlung dessen man von Rechtswegen befugt, und weiters nicht angesehen, fundirt gewesen, oder des Mevii Intention wider Sempronium und dessen Erben ratione exigendæ ab ipsis evictionis, nachdem er schon besagte Güter jure subfeudi über 50. Jahr ruhig besessen, und deswegen Session und Votum bey Gerichtl. Handlungen neben andern Gan-Erben genossen, hernach aber deren de facto entsetzt worden, annoch gegründet seyn sollte; schreiten demnach zur

Andern Frage:

Ob man von Seiten Sempronii im Fall solche Eviction dafür haltens, nim-

mer statt habe, dennoch nach beygehendem Recess und dessen §. da fern aber ꝛc. Mevii beständiger Meynung nach, schuldig und gehalten, die quæstionirte Güter um den recessirten Kauff-Schilling der 800 fl. wieder anzunehmen?

Welche wir kürtzlich mit Nein beantworten. 49
Dann ob es wohl das Ansehen haben möchte, daß solche zu affirmiren, vi dicti Recessus, weil darinn expresse cavirt: Dafern aber solcher Wechsel und Vergleichung berührter Güter aus einigen Ursachen wieder aufgehoben, oder damit sonst zur Aenderung käme, wie das auch geschehen möchte, also daß Mevius oder dessen Erben davon abtretten würden, so solle Sempronius oder dessen Nachkommen alsdann Mevio dessen Erben und Nachkommen für solche Güter und Gerechtigkeiten 8000 fl. alsobalden und ohne Verzug wieder zu erlegen oder sonsten gut zu machen schuldig und hiemit kräfftiglich verbunden seyn, alles getreulich und ohne Gefährde ꝛc. in denen Worten scheinet die Freyheit ausdrücklichen paciscirt zu seyn, daß Mevius und dessen Erben von solchem Wechsel der Güter wohl abtreten, und ex quacunque causa denselben wieder aufheben oder Aenderung damit vornehmen möge, wie es auch geschehe, auf welchen Fall dann Sempronius oder dessen Nachkommen, Mevio dessen Erben und Erbnehmern für solche Güter und Gerechtigkeiten 8000 fl. zu bezahlen versprechen.

Etsi igitur hoc ex natura contractus alias 50
non liceret, tamen quia ita expresse inter partes contrahentes convenit, omnino servandum est

arg. l. 1. pr. ff. de pact.

fundamentum enim justitiæ est fides, i. e. dictorum conventorumque constantia & veritas.

Cic. *1. Offic. 5.*

nec quod semel placuit, amplius displicere debet.

l. 5. C. de oblig. & act. c. 21. de reg. jur. in 6.

Pactumque conventum contractui in continenti adjectum ex cohærentia contractus, cujus pars esse censetur, vim & potestatem efficaciter obligandi mutuatur, ipsum contractum informat, eidemque legem & formam addit.

l. 7. §. 5. ff. de pact. l. 1. §. 6. ff. depos. l. 2. C. de pact. inter empt. & venditor.

proinde adversus implere recusantem aut tergiversantem parata est actio, & quidem illa ipsa, quam contractus, cui pactum accessit, alias parit, sed pro ratione contentorum in pacto informata, qua invitus compelli potest, ut pacto satisfaciat.

l. 4. §. 2. ff. de leg. commiss. l. 16. ff. de in diem addict. l. 75. l. 79. ff. de contrah. empt. Frantzk. *ad tit. ff. de contrah. empt. n. 414. seqq.*

Dessen

51 Dessen jedoch unerachtet, halten wir beständig dafür, daß Sempronius keineswegs mehr gehalten, die quæstionirte Güter um die recessirten 8000. fl. wieder anzunehmen, denn wer wollte erachten, daß die Contrahenten die intention gehabt haben soüten, das jus pœnitendi post contractum ab utraque parte impletum, auf immer und ewig einzuraumen, und Mevio zu gestatten, nach so langer Zeit, wie er jetzo die Güter schon besessen von dem vor allerdings 100. Jahren getroffenen Contract wieder abzutreten und denselben aufzuheben?

52 Verisimile enim hoc non est, ideoque nec credendum partes id egisse aut intendisse, quod enim non est verisimile, falsitatis imaginem habet, ideo nec credendum nec attendendum est.

c. quia verisimile. 10. X. de præsumpt. l. 34. §. 5. ibi: non est verisimile. ff. de leg. 2. Barbosa locupl. *lib. 19. c. 10. ax. 3.*

53 Vielmehr ist zu glauben daß sie sich haben juri communi conformiren wollen und das Absehen darauf gehabt, daß die 8000. fl. von Sempronio Mevio bezahlt werden sollten, wann irgends der zwischen ihnen getroffene Contract, ehe er ab utraque parte rerum permutatarum traditione adimplirt worden, ob pœnitentiam dantis vel cessationem accipientis, aut ex alia justa causa sollte aufgehoben werden, oder das Stifft von dem die à Sempronio verwechselte Güter zu Lehen gerühret, ceu Dominus directus sich wider die Affter-Belehnung setzen, und dieselbe nicht geschehen lassen oder genehm halten wollte, daß deßwegen der Contract keinen Fortgang gewinne, inmassen davon immediate vorher Meldung gethan wird.

54 Verba enim contrahentium in dubio semper ita accipienda sunt, ut naturæ contractus initi inserviant, illique se conformare voluisse intelliguntur. In omnibus namque omninò dispositionibus talis præsumitur esse mens & voluntas disponentium, qualis est natura rei, eique sese quilibet accommodare censetur, & qualis de Jure communi esse debet, illudque semper actum intelligitur, quod Jure communi dispositum sive juri communi convenit, atque contrahentes præsumuntur se voluisse conformare dispositioni jur. communis: Unde omnes actus, contractus & dispositiones secundum Jus commune s. juris communis dispositionem intelligi, declarari, extendi & restringi debent.

l. 30. in fin. ff. de acq. hered. l. 54. §. 3. ff. locat. Schrader. *de feud. part. 10. sect. 3. n. 29. seq. & Conf. 1. n. 598. Conf. 4. n. 134. seq. n. 272. seq. Conf. 39. n. 108. seq. 221. ubi ait:* etiam generalia, universalia, geminata vel prægnantia verba secundum subjectam materiam & naturam rei, de qua agitur, nec non secundum Jus commune accipienda, declaranda & intelligenda esse, etiamsi necesse sit verba detorquere ad significationem impropriam, imò impropriissimam.

55 Et ne per pactum vel contractum juri communi derogetur vel aliquid Juri communi contrarium inducatur, verba intelligenda sunt strictissimè imo potius admittitur, ut sint superflua, nihilque operentur, quam ut capiatur intellectus juri communi contrarius.

Gozadin. *Conf. 74. n. 11.* Schrader. *d. l.*

Contrarium autem esse Juri communi & naturæ contractuum tam nominatorum quam innominatorum, postquam ab utraque parte impleti sunt, & per annos 50. imo fere 100. steterunt, ut pœnitentia unius, altero invito, adhuc revocari possint, indubium est, etsi in his pœnitendi licentia ante eorum consummationem utrinque factam, contrahentibus concessa. 56

l. 5. C. de oblig. & act. l. 17. §. 3. ff. commod. l. 1. in fin. l. 4. l. 5. l. 7. C. de rer. permut. B. D. Lauterbach. *tr. synopt. de contract. innomin. §. 3. de permutat. n. 18. 19. 20.*

Ac quamvis sæpe emptioni venditioni adjiciatur pactum de retrovendendo, vi cujus venditor, quandocunque vult, rem reluere potest, nisi ad certos annos restrictum sit; 57

Carpzov. *p. 2. c. 1. d. 8. 9. & lib. 5. Resp. 27.*

Attamen id non tam ad prioris emptionis dissolutionem, quam ad contrahendam novam emptionem respicit, ipso verbo retrovendendi hoc indicante. 58

Franzk. *ad tit. ff. de contrah. empt. n. 312. seqq. & tr. de Laudem. cap. 16. n. 29.*

Deinde ex sententia in puncto juris veriori etiam pacto de retrovendendo, vel exinde competenti actioni, 30. annis præscribitur, licet adjectæ sint clausulæ: semper, in perpetuum, quandocunque. 59

vid. Bachov. *ad Treutler. vol. 2. Disp. 22. th. 3. lit. I.* Wesenbec. *ad tit. ff. de rescind. vend. n. 6.* Perez *ad tit. Cod. de pact. inter empt. & vend. n. 22.* Schüz *Disp. 7. ad Inst. th. 17.* & alii allegati a Mynsingero *1. O. 16. pr.*

Utut contraria sententia non in Praxi solùm quotidiana, sed in ipsa Camera Imperiali quoque recepta sit. 60

teste Gail. *2. O. 18.* Mynsi. *d. c. obs. 16.* Gylmann. *tom. 3. Præjud. Cam. voc. Retrovenditio.* Græveo *2. Concl. 18.* Berlich. *p. 2. concl. 2. n. 82.*

Derowegen wir nochmals keineswegs dafür halten können, daß Mevius noch jetzo, nachdem der zwischen ihm und Sempronio Anno 1598. getroffene contract utrinque rerum traditione schon adimplirt und consummirt, er die empfangene Güter sammt den Gerechtigkeiten bereits über 50. Jahr ruhig besessen und sich also wider männiglichs Anspruch exceptione præscriptionis schützen können, den Contract aufzukünden, die Güter zuruck zu geben, und die recessirte 8000. fl. von Sempronii Erben zu fordern befugt seyn sollte, ohngeachtet der §. daferne aber solcher Wechsel ꝛc. in beygeschlossenem Recessu, denn daß dessen Meynung gar nicht diese sey, daß Mevius den beederseits vollzogenen Contract möge aufheben, wann er wolle auch nach 70. 80. ja 100. Jahren, so bald verflossen, zeiget sich ex ratione decidendi, und aus deme, daß Zweiffels frey, wann solches der contrahirenden intention gewesen, dem einen wie dem andern die Freyheit gegeben worden seyn würde, davon abzuweichen, es meldet aber besagter §. allein 61

von Mevio, daß wann der oder dessen Erben davon abtreten würden, alsdann Sempronius oder dessen Nachkommen Mevio für solche Güter 8000. fl. erlegen sollen, folglich wird incongruè gesagt,

62 quod hoc expresse inter partes convenerit, ut recedere liceat à contractu, quandocunque libuerit, etsi alias ex natura contractus id non liceret, igitur omnino servandum sit, cum pactum conventum contractui in continenti adjectum mutuetur vim obligandi ex cohærentia contractûs & formam det contractui, indeque contra implere recusantem detur actio. Nam prius rectè negatur, partes nempe hoc intendisse, ut Mevio liceat quandocunque à contractu utrinque impleto Sempronio invito recedere contra omnium contractuum naturam. Posterius vero in se quidem verum esse, sed hic malè applicatur. Deinde etiam generaliter ita prolatum rectè declaratur, modo pactum contractui in continenti adjectum non sit juri contrarium vel etiam contra substantiam atque naturam intrinsecam contractus, cui adjicitur,

arg. l. 7. §. 7. ff. de pact. l. 11. §. 1. ff. de reb. cred. l. 15. ff. de condit. instit.

Si autem Partes his verbis convenissent, ut Mevio invito Sempronio à contractu utrinque adimpleto & consummato quandocunque pro lubitu recedere liceret, pactum hoc contra substantiam atque naturam intrinsecam contractus esset, adeoque invalidum foret.

Die dritte Frage ist:

Was etwann sonsten weiters bey dieser Sach, fals Mevius viam juris **ergreiffen und** Sempronium **auf ferner angesonnenen Verwegerungs-Fall deßwegen Gerichtl. belangen sollte, zu** observiren **und** Sempronio **zu statten kommen möchte?**

Worauf die Antwort mit wenigem, daß wir aus der kurtzen facti specie **und dem beygefügten blossen** Extract **des über den** Contract **aufgerichteten** Recessus **nicht sehen können, was weiters bey der Sach auf den Fall gerichtl. Belangung zu thun, als daß sich** Sempronius **mit obangeführten** Juribus excipiendo defendire. **Wir hätten wohl gewünscht, daß uns der gantze** Recess **wäre** communicirt **worden, so hätte man besser und eigentlicher sehen können, was zwischen ihnen vorgangen, und hätten etwann wohlvermuthlich die** antecedentia **und** consequentia **was weiters** suppeditirt, **müssens also in Ermanglung dessen bey obigem bewenden lassen.**

Welches wir salvo cujusque melius sentientis judicio **zu verlangter rechtl. Nachricht dienstlich nicht verhalten sollen** 2c. Actum in Collegio nostro d. 2. Maji 1696. 63

CONSILIUM LIV.

DE

Intellectu §. **Wann nun die Schulden** 2c. Tit. 4. Part. 4. Juris Würtembergici; An nimirum vi hujus, Viduus unà cum Instrumentis, ad artis aut opificii sui exercitium necessariis, pro re nata, unum aut plures ex equis, bobus &c. ad agri culturam aut vecturam comparatis, pro Præcipuo, jure petere possit? 2. De Expensis in Inventarium & divisionem hæreditatis relictæ factis.

SUMMARIA.

1. 2. 3. Quæstio prima *Negativè deciditur, cum statutum talem extensionem respuat, & ceu à jure communi recedens restringendum sit.*

4. Duæ lucrativæ causæ in eundem hominem & eandem rem cadere non possunt.

5. Extensio Statuti hujus in damnum coheredum vergeret, contra æquissimum jur. Naturæ præceptum, quòd nemo cum alterius detrimento & injuriâ locupletari debeat.

6. 7. Rusticus non appellatur à loco, sed à forma & fine, cujus ratione Rustici vocantur omnes rusticanæ rei, sivè intra, sivè extra urbem, operam navantes.

8. 9. 10. 11. 12. 13. Limitatur Negativa: Nisi Viduus talia animalia necesse habeat alere atque servare pro exercendo opificio suo. Tunc enim extensio Statuti ad alias eo non comprehensas personas, sed ejùsdem applicatio personis inclusis fit. Quod declaratur.

CASUS FIGURATIO.

Hans Peter Krebs Bürger und Müller zu Ellenhoffen, Weinsperger Amts hat bey seiner ohnlängst seelig verstorbenen Hausfr. Mar. Ursul. zwischen ihm Krebsen und seinen von dieser verstorbenen Frauen aus vorheriger Ehe erzeugt- ihme zugebrachten sechs Kinder, vorgenommenen Erbs- und Grund-Abtheilung zu Landrechtl. Voraus prætendirt.

1.) Von vorhandenen 2. Pferden, das eine sammt zu solchem Roß gehörigen Karren und anderm nothwendigen Fahr-Geschirr.

2.) Den sämmtl. Mühl-Werckzeug, worunter auch ein Drehstuhl mit angehörigem Meisel

und

und Böhrer begriffen. Darwider die Kinder excipirt, daß ihme ein mehrers nicht, dann der Mühl-Werckzeug gehörig, weil er ein Müller, und kein Baur ſey, wie alſo kein literatus nebſt ſeiner Bibliotheck die zu ſeinem Acker-Bau und Fuhrwerck gebrauchte Pferde als ein Voraus prætendiren kan, weil das letztere ſeinem Stand und Weſen nicht ähnlich, alſo möge auch er Müller ſolches mit Recht nicht prætendiren. arg.

J. P. W. *part. 4. t. 4. §.* wann nun die ꝛc. *p. 438.* In welchem §. per Exceptionem gleichſam enthalten, daß allein einem Bauren oder Fuhrmann ein oder 2. Pferd ſammt zugehörigem Geſchifft und Geſchirr zuſtehen, und pro Præcipuo gehören. Aber Gegentheil beziehet ſich eben auch auf den §. von des Manns Voraus,

d. pag. 438. I. P. W.

und vermeynt, wer ein Bauren-Werck habe, wie er, könne vid. *§.* ein oder zwey Pferde, ſammt dem dazu gehörigen Karren oder Wagen, und vorhandenen Fahr-Geſchirr, pro Præcipuo mit Recht prætendiren. Weil alſo ſich beede Theil in angezogenem Paſſu Fürſtl. Würtemb. Landrechtens fundiren, wird zu Verhüttung entſtehender Weitläufftigkeit, und Abſchneidung gröſſerer aufgehender Unkoſten, unſer rechtl. Gutachten darüber verlangt.

Welcher Theil am beſten gegründet ſey?

1 Da wir nach reiffer der Sachen Erwegung und in verſammletem Collegio gepflogener gnugſamer Deliberation, ſalvo cujusq; melius ſentientis judicio, beſtändig dafür halten, daß Hans Peter Krebſen Bürgers und Müllers zu Ellenhoffen intention, da er neben dem zugegen ſeyenden Mühl-Werckzeug, worunter ein Drehſtuhl mit angehörigem Meiſel und Böhrer begriffen, von den vorhandenen 2. Pferden das eine ſammt zu demſelben gehörigen Karren und andern nothwendigen Fuhr-Geſchirr zu ſeinem Landrechtl. Voraus prætendirt, durchaus in Rechten nicht fundirt ſey, wann er deßwegen, daß er neben dem Mühlwerck auch einen Acker-Bau gehabt und dazu einig und allein die beeden vorhandenen Pferde ſammt dem Karren gehalten, damit er ſeine Güter ſelbſt bauen, ſäen und die Früchten einheimſen können.

2 Denn da hat er zum Landrechtlichen Voraus vor aller Theilung denſelben Werckzeug, welchen er zu ſeiner Principal-Handthierung, die in dem Mühlwerck beſtanden, gebraucht, de Jure wegzunehmen, auf den darneben gehabten Acker-Bau aber, als ein Neben-Werck, iſt keine reflexion zu machen, daß er auch intuitu deſſen ein von den beyden dazu gebrauchten Pferden ſammt Karren und Fuhrgeſchirr zum freyen Voraus, und alſo ein gedoppeltes Præcipuum hinweg nehmen wollte, in Betrachtung unſer Fürſtl. Würt. Landrecht einem jeden Mann mehr nicht dann Einen ſolchen ledigen freyen Voraus in ſeinen Kleidern, Kleinodien und anderm, was zu ſeinem Leib gehört, ſo dann nach Gelegenheit der Perſon in Büchern, (wann er ein Gelehrter) Reiſigen- oder Leibpferde, Gewehr und Harniſch (wann er ein Soldat) Werckzeuge (wann er ein Handwercksmann) und was dergleichen Stück ſeyn, zu ſeinem Stande Weſen und Handthierung NB. fürnemlich gehörig, beſtehend, geſchöpfft.

Part. 4. tit. 4. §. von des Manns Voraus.

Weil nun unſer ausgekündetes Fürſtlich 3
Würtemb. Landrecht ſchon darinn, daß es dem überlebenden Ehemann erlaubt, was zu ſeinem Leib und Stande oder Handthierung gehört, vor aller Theilung zu einem ledigen freyen Voraus hinweg zu nehmen und zu behalten, à Jure communi abgehet, ſo kan es ſo weniger dahin extendiret werden, daß einer einen gedoppelten Voraus hinweg nehmen ſollte, wegen eines Nebenwercks, ſo er etwann bey ſeiner Principal Handthierung und Handwerck, ſo er ordentlich erlernet, und fürnemlich getrieben, ſich und die Seinigen damit zu ernehren und ſein Brodt zu erwerben, exercirt.

Statutum enim à Jure communi recedens, & jus ſingulare ita conſtituens, ſtrictè, imò ſtrictiſſimè interpretandum, & reſtringendum eſt, ut per illud quam minimum lædatur Jus commune.

Roland. à Valle *vol. 1. Conſ. 63. n. 30.* Schæffer *1. qu. 1. n. 13. & qu. 16. n. 6.* Sixtin. *vol. 2. Conſ. Marpurg. 9. n. 88. ſeqq.*

Semperq; in dubio illud ita interpretandum eſt, ut, quantum fieri poteſt, ad terminos Juris commun. ſeu ad concordiam cum Jure communi, reducatur.

Roland. à Valle *d. Vol. 1. Conſ. 72. n. 57.* laud. Schæffer *d. q. 1. n. 12.*

Et ideò, ſi ſtatutum Juri communi contrarium ita loquitur, ut unum vel duo operari poſſit, per interpretationem reſtrictivam ſic accipiendum, ut unum tantùm operetur.

Roland. à Valle *vol. 3. Conſ. 74. n. 19.* Gratian. *diſcept. forenſ. cap. 479. n. 30. & c. 576. n. 11.*

Zumal 2.) da erwehnter im Landrechte den 4
Eheleuten verordneter Voraus ein denſelben per ſtatutum geſchöpfftes Lucrum iſt, deſſen Multiplicirung in eines Perſon die gemeinen Rechte nicht zulaſſen, ſondern averſiren.

Uti conſtat ex communi illa Juris regulâ, definiente, duas lucrativas cauſas in eundem hominem & eandem rem concurrere non poſſe,

in §. 6. Inſt. de legat.

Cui regulæ vel definitioni generali non tantùm locus eſt, ſi res debeatur ex cauſa legati aut fideicommiſſi;

l. 108. §. Stichum. ff. de legat. 1. l. Mevius. 66. §. 1. de legat. 2. l. 21. §. 1. de legat. 3.

Sed etiam ſi ex aliis cauſis ſimiliter lucrativis.

l. 17. de oblig. & act. l. 83. §. 6. de verb. obl. l. 61. de ſol.

Und iſt 3.) dißfalls die Verdoppelung des 5
Landrechtl. Præcipui ſo weniger zu geſtatten, als, wann ſolche zugelaſſen werden ſollte, die Miterben nemlich die von der Seel. verſtorbenen Frauen aus voriger Ehe erzeugte ihme Krebſen zugebrachte ſechs Kinder dadurch zu ſehr vernachtheilet und in Schaden geſetzt würden, ſo der natürlichen Billigkeit und Rechten durchaus zu wider, welche keinesweges geſtatten und leiden, daß ſich einer mit des andern Schaden bereichere.

Eſt enim æquiſſimum Juris naturæ præceptum, quod nemo cum alterius detrimento & injuria locupletari debeat.

l. 14. ff. de cond. indeb. l. 206. ff. de reg. jur. c. 48. eod. in 6.

Imò qui lucrum quærit ex aliena jactura vel ex

damno alterius, in dolo esse videtur JCto Paulo
in l. 17. §. 4. ff. de instit. act.
Et accedens hac in parte JCtis Cicero
lib. 3. de Offic.
scribit: Contra naturam esse hominis incommodo suum augere commodum: & alibi: Illud naturam non pati, ut aliorum spoliis nostras facultates copias opes augeamus. Bonoque & æquo non convenire, ait Pomponius,
in l. 6. ff. de jur. dot.
aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum.

6 6.) Derentwegen dann sich Hans Peter Krebs billig mit dem ihm als einem Müllern intuitu seiner Principal Handthierung, so das Mühlwerck gewesen, gebührenden Landrechtl. Voraus zu begnügen, und mag sich wegen des dazu noch prætendirten Voraus an einem Roß, Karren und Fahrgeschirr, wegen dabey gehabten Ackerbaus und Baurenwercks, auf den §. von des Manns Voraus

Fürstl. Würt. Landr. *p. 4. tit. 4. fol. 438.*

nicht beruffen, denn daselbst durch den Bauersmann sonder Zweiffel derjenige verstanden wird, der in einem Dorf oder Stadt des Hertzogthums wohnet, und ein in Feldgütern bestehendes Bauren-Gut hat, zu dessen Bauung er Roß, Ochsen oder Stier sammt Pflug und Wagen oder Karren hält, daß er damit seine Güter baue, säe, und die erwachsene Früchten einheimbse, auch wann er mit seinem eignen fertig, etwann andern dergleichen operas præstire. davon sich und die Seinigen ernähre, damit sein Brodt gewinne, und sonst keine Handthierung oder Handwerck treibe;

7 7.) Daß also nicht so wohl allda ad locum (à quo aliàs Rusticos, Bauren, appellari, quotquot ruri domicilium habent, propriis licet, avitisque meritis nobiles, sive agricolationi & quæstui rusticano intenti sint, sive non, notat Eyben
in Elect. Jur. Feud. cap. 8. §. 12.)
als ad formam & finem, (cujus ratione Rustici Bauren vocantur omnes rusticanæ rei, sive intra sive extra urbem, operam navantes. Eyben. d. l.) gesehen und derjenige vor einen Bauren gehalten werde, der allein mit Feld und Ackerbau umgehe, sich damit ernähre und dazu Pferde und Wagen oder Karren halte, wie solches der Context und die Observanz gibet, deren nach solcher Voraus an Pferd, Wagen oder Karren und Fuhrgeschirr dergleichen Stands-Leuten in Erbtheilungen passirt und gefolget wird.

8 8.) Im Fall jedoch er Hans Peter Krebs bey der besessenen und inngehabten Mühlen zu Herbeyführung der Mahlfrüchten ein Pferd oder Esel halten müssen, und er wegen des bey der Mühl gehabten Ackerbaus an statt der nothwendig zu halten gehabten Eseln lieber die vorhandene beede Pferde gehalten, damit er durch selbige zugleich die Aecker bauen und säen, auch die erwachsene Früchten einheimsen können, so ist seine Intention, da er neben dem vorhandenen Mühlwerckzeug auch von den gehaltenen zweyen Pferden das eine sammt zu demselben gehörigen Karren, und andern nothwendigen Fuhrgeschirr, so er zu Herbeyführung der Mahlfrüchten gebraucht, zu seinem Landrechtl. Voraus prætendirt, wohl fundirt und gegründet. Denn ob es 9
wohl ex ante dictis das Ansehen haben möchte, ob hätte er auch in diesem gesetzten Fall, nach Meynung seiner von seinem seel. verstorbenen Weibe ihm zugebrachter Stieff-Kinder, mehrers nicht, als den vorhandenen Mühlwerckzeug pro Præcipuo zu prætendiren, weil er seiner Profession nach ein Müller, und also ein Handwercksmann, dem neben dem was auf seinen Leib gehört, allein sein Handwerckszeug pro Præcipuo gebührt, nicht aber ein Bauer, der sich allein mit dem Ackerbau ernähret, und davon sich und die Seinige erhalten, deme und einem Fuhrmann allein in Fürstl. Würt. Landrechten zum voraus von den vorhandenen zwey oder drey Rossen das eine, sammt dem vorhandenen Karren und Fuhrgeschirr, hinweg zu nehmen erlaubet.

d. §. von des Manns Voraus &c. verbis: *Und so er ein Baurs- oder Fuhrmann wäre, auch vier oder mehr Roß, Zug-Ochsen oder Stier hätte, mag er die zwey, da er aber allein drey oder zwey Roß, Zug-Ochsen oder Stier hätte, das eine und wo er allein eins hätte, dasselbige Roß, Zug-Ochsen oder Stier, und allwegen zu zweyen Rossen Zug-Ochsen oder Stieren, ein gantzen Wagen, zu einem Roß, Zug-Ochsen oder Stier aber einen Karren mit dem zu solchem auch zu den Rossen gehörigen nothwendigen Fahrgeschirr nach sein selbstgefälliger Wahl hinwegnehmen.*

Quod statutum à Jure Communi devians strictè accipiendum & omnino magis restringendum, quàm extra literam ad alias personas extendendum, aut in consequentiam trahendum contra
c. 28. de reg. jur. in 6. Mev. *part. 5. dec. 1. n. 2.*

So ist doch im Gegentheil zu consideriren, daß 10
das Statutum Würtembergic. in Determinirung des Manns Voraus nicht so wohl auf die Person als auf deren Stand, Wesen und Handthierung sehe, und was also einer seinem Stand und Wesen nach zu sein und der Seinigen Erhaltung oder zu seiner getriebenen Handthierung sich und die Seinigen ehrlich zu ernähren und fortzubringen durante societate conjugali gebraucht nicht mit vel in primam, acquæstus np. conjugalis, vel in secundam, hereditatis nempe defunctæ uxoris, divisionem zu bringen exigire, sondern solches ihm dem Mann zum voraus hinweg zu nehmen erlaube, inmassen dann in dem alten A. 1554. publicirten Fürstl. Würt. Landrechten der §. von des Manns Voraus also generaliter concipirt gewesen: da es sich aber begebe, daß das Weib vor dem Mann mit Tode abgienge, so soll der im Leben bliebene Mann erstl. seine Kleider, Kleinod und was ohngefehrlich zu seinem Leib gehört, deßgleichen auch nach Gelegenheit der Personen seine Bücher, Reisige- oder Leibpferdt, Gewehr und Harnisch, Werckzeug u. was dergl. Stuck seynd, zu des Manns Stand, Wesen oder Handthierung fürneml. gehörig ꝛc. zuforderst unverhindert hinnehmen und behalten ꝛc. und in specie davon nichts gedacht, daß ein Bauers- oder Fuhrmann von 4. oder mehr Rossen, Zugochsen oder Stieren zwey, von drey oder wenigern eins, sammt Wagen oder Karren mit dem dazu gehörigen Fuhr-

Geschirr

Geſchirr pro Præcipuo wegnehmen dürffte; In dem renovirten und Anno 1559. wieder publicirten Land-Rechten aber, iſt, weil ſich zweiffels ohn entzwiſchen der Caſus ereiget, daß ein Bauers- oder Fährmann ſeine zum Acker-Bau oder getriebenen Fuhrwerck gebrauchte Roß, Ochſen oder Stier ſamt Wagen und Geſchirr pro Præcipuo prætendirt, ſo von deſſen Mit-Erben, um willen es ein groſſes ausgetragen, contradicirt und ſtrittig gemacht worden, der vorigen general-Conſtitution das Exempel von Bauers oder Fuhrmann ſubjicirt, und dergeſtalten reſtringirt worden, daß ſo der Mann ein Baurs- oder Fuhrmann wäre, und vier oder mehr Roß, Zug-Ochſen oder Stier, davon zwey, wo er aber ein, zwey oder drey nur hätte, davon ein Roß, Ochſen oder Stier, ſo dann zu 2. Roſſen, Ochſen oder Stier ein Wagen, zu einem Roß, Ochſen oder Stier ein Karren mit dem dazu gehörigen Fuhr-Geſchirr zum voraus nehmen und haben ſollte.

11 Wie nun ſonſt der Exemplorum Natur iſt, daß ſie die Sach erläutern und erklähren, nicht aber ad caſum propoſitum præciſe reſtringiren ſollen:

l. 3. §. 2. ibi: quod dico Exemplo ut manifeſtius fiat. ff. de collat. bonor. l. 18. ff. de damn. infect. l. pen. §. ult ff. de jur. & fact. ignor. l. 1. §. 25. ff. de vi & vi arm. Bald. *vol. 1. conſ. 358.* ubi ait quod exempla ſicut digitus rem oſtendunt, & tactui quodammodo ſubjiciunt.

Unde dici ſolet, quod Exempla non excludant ſimilia, quia ponuntur, non ut ita ſint, ſed ut illuſtrent.

§. *Hactenus. Inſt. de gradib.* Cravetta. *Conſ. 544. n. 25.*

12 Alſo kan das vom Baurs- oder Fuhrmann genommene und geſetzte Exempel durchaus nicht hinderlich ſeyn, daß nicht ſolches ebenmäſſig auch von einem Müller möge geſagt werden, daß, wann er nothwendig ein oder zwey Pferde, oder etliche Eſel, zu Herbeyführung der Mahl-Früchten in die Mühle von entlegen Mahl-Gäſten, und alſo zu Treibung ſeiner Handthierung halten müſſe, ihm zu ſeinem Land-Rechtlichen Voraus Ein Pferd ſamt dem Mühl-Karren, damit er die Früchte herbey geführt und wieder zuruck gelieffert, oder ein oder zwey Eſel, nachdem deren Anzahl iſt, gebühren. Welches unter andern auch daher geſchloſſen werden kan, daß in berührtem §. vom Voraus des Manns, ja auch einem Soldaten oder anderm, der nothwendig ein Reiſig- oder Leib-Pferd halten muß, ſolches der Urſach, weil er es ſeiner Profeſſion und Stands halber nothwendig zu halten hat, zum Voraus paſſiret wird.

13 Atque ita in terminis de Molitore, qui neceſſe habet unum vel plures equos alere pro advehendis in molendinum ſuum frumentis & deportandis rurſus farinis, quod ipſe nempe currum den Mehl-Karren cum uno ex duobus, qui adſunt, vel tribus equis, aut ſi fruges & farina per aſinos aſportentur & exportentur, horum unum vel alterum, pro Præcipuo jure prætendere poſſit, tradit

Dn. Collega D. Harpprecht. *Diſſ. de Jure Aurigarum circa ſucceſſiones. th. 13.*

Neque ita fit Extenſio ſtatuti ad alias eo non comprehenſas perſonas, ſed ejusdem applicatio perſonis incluſis.

Und ſo viel von dieſer Frage. Weilen in dem 14
Poſtſcripto des Requiſitions-Schreibens gedacht wird, daß auch bey ſothaner Erbtheilung die Intereſſenten ſich nicht vereinbahren können wegen Bezahlung der Inventier- und Theilungs-Koſten, indem der Viduus in der Meynung ſtehet, daß ſolche unter die Funeralien zu rechnen und gleich dem eigentlichen Leich-Koſten einig von der verſtorbenen Frauen Verlaſſenſchafft zu decourtiren ſey, conſequenter ſeiner 7. Kinder eines ſo viel, als er der Vater hieran beyzutragen, um willen ſolch der Frauen Verlaſſenſchafft unter ihnen allerſeits in 8. gleiche Kinds-Theile vertheilt worden ſeye: Die Kinder hingegen davor halten, daß die Theil-Koſten keines weges den Funeralien zu vergleichen, ſondern auf die gantze Maſſam Inventarii ſowohlen des überlebenden Landrechtl. Præcipui, als der Verſtorbenen Verlaßthums ausgeſchlagen werden, und demnach der Vater dieſes Orts nicht nur aus ſeinem anererbenden Kindes-Theil gleich ihren Kindern, ſondern auch wegen ſeines ex Maſſa erhebenden Præcipui, nemlich deſſen Beybringen, Fuhrs- und Bauren-Geſchirr, item halben Errungenſchafft, alſo ein jedes die Gebühr nach Proportion ſeines völligen Empfangs ex Maſſa Inventarii, und nicht nur pro parte hereditatis defunctæ beytragen müßte; Und auch hierüber unſere beywohnende Rechtliche Gedancken zu eröffnen erſucht worden; So ſollen wir nicht 15
verhalten, daß wir der beſtändigen Rechtlichen Meynung ſeyn, daß die Inventur- und Theilungs-Koſten keines wegs unter die Funeralien zu rechnen, und den eigentlichen Leich-Koſten gleich von der verſtorbenen Verlaſſenſchafft allein zu decourtiren, denn ſelbige mit den Funeralien gantz nichts zu thun haben.

Impenſæ enim funebres dicuntur, ſine quibus funus defuncti honeſtè duci ac ſepeliri non potuit

l. 14. §. 3. & 4. ff. de relig. & ſumpt. funer. Joh. Garſ. *de Expenſ. & meliorat cap. 8. per tot.* B. D. Kurrer. *Diſp. de action. funerar.*

ſub quibus nulla ratione comprehendi queant 16
impenſæ in Inventarium ac diviſionem relictæ hereditatis factæ, hæ namque fiunt poſt funus jam ductum, corpusque ſepultum, etſi in concurſu creditorum pari privilegio gaudeant impenſæ in Inventarium bonorum & funus defuncti debitoris factæ, imo illæ hiſce præferantur

Richter. *de Jurib. & privil. credit. cap. 2. membr. 2. & 4.*

Was aber die Vertheilung ſolcher Inven- 17
tur- und Theilungs-Koſten an ſich belangt, ſo iſt es an dem, daß, weil dieſelbe principaliter aufgewendet werden wegen der mit Beſchreibung des vorhandenen Ver-

mögens und Vertheilung desselben gehabter Mühe, die Mühe aber den dabey aeweßten Personen, als Stadt- oder Amts-Schreibern und Theil-Richtern, nicht nur mit Beschreibung der von der verstorbenen Frauen hinterlassenen Erbschafft, sondern mit Consignation der gesamten Massæ bonorum, wie dieselbe so wohl des Manns- als Weibes zubringenden völligen Acquæstum, und also das gantze per primam & secundam divisionem vertheilte Vermögen comprehendirt,

vid. das Fürstliche General-Rescript von Bezahlung der Leichen-Kosten &c. de dato 20. Jul. 1683. vers. 2do die auf Absterben eines Ehegatten &c.

gemacht worden, es höchst billig sey, daß sie auf das gantze vertheilte Vermögen und zwar den Portionen nach, welche die Personen, unter denen es vertheilt worden, davon gezogen, distribuirt und ausgetheilt werden, folglich ein jedes das seinige, nach Proportion seines Empfangs aus der Inventur beschriebenen vorhanden gewesenen und vertheilten Massa bonorum dazu beyzutragen habe, denn ja die Theil-Richtere die Mühe damit haben müssen, daß nicht nur in der eigentlichen Erbschaffts-Vertheilung einem jeden Erben sein gebührendes Erbtheil von der verstorbenen Erbschafft, sondern auch in der vorgehenden gemeinschafftlichen Güter-Vertheilung dem Mann sein Land-Rechtliches Præcipuum, sein in die Ehe gebrachtes, und der halbe Theil der Errungenschafft recht zugetheilet worden, deswegen billig, daß der hinterbliebene Ehemann auch seiner Portion nach, die er so wohl aus dieser, als aus jener Theilung empfangen, sein Theil Unkosten beytrage.

Welches wir also bey aufwartendem Bothen zu verlangter rechtlicher Nachricht kürtzlich anfügen ꝛc. Actum in Collegio d. 28. Maji 1696.

CONSILIUM LV.

DE

Vindicatione bonorum, pro rebus fideicommisso singulari subjectis, in solutum datorum, non fundata, ob omissam declarationem, de his in illarum locum surrogandis.

SUMMARIA.

2.3. *IN Rei Vindicationis judicio vincere volens, juxta adversarii possessionem, dominium suum de præsenti, probare tenetur.*

4. *Differentia Juris Primogenituræ & Majoratus. Juncto n. 5.*

6. 7. 8. 9. *In fideicommissi restitutionem ea tantum veniunt, quæ testator tempore mortis suæ possedit, & quæ gravatus judicio testatoris est consecutus, non verò quæ post aditam hereditatem per gravatum acquisita sunt.*

10. 11. *Res permutata cum rebus fideicommisso subjectis succedit in locum harum, efficiturque fideicommissaria. add. 12.*

13. 14. 15. 16. *Quod tantum procedit in universalibus, non verò in singularibus. Juncto n. 18. 19. & 20.*

17. *L. 70. §. fin. L. 71. ff. de Legat. 2. loquuntur expressè de fideicommisso universali Add. n. 23. & sq. 24.*

21. *Per dationem in solutum extinguitur debitum.*

22. *Fideicommissariæ restitutioni nihil tam contrarium est, quàm libera & habendi & alienandi potestas.*

25. 26. *Agnati in alienationem bonorum fideicommisso obnoxiorum consentientes Jus omne amittunt, quod in his habuerunt. Junct. n. 29. 30. 31.*

27. *Cautio Fideicommissi conservandi causa, fideicommissariis præstari debet, si sit petita.*

28. *Filius hæres Patris factus, ut ut cum beneficio Inventarii, à facti paterni præstatione non liberatur.*

Urthel

Urthel.

IN Leuterations-Sachen Johann Gehlers, gewesenen Rath-Schöppens zu Görlitz, und Fr. Marthä Färberin geborner Gehlerin nachgelassener Erben, Beklagten und Leuteranten Eines, entgegen und wider Hiob Friedrich von Saltza zu Hartmannßdorff Klägern und Leuteraten andern Theils, bekennen und sprechen wir Land-Voigt, Amts-Hauptmann, und übrige zu diesem Ordinario Judicio verordnete Assessores von Land und Städten, allem gerichtlichen Fürbringen nach, auf eingeholte Rechtsbelehrung auswärtiger unpartheyischen Rechts-Gelehrten, mit Urtheil zu recht, daß die Urtheil voriger Instanz zu reformiren, dergestalt und also, daß Beklagte und Leuteranten von der wider sie angestelten Klage zu absolviren, und ihr wohlerkaufftes und bezahltes Groß- und Vätterliches Gut Ludwigsdorff Klägern und Leuteraten abzutreten keines weges schuldig seyn; Immassen wir sie dann hiemit reformiren dergestalten, daß wir Beklagte und Leuteranten von angestellter Klage absolviren, und daß sie ermeldtes Gut abzutreten keines weges schuldig seyn, erkennen, die aufgeloffene Unkosten aber aus Bewegniß gegen einander compensiren und vergleichen.

Daß diese Urtheil denen Rechten und uns zugesandten Actis gemäß, bezeugen wir Decanus und andere Doctores der Juristen Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Würtembergischen Universität Tübingen, uhrkundlich unser Facultät beygedruckten grössern Insiegels. Actum in Collegio d. 9. Octobr. 1696.

1 DJe uns zugeschickte gnäd. beliebte weitläufftige tam in prima, quam secunda Leuterationis Instantia ausgeübte Acta in Sachen sich haltend zwischen weyland Johann Gehlers Rath-Schöppens zu Görlitz und Fr. Marthä Färberin, geborner Gehlerinn nachgelassenen Erben, Beklagten Leuteranten Eins, so dann Hiob Friderich von Saltza zu Hartmansdorff Klägern und Leuteraten andern Theils, in hiebey wieder zuruckkommenden V. Voluminibus bestehend, haben wir, deren Wichtigkeit nach, mit gebührendem Fleiß von Anfang bis zu Ende durchlesen, reifflich erwogen, und in versammletem Collegio nach Nothdurfft davon deliberiret, auf sorgfältig gepflogene Collegialische Consultation aber per unanimia geschlossen, daß die Urtheil voriger Instanz nach dem Inhalt beygehender Sentenz, zu reformiren. Die Ursachen nun, so uns, mit Præterirung der respect. in puncto interpositæ protestationis & appellationis contra irrotulationem & transmissionem Actorum, itemque contra publicationem sententiæ prioris instantiæ, nec non in puncto formalium & petit. desertionis interpositæ leuterationis nichtig und vergeblich eingewandten Exceptionen, zu Abfassung sothaner Reformatori Urtheil in der Hauptsach bewogen kürtzlich zu berühren, bestehen selbige in folgenden:

2 Daß 1.) Kläger und Leuterat den Grund seiner erhobenen Klag nicht erwiesen, denn er Acten-kündiger massen Rei Vindicationem instituirt,

ad quam fundandam requiritur, ut actor probet, se Dominum esse rei, quam vindicat, Reum vero rem suam possidere, & quidem rem vindicaturus, si sententiam pro se obtinere ac rei vindicationis judicio vincere velit, juxta adversarii possessionem dominium suum de præsenti, non de præterito, nec tantùm titulum ad acquirendum dominium habilem, sed & acquisitionem ex illo mediante translata & apprehensa possessione factam probare tenetur.

l. 23. pr. de Rei vind. l. 1. pr. de acquir. possess. l. 3. ff. de act. empt. vend. junct. l. 2. ff. de probat. l. fin. de rei vind. Mev. *p. 3. dec. 291.*

3 Ob es nun wohl ratione Possessoris reorum seine Richtigkeit hat, und ex propriâ ipsorum confessione mehr denn überflüssig erwiesen, daß Beklagte und Leuteranten das Gut Ludwigsdorff, so Kläger und Leuterat vindiciret, besitzen; So fehlet es doch noch weit an der Probation des ersten Haupt-Fundaments der intendirten Rei vindication, massen Kläger und Leuterat so gar nicht dargethan, daß er des vindicirten Guts Ludwigsdorff Dominus sey, oder jemals gewesen, daß das Contrarium allerdings klar am Tage ligt.

4 Gestalten obgleich 2.) weyland Hiob von Saltza Anno 1615. vom Rath zu Görlitz einen ewigen Erb-Zins oder annuum reditum à 1200. Rthlr. mit 20000. Rthlr. Capital, so er pretii loco gedachtem Rath gezahlet, und sich mit damals Glorwürdigst-Regierender Kayserlichen Majestät allerhöchstem Consens generaliter auf alle der Stadt Güter, in specie aber auf die vier Dörffer Langenau, Schutzenhayn, Centendorff und Lauterbach, versichern lassen, auch Anno 1618. auf diese erkauffte Jährliche Zinsen seinem Geschlecht zum besten ein Fideicommissum familiæ cum annexo Jure Primogenituræ (quod à Jure Majoratus in eo differt quod

hoc integram respiciat familiam & solius provectionis ætatis rationem habeat, etsi ea in remotioris gradus ac lineæ agnato consistat, ita, ut vi ejus ad successionem veniat, qui in familia post Possessoris defuncti mortem natu Major est, etsi ex remotiori sit geniculo; illud verò unam saltem lineam & defuncti filios, aut pro re nata Nepotes, respiciat, nullamque ætatis aut gradus anterioris rationem habeat

Jacob à Saa *de Primogen. n. 48.* Goldast. *de Majorat. lib. 2. c. 5. sect. 5. & cap. 12.* Springsfeld. *de Appanag. cap. 5. n. 8.* Betz. *de Pactis famil. cap. 8. pag. 461.*

5 Unde apparet, hîc magis à fundatore Fideicommisso Familiæ annexum esse Jus Primogenituræ, quam verum & proprie sic dictum Majoratum, interim cum Litigantibus abusivè Majoratum vocabimus) per Testamentum constituirt, und verordnet, daß solche sein erstgeborner Sohn, nach dessen Tod aber wiederum sein ältester Sohn, und so fort, so lang dessen Männlicher Stamm währen würde, allzeit der älteste Sohn dieselbe geniessen, nach Absterben des Primogeniti Linie deren Nutznieſſung auf des andern Sohns, und so fort nach gäntzlichem deren Abgang, auf des dritten Sohns Linie fallen, und jederzeit bey dem ältesten Sohn seyn solle. Nachdem aber 1628. über der Stadt Görlitz Güter ein beschwehlicher Concursus Creditorum erregt, und selbe in eine general-Sequestration gezogen worden, dadurch die Zinsen ins stecken gerathen und über das alterum tantum aufgeschwollen, endlich der Rath der Stadt Görlitz sehend, daß die verkauften Erb-Zinsen, ihnen annuatim weiter abzuführen zu beschwehrlich, hingegen durch Abtragung des Kauff-Pretii solche wiederum zu redimiren rathsamer sey, zu würcklicher Redimirung der auf 1200. Rthl. verkauffter annuorum redituum loco des von dem ersten Emptore baar-empfangenen Kauff-Pretii der 20000. Rthlr. und aller deren bis dahin betagter Erb-Pensionen des Fundatoris Nepoti Hrn. Christ. Frid. von Saltza, als damaligen Percipienten die Güter Ludwigsdorff und klein Bißnitz cum pertinentiis erb- und eigenthumlich an Zahlungstatt abzutreten, übergeben, zuaeeignet und appropriiret, besage des den 16. Octob. Anno 1655. darüber ordentlich aufgerichteten, und von allerseits Geschlechts-Verwandten, worunter jetzigen Hrn. Klägers leibl. Vatter selbst begriffen, nebst noch dreyen vornehmen Beyständen, in allem approbirt-subscribirt- und subsignirten, auch zu mehrer Sicherheit von Churfürstl. Durchl. zu Sachsen, als hoher Lands-Obrigkeit, gnädigst confirmirten Recessus;

Vol. 1. Actor. pag. 23. seqq. pag. 85. seqq. & vol. 2. pag. 30. seqq.

6 So sind doch diese vor die 20000. Rthr. damit die 1200. Rthlr. jährlicher Pensionen gekaufft worden, in solutum gegebene Güter nicht mit dem auf den 1200. Rthl. jährlicher Zinsen gehaffteten und per redemptionem sortis extinguirten Fideicommiss afficirt, sondern wie sie ab omni fideicommissi nexu frey von dem Rath zu Görlitz an ermeldten Hrn. Christ. Fridrich von Saltza titulo dationis in solutum gekommen, also sind sie auch von ihm in illa qualitate, als gantz freye Güter, an weyland Burgermeister und Syndicum der Stadt Görlitz Bartholomäum Gehlern wieder verkaufft, und von selbigem auf seine heredes, jetzige Beklagte, vererbet worden, deswegen Kläger dieselbe ex defectu dominii nunquam acquisiti keines weges als Fideicommiss- und mit dem Majorat behaffte Güter, so per successionem auf ihn devolvirt, mit Recht vindiciren kan.

Indubitati namque Juris est, in restitutionem 7
fideicommissariam, ceu fideicommissi nexu affecta, ea tantùm venire bona, quæ fideicommittentis testatoris mortis tempore propria fuere, seu quæ ille eo tempore in bonis suis habuit, & expresse vel tacite ab herede vel alia persona honorata alteri restitui jussit, vel extra familiam alienari prohibuit, non quæ extra bona ipsius fuere, nisi testator specialiter ea heredem suum vel aliam personam honoratam redimere & alteri præstare aut restituere, vel æstimationem eorundem solvere jusserit.

§. 1. Inst. de singul. reb. per fideicomm. rel. l. 41. §. 3. verbis: nec fideicommisso propriæ facultates filii tenebuntur &c. *ff. de vulg. & pupill. substit. l. 68. de legat. 2.* Alexand. *vol. 3. Cons. 20. n. 9.* Dec. *Cons. 81. in fin.*

Hæc autem bona, quæ jam ut fideicommissa- 8
ria ab Actore vindicantur, non fuisse fideicommittentis testatoris, nec ab ipso specialiter eorundem redemptionem & præstationem vel restitutionem mandatam esse, in aperto est.

Deinde in restitutionem fideicommissariam veniunt tantùm ea bona, quæ gravatus judicio testatoris consecutus est.

l. 2. pr. in fin. ibi: nam ex patris judicio. ff. de dot. præleg. l. 59. §. fin. ad SCT. Trebell. Dec. *Cons. 55. n. 7. Cons. 178. in fin.*

Ast bona hæc, quæ jam ab Actore vindican- 9
tur, Christophorum Fridericum à Salza, non judicio Avi, fideicommissum in annuo reditu 1200. Thaler. constituentis, consecutum esse, sed per bonorum istorum dationem in solutum pro 20000. Thal. quibus annuus ille reditus emptus erat, à Senatu Gœrlitzensi acquisivisse constat. Unde illa tanto minus pro bonis fideicommissariis haberi, & tanquam talia vindicari possunt, quantò certius est, in fideicommisso restitutionem non venire, nisi ea, quæ defunctus testator tempore mortis suæ possedit, nec fideicommissariæ restitutioni obnoxia, quæ post aditam hereditatem per gravatum vel per alios descendentes pariter gravatos acquisita fuerunt.

l. 43. ff. de acqu. hered. l. 18. ff. de acquir. rer. dom. l. 1. §. 16. ff. de acqu. poss. l. 57. pr. l. 59. §. 1. ff. ad SCT. Trebell. Vincent. Fusar. *de fideicommiss. substit. qu. 627. n. 1. seqq.*

Und

10 Und obwohl 3.) Herr Kläger und Leuterat vermeynt daß erwehnte Gütter Ober- und Nieder-Ludwigsdorff mit dem Majoratus vinculo afficirt worden seyn, weil sie vor die zum Majorat gemachte annuos reditus in solutum gegeben, mit selbigen verwechselt und also in illorum locum surrogiret worden, derowegen billich erachtet werden möge, daß sie auch deren Natur, Art und Eigenschafft erlangt und mit dem Majorats vinculo afficirt, gleichwie vorhin die annui reditus damit behafftet gewesen, vi dispositionis

l. 70. §. ult. l. 71. ff. de legat. 2. ubi Jurisconsultus Papinianus ita ait: *Cum autem rogatus quicquid ex hereditate supererit, post mortem suam restituere, de pretio rerum venditarum alias comparat, deminuisse, quæ vendidit, non videtur; Sed quod inde comparatum est, vice permutati dominii restituetur.*

11 Unde omnino sequatur, rem permutatam cum rebus fideicommisso subjectis succedere in locum rerum fideicommisso subjectarum & fideicommissariam effici, uti vi d. *l. 70. §. fin. & l. seq. 71.* in terminis tradunt

Jason. *vol. 2. Cons. 231. num. 2.* Paul. de Castro *vol. 2. Cons. 326. num. 2.* Idem & Bartol. *ad d. l. 71. de leg. 2.* Mantica *de conject. ult. volunt. lib. 7. tit. 8. n. 26. 28.* Giurba *dec. Sicil. 111. num. 25.* Tiber. Decian. *vol. 1. Resp. 27. num. 7. 8. & Resp. 52. num. 33.* Knipschild. *de fideicomm. famil. cap. 11. num. 76. 77.* ubi subjicit, quod si res ista permutata à gravato sit alienata, contra tertium possessorem rei vindicatio fideicommissi successori competat tanquam de re fideicommisso subjecta; quod etiam probat Joh. Franc. Andreoli *p. 2. controv. 125. num. 13.* Vincent. Fusar. *de fideicommiss. substit. qu. 627. n. 43.* qui idem etiam affirmat de re in solutum data & recepta pro credito hereditario, quod nempe & illa fideicommissario sit restituenda, sicut illud ipsum quoque docent Alexander *vol. 3. Cons. 49. num. 4. & vol. 4. Cons. 124. n. 10.* Ruin. *vol. 5. Cons. 97. num. 10. 12.* Surd. *dec. 15. num. 19.*

12 Folglich hätten obbesagte Ludwigsdorffische Güter nicht sollen noch de jure können alieniret werden in præjudicium successorum fideicommissariorum, und weil es de facto geschehen, sey die alienation ipso jure null und nichtig, deßwegen sothane Güter mit Fug und Recht vindiciret werden mögen;

13 So ist doch forderist zu consideriren daß 1.) die Güter quæstionis nicht so wohl vor die erbliche jährliche Zinsen, darauf das Majorat gehafftet, als vor den Kauffschilling, wormit dieselbe erkaufft gewesen, in solutum gegeben worden, selbigen damit zu redimiren, und sich auf solche Weyse von der Obligation und Præstation der mit dem Majorat behafften jährlichen Zinsen zu liberiren, juxta formalia ob allegirten Recessus: Weil die Herren Vendenten befunden, daß die erkauften Erbzinsen ihnen annuatim weiter abzuführen zu beschwerlich, hingegen durch Abtragung des Kauffs-Precii solche wiederum zu redimiren, bey jetzigem Statu rathsamer sey, als thun sie zu wieder Redimirung derer 1200 Reichsthaler verkauffter annuorum redituum loco des von dem ersten Herrn Emptore baar empfangenen Kauff-Precii deren 20000 Reichsthaler und aller deren jetzo betagter Erb-Pensionen, Herrn Christ. Fr. von Saltza, die Güter Ludwigsdorff und klein Bißnitz ꝛc. Erb- und Eigenthumlich an Zahlungsstatt abtreten, übergeben, zueignen und appropriiren ꝛc. Folglich seynd diese zu Abtilgung der 20000 Reichsthl. in solutum überge ene Ludwigsdorffische Güter nicht mit dem fideicommissario Majoratus onere afficirt gewesenen annuis reditibus sondern mit dem davon befreyeten Capital verwechselt, und nicht in illorum, sondern in hujus locum surrogirt worden, deßwegen dieselbige auch nicht als bona fideicommisso & majoratui obnoxia, in locum aliorum hoc onere affectorum surrogata, vindiciret werden können. So weniger 2.) als wir hier, gesetzt den Fall, daß die Güter qu. mit den vorhin fideicommissi & majoratus vinculo afficirten annuis reditibus verwechselt, und in illorum locum surrogirt worden, so doch nicht aestanden wird, indubitato ein von weiland Hiob von Saltza geordnetes fideicommissum familiæ singulare haben, welches Herr Kläger selbst passim in Actis agnoscirt und eo ipso zu erkennen gibt, daß er Rei vindicationem instituirt, ceu quæ est judicium singulare, in quod non nisi res singulares veniunt

l. 1. pr. ff. de rei vindic.

in unsern Rechten und bey deren Lehrern 14
aber eine ausgemachte Sache ist

quod nunquam in singularibus surrogatum in locum surrogati succedat, uti etiam agnoscit acutissimus ac ingeniosissimus JCtus Ant. Faber *in Cod. Sabaud. lib. 4. tit. 42. def. 5.* scribens: *Certissimi juris est in Judiciis singularibus, quale est, vindicationis, rem unam nunquam in alterius locum succedere. l. 7. §. fin. qui pot. in pign. l. 48. §. fin. l. 52. §. 17. ff. de furt. l. 28. ff. de novat. l. 3. C. in quib. caus. pign. tac. contrah.* Carpz. *p. 3. c. 30. d. 1. n. 12.* Tiraquell. *de retract. lin. §. 32. n. 20.* Gail. *de pign. Obs. 11. n. 3.* Petr. Barbosa *part. 3. rubr. ff. solut. matrim. num. 75.*

præsertim si diversa surrogati qualitas repu- 15
gnet

d. l. 3. C. in quib. caus. pign. tac. contrah. l. 6. C. de rei vind. Struv. *Jur. Feud. c. 3. aph. 2. n. 6.* Berlich. *p. 3. concl. 41. num. 5.*

Wie hier in nostro casu, da zu Abführung der 20000 Reichsthl. und also certæ quantitatis pecuniæ, vel pretii in nummis restituendi loco prædia immobilia in solutum cedirt worden seyn, quorum utique alia atque plane dispar à pecunia est ratio, ut hinc prædia hæc immobilia naturam pecuniæ illius assumpsisse & sapere nequaquam dici possint.

16 In universalibus, veluti hereditate, directa vel fideicommissaria

vid. Gail. *de Pignorat. Obs. 11. num. 3.*

dote &c.

vid. Alexander *lib. 4. Cons. 124. num. 11.* Menoch. *Cons. 213. num. 25.* & Interpret. imprimis laudatus Barbosa *in rubr. tit. ff. solut. matrimon. part. 3. num. 73.*

gehet es wohl, doch auch nicht indistincte, an, quod surrogatum succedat in locum, sapiatque naturam illius, in cujus locum surrogatur, (nempe quoad effectum, utilitatem, damnique aversionem, non quoad formam cæteràsque rei qualitates) ex ratione, quod in iis res veluti quædam genera functionem sui in aliis rebus recipiant, & hinc rei pretium rei ipsius, ac res ex pretio comparata pretii vel rei venditæ quoque locum subeat.

l. 22. ff. de hered. petit. l. 2. ff. de hered. vel act. vend. l. 70. §. fin. l. 71. ff. de leg. 2. l. 54. de jur. dot. Tiraquell. & Gail. *dd. ll.* Vinc. Fusar. *de fideicomm. substit. q. 627. per tot.* Tib. Decianus *lib. 1. Resp. 52. num. 40.* Andreoli *p. 2. quæst. 125.*

17 Deßwegen 3.) Herr A. und Leuteraten durchaus nicht zu statten kommt der von ihm allegirte *L. 70. §. fin. cum l. seq. 71. de leg. 2.* darinnen er fast einig und allein sein gantzes Fundament setzet, weil der textus h. ll. expresse de fideicommisso universali redet, und nehmen ihn nicht nur Godofredus und Brunnemannus, wie Herr Kläger und Leuterat vermeynt, sondern auch Paulus de Castro, Bartolus und alle Interpretes insgemein, und zwar recht und billig, also an, daß illius dispositio nur in Fideicommisso universali, nicht aber in particulari angehe,

quia verba ejus disertè de Fideicommisso universali sunt concepta, dum heres fiduciarius rogatus dicitur post mortem suam restituere, quicquid ex hereditate supererit, quæ verba utique Universale inferunt Fideicommissum, quippe quod est, ubi heres directo institutus rogatur, ut alteri hereditatem vel totam vel pro parte restituat

§. 8. verbis: *aut totam hereditatem, aut pro parte restituere rogatur &c. §. 10.* ibi: *ut hereditatem suam totam, partemve ejus alicui restituat &c. Inst. de fideicomm. heredit.*

ad fideicommissum singulare minimè applicari poterant, ceu quod dicitur, ubi res certa & singularis veluti fundus, pecunia &c. alicui restituenda venit à personâ a defuncto quoquo modo honorata.

d. §. 10. verbis: *aut rem aliquam veluti fundum, hominem, pecuniam &c. de fideicomm. hered. pr. & tot. tit. Instit. de singul. rebus per fideicommiss. rel.*

Et regula illa, quod pretium loco rei succedat vel res eo comparata locum rei venditæ subeat, in universalibus, neutiquam vero in singularibus, obtineat. 18

per ll. & authoritates super allegatas.

Ac inde quoque id, quod dicitur, rem cum rebus fideicommisso subjectis permutatam in harum locum succedere, & fideicommissariæ restitutioni obnoxiam fieri vi *d. l. 71.* ad unum ferè omnes (ut cuique patebit, si supra allegatos in id Authores evolverit) accipiunt de re cum rebus fideicommisso universali subjectis permutata, qui verò de re permutatâ cum re fideicommisso singulari subjectâ loquuntur, ad hoc, ut illa fideicommissaria & restitutioni obnoxia fiat, requirunt expressam partium declarationem aut potestationem de re permutata in locum rei ex testatoris judicio fideicommissi vinculo affectæ surrogandâ, seu quod illa hujus locum subire debeat. 19

vid. Hector Capyc. Latro *lib. 1. dec. 70. num. 46.* Petr. Barbosa *d. l. num. 75.* ibi: *Ut igitur in particularibus pretium succedat loco rei, vel econtra, oportet hoc expressim actum fuisse inter partes, nam tunc expressam voluntatem partium lex approbat, & propter illam approbationem res succedit loco pretii vel econtra. l. si donata 36. §. fin. de donat. inter vir. & ux.* Tiraquell. *de retract. lin. §. 32. n. 24.* Cardin. Tusch. *lit. S. concl. 758. n. 4. 20. 21.* Paul. de Castro, aliique supra allegati Authores, & qui ab his iterum magno numero adducuntur, qui fere omnes hanc tractant & resolvunt quæstionem: Emptum ex pecunia hereditaria vel ex pretio hereditariæ venditæ, an & quatenus efficiatur hereditarium, & succedat loco rei, veniatque sub restitutione fideicomm. universalis nempe, quod alias etiam vere & proprie hereditas fideicommissaria vocatur?

Deme nach weil wir hier kein universale, sondern allein ein singulare fideicommissum cum annexo Majoratu haben, kan demselben weder illa lex *71. ff. de leg. 2.* de fideicommisso universale expresse agens, noch was die Dd. de bonis cum rebus fideicommisso universali subjectis permutatis sagen, quod nempe statim ab initio ab ipso testatore per fideicommissum relicta fuisse fingantur, & ideo naturam bonorum fideicommisso subjectorum fictione juris sortiantur, ac in re- 20

stitu-

ſtitutionem fideicommiſſi univerſalis perinde veniant, atque veniſſet illa fideicommiſſaria bona, quæ pro iſtis permutatione data fuere, mit Fug Rechtens appliciret werden.

21 Zumahl da 4.) kein Wort in dem Receſſu de d. 16. Oct. 1655. enthalten, woraus man colligiren könnte, daß bey dem Lands-Aelteſten Chriſtoph Friderich von Saltza und dem Rath die intention geweſen, eine ſolche permutation zu treffen, wodurch das Majorat, ſo auf den 1200 Reichsthl. jährlicher Zinſen gehafftet, auf die vor das Capital der 20000 Reichsthaler in ſolutum cedirende Güter transferirt, mithin rei fideicommiſſariæ alia eidem oneri obnoxia futura ſubſtituirt werden ſolle, ſondern es gibt gedachter Receſs allein ſo viel zu erkennen, daß, weil wohlgedachter Lands-Aelteſter Chriſtoph Friderich von Saltza geſehen, daß es mit der Stadt Görlitz und dero Gütern durch den erregten Concurs in den Stand gekommen, daß nicht nur die Majorats-Zinſen, ſondern auch das Capital ſelbſt periclitirt, er erachtet habe, beſſer zu ſeyn, die von ſeinem Groß-Vatter geordnete Majorat-Zinſen durch Wiederannehmung des Capitals aufzuheben, als das Capital ſammt denſelben zu verliehren, worein auch die geſammte Agnati bey ſolcher der Sachen Beſchaffenheit conſentirt, und deßwegen ermeldtem Lands-Aelteſten vollen Gewalt und Macht gegeben, dergeſtalten zu tranſigiren, daß er vor das Capital nehmen möchte, was er bekommen könnte, damit nicht beedes Capital und Zinſen zu Grunde gienzen. Der Rath der Stadt Görlitz aber hat gleichfalls geſehen, daß der Stadt Nutzen wäre ſich von præſtation der verkaufften annuorum redit. zu befreyen, und ſelbe zu redimiren, deßwegen er vor den empfangenen und reſtituirenden Kauffſchilling oder Capital der 20000 Reichsthaler, womit dieſelbe erkaufft geweſen, die beede Güter Ludwigsdorff und Klein-Bißnitz cum pertinentiis erwehntem Lands-Aelteſten, nachdem er ihnen der Agnatorum Conſens und Einwilligung unter deren adelichen Hand und Sigel vorgezeiget (worum Senatus Görlicenſis billich ſollicitus geweſen, weil er wohl conſiderirt, daß hierdurch der uff denen jährlich von ihm hebenden 1200 Reichsthl. Zinſen bißher beſtandene Majorat extinguirt würde,) ex natura & effectu dationis in ſolutum.

pr. Inſt. quib. mod. oblig. toll. arg. l. 19. §. fin. ff. de reb. cred. l. 52. ff. de ſolut. Freyer. *de ſolut. cap. 7. membr. 2. n. 45.* Dn. Stryk. *Diſp. de Benefic. dation. in ſolut. cap. 5. num. 15.*)

Erb- und Eigenthumlich, ut habent verba Receſſus, atque ita absque ulla Majoratus qualitate, in ſolutum gegeben und abgetreten, ihm appropriiret und dergeſtalten eingeraumet, daß er auch liberam facultatem alienandi bona in ſolutum data erlanet, und dem Rath zu Görlitz vor ſich und ihre Bürger in caſum factæ itetum alienationis in alium quam agnatum der Verkauff in dem Verglich verſchrieben worden. Welche Clauſulæ auch untern andern anzeigen, daß ihnen nicht zu Sinne gekommen, durch den getroffenen Verglich den nexum oder das Vinculum Majoratus auf die in ſolutum cedirte Güter zu transferiren.

Bona ſiquidem alicujus hereditaria & pro- 22
pria, itemque alienabilia eſſe adeo repugnat Majoratus ſubſtantiæ, indoli & proprietatibus, ut nihil tam contrarium ſit fideicommiſſariæ reſtitutioni, quam libera hujusmodi & habendi & alienandi facultas & poteſtas, quin ea conceſſa quoque remiſſum cenſeatur, quod adfuit, fideicommiſſi & Majoratûs vinculum.

arg. l. 21. ff. de fideicomm. libert. c. extirpandæ. §. fin. de præbend. in 6. Philipp. Matthæi. *vol. 3. Conſ. Marp. 25. n. 18.* ibique alleg. poſt Cravettam, Gratum, Gabrielium, Nattam, Menochium, Cephalum, Burſatum, Paul. Galleratus *de renunciat. cent. 2. renunc. 44. n. 22.* ubi inquit hanc eſſe veram omnium ſententiam.

Sondern, daß wie der Rath zu Görlitz per bonorum illorum in ſolutum dationem ſich von den Majorat-Zinſen zu liberiren geſucht, alſo per illorum acceptationem der Lands-Aelteſte, deſſen Bruder und Vettern mit Caſſir- und Aufhebung der in familiæ favorem fundirten Majorat-Zinſen das Capital in illo Civitatis Görlizenſis ſtatu zu ſalviren getrachtet, mit nichten aber intendirt das geſtifftete Majorat von den redimirenden Erb-Zinſen, auf die vor das Capital in ſolutum übergebene Güter zu transportiren.

Welches 5.) ſo klärer daraus erhellet, daß 23
poſt factam hanc ceſſionem (beſage *Actor. vol. 1. fol. 88. ſeqq.*) der Lands-Aelteſte von Saltza ein neues Majorat auf die ihm zu Abſtoſſung des Capitals der 20000 Reichsthl in ſolutum übergebene Ludwigsdorffiſche Güter zu fundiren und radiciren vorgehabt, auch deßwegen Ihro Churfürſtl. Durchl. um gnädigſte confirmation zu imploriren gemeynt geweſen, ſich aber aus gewißen Urſachen hernach anders beſonnen, und es in anno 1670. auf das damahls erkauffte Gut Spremberg verſichern und beſtättigen laſſen wollen, ſo aber die Agnati ſelbſten gehindert. Die doch vorhin (*vol. Act. 2. fol. 114. b.*) agnoſciret, und mit klaren Worten bekennet, daß ihre obligende Schuldigkeit erfordere, vor allen Dingen dahin bedacht zu ſeyn, wie das Majorat ihnen und ihren Nachkommen zur Wohlfahrt beſtändialich NB. hinwiederum verſichert und formaliter fundirt werden möchte, mithin klar und offenbar eingeſtanden, daß per illam dationem in ſolutum das vinculum aut onus Majoratus auf öffters beſagte Güter ipſo jure ex *L. 71. de legat. 2.* diſpoſitione keineswegs transferiret worden ſey, wie es auch ſalvis juris noſtri

stri principiis, sine expressa partium declaratione, in fideicommisso particulari sive singulari nicht geschehen können.

24 Dann wann 6.) der transigirenden Partheyen und der consentirenden Agnatorum intention dahin gerichtet gewesen wäre, daß an statt der mit dem Majorat verhafft gewesenen Erb-Zinsen hinkünfftig die vor das Capital der 20000 Reichsthl. womit selbige erkaufft, in solutum cedirte Güter damit afficirt seyn sollten, hätten sie solches expresse bedingen sollen und müssen, juxta superius dicta, weil die surrogatio legis cessirt, als die allein in universalibus, nicht aber in particularibus beschiehet und statt findet. Nachdem sie aber solches unterlassen, und die damahlige Geschlechts-Vettern, die mit gnädigster approbation der Hohen Lands-Obrigkeit beschehene dationem in solutum, (wodurch das bey dem Rath zu Görlitz gestandene Capital der 20000 Rthler abgestossen, die davor verschriebene Stadt-Güter von aller hypotheck entlediat, und gedachter Rath von der jährlichen præstation der 1200 Reichsthl. Geschlechts-Zinsen liberirt worden) so schlechter Dingen in allen punctis & clausulis ratificirt, und nicht vigilirt, daß nur mit einem jota, entweder in dem Cessions-Recess, oder der gnäd. Churfürstl. Confirmation, von Transferirung oder neuer Radicirung des Majorats auf die cedirte Güter gedacht worden, haben deren jetzt vorhanden seyende Liberi den ihnen daher zuwachsenden Schaden Parentum socordiæ & negligentiæ zuzuschreiben und zu imputiren.

25 Mag auch 7.) der angezogene favor familiarum Nobilium dahin nicht operiren, ut fideicommissum familiæ seu Majoratus fingatur, ubi de illo non apparet, in præjudicium illorum, qui bona libera caro pretio emerunt.

Gesetzt aber 8.) doch nimmer zugegeben, daß ein Majorats-Recht vi dationis in solutum auf den Gütern qu. gehafftet hätte, und bey deren von dem Rath an den Lands-Aeltesten beschehenen Abtretung selbe damit afficirt worden wären, so wäre doch solches per venditionem postea anno 1668. cum Agnatorum expresso consensu & renunciatione omnium jurium ac prætensionum factam erloschen, und stünde wenigst Klägern uud Leuteraten seines seeligen Herrn Vatters Renunciation im Wege. Massen ex Actis offenbar, daß Klägers und Leuteraten Vater nebenst den übrigen gesammten Geschlechts-Vettern nicht nur in die von dem Lands-Aeltesten Christoph Friedrich von Saltza an den Rath zu Görlitz und Burgermeister Gehbern d. 14. Aprilis und 21. Decembr. 1668. geschehene alienation der beeden Güter Ober- und Nieder-Ludwigsdorff consentirt, sondern auch die dem Lands-Aeltesten beschehene Bezahlung der Kauff-Gelder durch ihren gemeinen Mandatarium sufficienti ad id mandato instructum genehm gehalten, darüber quitiren und die jetzige und künfftige Besitzer der Güter quæst. vor sich, ihre Erben und Nachkommen vor alle Nachmahnung, An- und Zusprüche, und also auch deren, so der 20000 Reichsthaler Geschlechts-Gelder wegen gemacht werden können, zu des Emptoris völliger Securitæt kräfftigster Massen versichern lassen.

vid. Actor. vol. 1. pag. 96. seqq. vol. 2. pag. 22. 126. seqq. vol. 4. pag. 162. 165. &c.

Deßwegen ihre jetzige Erben und Successores keinen Regress an diese von Rr. Avo bona fide & justo emptionis venditionis titulo erlangte, und auf Rr. erblich devolvirte Güter mit einigem Recht suchen, und selbe vindiciren können, 26

Agnati enim in alienationem bonorum fideicommisso obnoxiorum consentientes, omne jus, quod in iis habuerunt, illo consensu suo remittere censentur, proinde ad illa repetenda nullum amplius habent regressum.

l. 120. §. 1. de legat. 1. l. 1. C. de fideicommiss. Nov. 159. pr. & cap. 3. post plures alios Knipschild. *de Fideicomm. famil. nobil. cap. 11. num. 379. seqq.* Gallerat. *de renunciat. cent. 2. renunc. 44. num. 20.*

Ungeachtet die Gelder von dem Lands-Aeltesten dissipiret worden, denn Klägers und Leuteraten Vatter sammt übrigen Agnatis ihnen zu imputiren, warum sie nicht vigiliret, daß die erlößte 20000 Reichsthl. wieder an einen oder mehr sichere Ort, da man der ersten Fundation nach die perception der jährlichen Majorats-Zinsen richtig hätte haben und erlangen können, angeleget, oder davor ein rechts Majorat-Gut erkaufft worden, und sie zu solcher in Actis ausgegebener Landkündigen Dilapidation conniviret, oder warum sie nicht wenigst cautionem fideicomm. conservandi causa von ihm, wie sie de Jure befugt gewesen exigirt 27

arg. tot. tit. ff. ut legat. fideic. servand. causa caveat. Carpzov. *p. 3. c. 7. d. 19. n. 2. seqq. & c. 8. d. 38.*

Stehet deme nach insonderheit 9.) Klägern und Leuteraten Patris sui factum, der als ein coheres fideicommissarius allzeit denen Käuffen mit beygewohnet, solche subscribendo approbirt, ja was noch mehr auch durch seinen Mandatarium wegen der Kauff-Gelder cum omnium jurium renunciatione pro se & heredibus suis facta mit quitiren lassen, starck entgegen, deme er zuwider kommen nicht vermag, sondern solches zu præstiren schuldig, zumahl da er dessen heres ex asse wie er selbst in Actis gestehen müssen, utut cum beneficio inventarii, geworden. 28

Uti enim communis illa Juris regula: Heres factum defuncti præstare tenetur nec contravenire eidem potest, in se verissima, fundata quippe in

l. 14. C. de rei vind l. 114. §. 15. ff. de legat. 1. l. 67. §. 3. ff. de leg. 2. l. 7. C. de restit. milit.

Acto.

Actorem Patris sui heredem factum adstringit, ut contractus a patre consensu suo expresso approbatos ratihabere teneatur, nec contra eos venire queat; ita per id, quod cum beneficio Inventarii hereditati Patris se immiscuit & ita cum Inventario heres ejus factus sit, à facti paterni præstatione non liberatur, nec facultatem ei contraveniendi consequitur. Errat enim, qui sibi persuadent, se heredes non esse quia cum beneficio Inventarii hereditatem adierunt,

ut ostendit Faber *Cod. lib. 6. tit. 11. d. 13.* B. D. Lauterbach *Diss. de Inventar. heredit. th. 19. in med.*

Cum non minus hi, quam qui simpliciter adeunt, heredes sint, nec alio jure & loco censeantur. Omnia igitur de heredibus constituta & adversus illos obtinent, saltem in eo peculiari jure fruuntur, quod per leges aut mores beneficio inventarii additum fuit. Quatenus ex hoc quædam heredi istud conficienti relaxata aut indulta sunt, singulari utitur jure. In quibus non est illius aliquod peculiare beneficium, censetur ut pure heres, & ut heres tenetur ad ea, quæ heredem conveniunt.

Mev. *p. 1. dec. 39. & 121. n. 7. 8. per l. ult. C. de jur. delib.*

ideo & factum defuncti, cui successit, ipsum præstare oportebit, cum ab hoc nullibi per beneficium inventarii eximatur, vel in illo ei jus peculiare tributum.

29 Und suchet also 10.) Hr. Kläger und Leuterat vergeblich sein refugium in sententia illorum, qui consensum agnatorum filiis ipsorum non præjudicare in eo, quo minus rem fideicomm. alienatam repetere & vindicare nihilominus queant, asserunt

per l. 69. §. 3. de legat. 2.

quorum plures allegat & sequitur

Knipschild *de fideicomm. fam. cap. 11. n. 394.*

30 Nam ut allegata *l. 69. §. 3. de leg. 2.* sententiam hanc non format, cum in illa nullum habeatur verbum ex quo colligi queat, eorum, quibus fideicommissi petitio ibi datur, parentes in alienationem consensisse, & potius præsupponendum, alienationem sine consensu agnatorum factam esse; Ita contraria sententia, quod nempe agnatorum consensus ipsorum filiis quoque noceat, & obsit, ut alienationem cum parentum consensu factam revocare nequeant, si illis heredes facti fuerint, verior & magis in jure fundata est.

arg. l. 114. §. 15. de legat. 1. l. 67. §. 3. de legat. 2. l. 1. de except. rei vend. l. 14. C. de rei vind. l. 3. C. de reb. alien. non alien. l. 14. C. de evict. l. 7. C. de liber. causa. Menoch. *Cons. 89 per tot.* Fachin. *l. 5. controv. c. 19.* Cephal. *Cons. 392. per tot.* Sanden *de prohib. rer. alien. part. 3. c. 8. n. 32. seqq.* Peregrin. *de fideicomm. art. 33. n. 1. seqq.* ibique Censal. *in addit.* Tiber Decian. *v. 3. Resp. 55. n. 85. seqq.* Petr. Ant. de Petra *tr. de fideicomm. qu. 14. n. 316.*

Eamque haud parum stabiliunt ea, quæ 31
in simili de agnatorum in alienationem feudi consentientium filiis & heredibus, ex juris analogia, verissime ac rectissime tradunt, quod ipsi feudum cum Parentum consensu venditum nequaquam revocare possint

Klock *vol. 2. Cons. 31. q. 1.* Vultej. *de feud. Lib. 1. cap. 11. n. 184.* Zasius *de feud. part. 9. n. 27.* Cothmannus *vol. 2. Resp. 75. n. 23.* ubi testatur hanc sententiam temere Feudistas longa serie ab ipso adductos, probare alios Interpretes in suis tractatibus & commentariis, respondere passim JCtos secundum illam in Consiliis suis & Responsis, quorum magnum ibi exhibet catalogum n. 24. sapientissimos Cameræ Imper. Assessores in eandem descendisse apud Mynsing. *1. O. 50.* denique illam judicando, & practicando observari. Hart. Pistor. *lib. 2. qu. 7. n. 50. seqq. & qu. 13. n. 71.* Struv. *c. 13. aph. 19.* Bitsch. *ad 2. F. 26. §. Titius filios* &c. *not. 14.*

Aus welchen und andern mehrern dermahlen 32
mit Stillschweigen übergehenden Ursachen wir nochmahls anders nicht erachten können, dann daß die vorige Urtheil vorstehender massen zu reformiren. Und solcher gestalten fällt von sich selbst die von Hrn. Klägern zugleich mitinterponirte Leuteration samt denen in deren Prosecution angeführten vermeintlichen gravaminibus pro obtinenda adjudicatione fructuum & expensarum, welche letztere doch auch dißfalls, da die vorige Urtheil also reformirt wird, billig compensirt werden, weil Hr. Kläger nicht nur die Urtheil prioris Instantiæ, sondern auch gantzer Collegiorum Juridicorum Responsa vor sich hat.

Wollten solches salvo quorumvis meliori judicio, unterdienstl. und gehorsamst zu verlangter rechtlichen Nachricht nicht verhalten. Actum in Collegio nostro d. 9. Octob. 1696.

CONSILIUM LVI.

De

Accusatore in causa syndicatus de prosequenda lite datis fidejussoribus vel pignoribus non cavente, carceri mancipando.

SUMMARIA.

1. SEntentia puncto cautionis.
2. Proponitur accusatio criminis syndicatus & veri commissi doli.
3. Quænam hujus sit pœna explicatur.
4. Accusatus in reconventione actionem ad Palinodiam & extraordinariam criminalem persecutionem instituit.
5. Extraordinaria injuriarum coercitio ob delicti atrocitatem ad fustigationis pœnam imo ad ultimum quandoque supplicium extendi potest.
6. Et in tali casu cautio fidejussoria de prosequenda lite, permanendo in judicio & refundendis litis impensis ab accusatore in conventione præstanda, ante litem contestatam recte petitur.
10. Nec sufficit jurata cautio:
7. 8. & 9. Alias in defectum cautionis idoneæ admittenda & acceptanda: etiam ubi ad Palinodiam agitur, teste Carpzovio.
11. Quia de fuga suspectus juratoriæ cautioni non committendus, sed arresti personalis vinculo constringendus.
12. Ex rationibus hic allegatis.
13. Et in Ordinat. Crim. Caroli V. hoc statuitur: Quod accusator nisi de lite prosequenda &c. datis fidejussoribus caveat carceri mancipandus vel ad minimum custodiæ tradendus sit.
14. Quisnam tali carceri mancipato alimenta præstari teneatur?

Urthel.

IN Sachen Con- & Reconventionis sich haltend zwischen Christian Struers und dessen Ehefrauen Anna Dorothea Lohns Vorklägere und Nachbeklagte eines; So dann unserm Hauß-Vogten Wendelin Lonicero Vorbeklagten und Nachklägern andern Theils erkennen und sprechen in po. geforderter caution von GOttes Gnaden Wir Friedrich der Dritte, Marggraff zu Brandenburg, des Heil. Röm. Reichs Ertz-Cämmerer und Chur-Fürst ꝛc. ꝛc. auf eingeholten Rath auswärtiger unpartheyischer Rechtsgelehrten vor recht, daß Vorklägere und Nachbeklagte Christian Struer und seine Ehefrau mit der offerirten cautione juratoria nicht zu hören, sondern die von Vorbeklagten und Nachklägern verlangte caution mit Bürgen oder Unterpfanden auf 1000 Rthlr. zu erstatten schuldig und verbunden, da sie aber solche Sicherheit mit Bürgen und Unterpfanden zu thun nicht vermögen, mit einem persönlichen Arrest zu belegen, und in Mangel eigner Mittel von Vorbeklagten und Nachklägern seinem Erbieten nach darinn mit nöthigem Unterhalt zu verpflegen seyn, die Sache aber müglichst beschleuniget werden.

Daß diese Urtheil den Rechten und den Uns zugesandten Actis gemäß, bezeugen wir Decanus und andere Doctores der Juristen-Facultät bey gemeiner Hoch-Fürstl. Würtembergischen Universität Tübingen urkundlich unserer Facultät grössern Insiegels. Actum in Collegio nostro den 20. Novembr. 1696.

RATIONES DECIDENDI.

1 ALs von denen zum Hochpreißlichen Chur-Fürstlich Brandenburgischen Hof- und Cammer-Gericht Hochverordneten Vortrefflichen Ober-Præsidenten, Directoren und Räthen, hiebey wieder zurückkommende Acta, in Sachen sich haltend zwischen Christian Struern und dessen Ehefrauen Anna Dorothea Lohns eines, entgegen und wider Wendelin Lonicero, Churfürstl. Brandenburg. Hauß-Vogten andern Theils, zusamt denen Inquisitions-Actis uns zur Juristen-Facultät bey gemeiner Hoch-Fürstl. Würtemberg. Universität Tübigen verordneten Decano und andern Doctoribus zugesandt worden, mit dem gn. Gesinnen, solche mit Fleiß zu verlesen und eine rechtmäßige Sentenz darüber abzufassen, so haben wir nicht ermangelt, selbige gleichbalden unter Handen zu nehmen, mit gebührendem

dem Fleiſſe zu durchleſen und zu erwegen, in reiffлich darüb gepflogener Collegialiſchen Deliberation aber einmüthig geſchloſſen, daß in der Sache vorſtehende Urtheil abzufaſſen. Die Urſachen, ſo uns zu ſolchem Schluß bewogen kürtzlich zu berühren, beſtehen ſelbige hauptſächlich darinnen.

2 Daß 1.) gleichwohl Vorkl. den Vorbekl. in Conventione Syndicatus judicio belanget, und ihn eines veri, in vorgängigem Proceſſu Inquiſitorio po. furti, commiſſi doli beſchuldiget, ihm imputiret, daß er wider Pflicht und Ayd wiſſentlich gehandelt, gefliſſene Partheyligkeit geſpiehlet, ohn gehabten Churfürſtlichen Befehl ſie in Verhafft gezogen und inquiſitorie wider ſie verfahren, ſie in der cuſtodia, litis conteſtatione und andern hart prægravirt, einen infamen Bothen ausgeſchicket, falſche Atteſtata wider Vorklägere ratione vitæ ante actæ zu erkauffen, und dieſelbe hernach ohn ihnen vorher beſchehene communication ad Acta genommen, wider expreſſen Churfürſtl. Befehl und Recht ihnen die defenſion abgeſchnitten und ſonſt in vielen Stücken dawider gehandelt, nachdem die Acta in præſentia des ihm adjungirten Hrn. Hof-Fiſcalis Müllers ſchon irrotulirt und verſiegelt geweſen, dieſelbe vor ſich heimlich eigenthätig wieder erbrochen, dolosè falſche Atteſtata und Regiſtraturen eingeſchoben und wieder verſiegelt, nachgehends da die Acten zurück kommen, dieſelbe zum Theil wiederum davon genommen, alſo ſie hinterrucks mit ſummariſchen falſchen Atteſtatis verkaufft, und à JCtis Hallenſibus per ſententiam die Tortur wider ſie erſchlichen, auch ſolche hernach contra omne jus & fas an ihnen exequirt, und dabey abermahls wider ſeine Pflichten, denen gemäß zu procediren ihm doch expreſſe per bina Decreta Sereniſſimi gnädigſt befohlen worden, partheyiſch, ungerecht und über die Urtheil gehandelt, und was dergleichen harte und ſchreckliche imputationes mehr ſeyn, welche wann ſie verificiret würden (ſo doch allem Anſehen nach Vorklägern ſchwehr, ja impoſſibel fallen wird, indem ſich ſothane Anſchuldigungen guten Theils aus mitgeſchickten Actis inquiſitionalibus ſelbſt widerlegen,) Vorbeklagter ihnen nicht nur die geſuchte Satisfaction zu geben condemnirt werden könnte, ſondern würde auch dazu in eine ſchwehre Herrſchafftliche Straffe
3 fallen. Geſtalten ex jure bekandt,

quod Judex, qui ex dolo ſeu propoſito, ſimplici, vel ſordes ſeu largitiones, gratiam aut inimicitiam admixtam habente, contra juſtitiam & contra conſcientiam, tale quid in judicio fecerit in gravamen partis, non ſolum parti læſæ in ſolidam litis æſtimationem condemnandus ſit, ſed & infamia notetur

l. 2. C. de pæn. jud. qui mal. jud. c. 1. de ſent. & re jud. in 6.

atque inſuper, ob ſordes quidem, dati triplum, promiſſi verò duplum ſolvere teneatur, & ſi cauſa criminalis ſit, confiſcatis omnibus bonis in exilium mittendus,

Nov. 124. c. 2.

imò ſi ob hominem necandum pecuniam acceperit, capite plectendus

l. 7. §. fin. ff. ad L. Jul. repet. ibi Brunneman.

quemadmodum & dolosè aliquem torqueri curans, ille exinde moriatur

arg. l. 1. §. 1. l. 4. pr. ff. ad L. Cornel. de ſic.

ſi verò non moriatur, deportatione, vel fuſtigatione & relegatione, aut alia arbitraria pœna afficiendus ſit

arg. d. l. 7. §. fin. Carpzov. *Pr. crim. qu. 93. n. 55. junct. qu. ſeq. 127.* Matth. Stephan. *ad Conſt. crim. Car. V. art. 20. n. 3. & ad art. 61.*

Hingegen hat in reconventione Vorbekl. 4 und Nachkläger die Vorklägere und Nachbeklagte actione ad Palinodiam & extraordinaria perſecutione criminali belanget, indem er gebeten, zu ſententioniren, daß Chriſtianus Struer und ſeine Ehefrau ihm damit unrecht und zuviel gethan, daher ihm einen öffentlichen Wiederruff zu thun ſchuldig, auch mit ihrem ungegründeten Suchen abzuweiſen, dahingegen aber andern ihres gleichen Calumnianten zum Abſcheu, und ihnen zur wohlverdienten Straffe denen Rechten gemäß peinlich zu beſtraffen, auch ihme die temere verurſachte Unkoſten zu erſtatten gehalten ſeyn ꝛc. und würden gewiß Nachbeklagte, wann ſie in conventione ſuccumbirten, höchſt-billig wegen der grauſamen, calumnioſen, einem ehrlichen, doch über 30 Jahr nunmehro ohne Klag in Dienſten geſtandenen Mann, wann er deren unſchuldig, ſehr wehe thuenden imputationen, nicht nur einen öffentlichen Wiederruff zu thun, ſondern auch darzu in eine harte Straffe zu condemniren ſeyn, inmaſſen bekandt, 5

quod extraordinaria injuriarum coercitio non tantum pœna pecuniaria, aut carceris & relegationis, ſed ob delicti atrocitatem etiam corporalis, fuſtigationis nempe & relegationis, imo pro re nata & capitalis eſſe poſſit, ac ad ultimum quandoque extendi ſupplicium

Hahn ad Weſenbec. *ff. de injur. n.* Carpzov. *Pr. crim. qu. 100.*

Kan deßwegen 2.) Vorbeklagten und Nachklägern, weil er auf das härteſte mit den grauſamſten injuriis angegriffen iſt, und ſein Ehr und guten Leümuth wider die contra ipſum ausgegoſſene calumnien zu retten höchſte Urſach hat, gar nicht verdacht werden, daß er von 6 Vorklägern und Nachbeklagten genugſame caution de proſequenda lite & permanendo in judicio ad ejus usque finem, de reconventione, & refundendis in caſum ſuccumbentiæ expenſis &c. mit Bürgen zu thun gefordert,

fordert, und proteſtirt, ſich mit ihnen nicht eher einzulaſſen, bis ſolche caution beſtellet, ne nimirum, ſi, ipſis in conventione ſuccumbentibus, forte corporis afflictiva pœna iis irroganda in reconventione conſtituatur, per illorum fugam eluſorium reddatur judicum, auch anderſt nicht denn eventualiter adjuncta expreſſa proteſtatione de lite non conteſtanda, pro nuda Dn. Judicis informatione, auf die Klag-Puncten geantwortet, und muß ihm ſolche verlangte caution von rechtswegen, um willen er dieſelbe zu begehren genugſame und rechtmäßige Urſachen hat, auch ſie zu rechter Zeit, ante litem conteſtatam nempe, gebeten, zuerkannt werden.

per tradita Vulteji *de judic. l. 2. c. 5. n. 208.* Carpzov. *de Proceſs. tit. 9. art. 5. n. 28. & lib. 2. Reſp. 76.*

7 Ob wohl es aber 3.) das Anſehen haben möchte, daß weil Vorklägere und Nachbeklagte als fremde und arme Leute weder fidejuſſoribus noch pignoribus die verlangte caution præſtiren werden können, Vorbeklagter und Nachkläger die von ihnen offerirte cautionem juratoriam anzunehmen ſchuldig,
vi generalis illius in Jure Canonico æque ac civili fundatæ & à plerisque interpretibus approbatæ juris regulæ: Quod in defectum cautionis idoneæ fidejuſſoribus aut pi-
8 gnoribus præſtandæ cautio juratoria ſit admittenda & acceptanda,

per Auth. Generaliter. C. de Epiſcop. & Cler. Nov. 112. c. 2. pr. Nov. 134. c. 9. Auth. Hodie. C. de cuſtod. reor. l. 1. §. 2. C. de aſſert. toll. §. 2. Inſt. de ſatisdat. junct. l. 1. ff. ſi cui plus quam per l. Falcid. ibique Dd. *l. fin. C. de Caſtrenſian. c. ult. de ſent. excomm. in 6. c. 7. X. de donat. int. vir. & uxor.* ibi Gl. & Canoniſtæ comm. cum Speculat. Hoſtenſ. & aliis Surdus *Dec. 141. n. 7.* ubi addit Dd. commun. ita ſentire etiam de ſtatuto fidejuſſoriam cautionem requirente. Pruckmann *vol. 1. Conſ. 43. n. 79.* poſt plures alios à ſe allegatos Schrader *de feud. p. 10. ſect. 20. n. 296.*

9 welches in terminis confirmirt Carpzovius *in Prax. Crim. qu. 95. n. 61. & 64.*

dum inquit: Quod cum ob injurias atrociores haud rarò etiam criminaliter agatur ad Palinodiam, (uti obiter notandum, hoc Carpzovii aſſertum, quod actio ad Palinodiam ſit criminalis, nequaquam ſtare poſſe, eſt enim hæc actio non criminalis, ſed civilis quaſi rei perſecutoria, quia nec ad pœnam corporalem nec pecuniariam Fiſco applicandam, ſed ſolum ad famæ reſtitutionem tendit. Et niſi civilis ac quaſi rei perſecutoria actio eſſet, non poſſet conjungi & cumulari cum extraordinaria perſecutione criminali aut actione injuriarum æſtimatoria, quod tamen fieri poſſe minus dubii habet & concedit ipſe

Carpzovius *d. l.* cum Hahn ad Weſenbec. *tit. de injur. num. 18.* Struv. *Ex. 48. th. 61.* Mev. *p. 3. dec. 33.* Mynſ. *2. O. 98. n. 10.* Gail. *1. O. 65.* Klock. *vol. 3. Conſ. 186. n. 15.* Sutholt *Diſs. 16. th. 64.* Franzk. *Ex. 12. qu. 8. n. 7.* Vinn. *ad §. 10. Inſt. de injur. num. 1.* B. D. Lauterbach *Diſp. de act. injur. recant. th. 29.*)

& pœnam corporis afflictivam, nihil certe prohibeat, quo minus & tum à Reo cautio exigi debeat, & ſi quidem Reus ob paupertatem, vel quia forenſis eſt, pignora aut fidejuſſores non inveniat, nec perverſæ vitæ aut malæ famæ ſit, quin is præſtita juratoria cautione dimittendus ſit, ſe non dubitare cum Bartolo *ad l. 4. C. de uſufr. ſubnexo ibid. Scabinorum Lipſ. reſponſo.*

So mag doch 4.) Vorbeklagten und Nach- 10
klägern bey denen ſich hier ereugenden Umſtänden nicht zugemuthet werden, daß er ſich mit der offerirten cautione juratoria begnüge und ſelbige annehme. Denn pro primo ſind Vorklägere und Nachbeklagte vagabundi, die nirgends häußlich geſeſſen oder an einem gewiſſen Orth ihr fixum domicilium haben, ſondern den einen Tag hier, den andern dort ſeyn, inmaſſen ſie laut der Actorum Inquiſitionalium inner fünff Jahren viel Länder durchſtrichen, und nirgends keine bleibende Statt gehabt, iſt alſo Vorbeklagter und Nachkläger mit der von ihnen offerirten cautione juratoria gar nicht verſichert, daß ſie bleiben, und des angefangenen Proceſſus in Con- & Reconventione auswarten werden, und er in caſu, daß ſie, ſeiner gewiſſen Hoffnung nach, ſuccumbiren, zu ſeiner Satisfaction gelangen könne, zumahl da er neben dem Wiederruff auf eine peinliche Straffe geklaget, die, wie obgemeldt, wohl auf eine Leibes-Straffe hinaus lauffen könte, in Anſehung es die ärgſten grauſamſten injurien ſeyn, damit Vorklägere und Nachbeklagte den Vorbeklagten und Nachklägern in ſeinem über 30 Jahr mit Ruhm und gutem contento ſeiner gnädigſten Herren getragenen Officio publico angetaſtet haben, deswegen Ihro Churfürſtliche Durchleucht in dero gnädigſten Commiſſions-Reſcript de dato den 19 Martii 1695. ſich auch ſelbſt gnädigſt erklärt, daß ſo ſich befinden ſollte, daß Chriſtian Struer und ſeine Ehefrau ſich zur Ungebühr beſchwehret, ſie dem Hauß-Vogt mit Nachdruck Schutz halten wollten; welcherley Straffe ſie 2.) über ſich dißfalls ergehen zu laſſen und auszuſtehen, præſtita ſolùm cautione juratoria, nimmer erwarten, ſondern beſorglich flüchtigen Fuß ſetzen und ſich aus dem Staube machen würden,

Qui

11 Qui autem de fuga ſuſpectus eſt, juratoriæ cautioni non committendus, ſed potius arreſti perſonalis vinculo conſtringendus, ex communi Dd. concluſione,

de qua teſtatur Cothmann. *vol. 1. Conſ. 18. num. 492.* ubi plures conſentientes laudat cum Benojo, Cornazzano Hering. *de fidejuſſor. cap. 18. num. 114.* Mev. *ad Jus Lub. lib. 3. tit. 5. art. 6. num. ult.* Carpzov. *p. 1. c. 5. d. 9. n. 2.* Harpprecht. *ad §. 2. Inſt. de ſatisdat. num. 11.*

12 Semper enim præcavendum, ne per arreptam reorum fugam judicium eluſorium reddatur, ex monito JCti

in l. 75. de judic.

Quemadmodum igitur in caſu, quo quis fugæ ſuſpicione gravatus bona illius mobilia ſequeſtrantur,

l. 7. §. fin. ff. qui ſatisd. cog. Gœddæus *de ſequeſtr. c. 2. num. 28.* Gilken. ad Brunnem. *ad l. un. C. de proh. ſeq. pec.*

Ita non mirum eſt, de fuga ſuſpecti perſonam donec vel fidejuſſoribus vel pignoribus datis caveat, rejecta juratoria, quam offert cautione, arreſto vel carcere interea conſtringi,

poſt Harpprecht. & Weſenbec. Hilliger. ad Donell. *lib. 2. c. 9. lit. I.*

Quæ enim æquitatis ratio admittit, ut debitor à judice condemnatus in carcerem detrudatur, ut nempe creditor, quod ſibi debetur, conſequatur,

l. 1. & tot. tit. C. qui bon. ced. poſſ.

etiam ſuadet & admittit, ut creditori & actori cuivis adverſus debitorem & reum quemvis de fuga ſuſpectum idonea cautione proſpiciatur,

l. 31. pr. de reb. aut. jud. poſſid. tot. tit. ff. qui ſatisdar. cog.

imo regulariter eædem illæ cauſæ, quæ aliquem de fuga ſuſpectum reddunt, eum etiam de perjurio ſuſpectum reddunt, ut ob id tanto minus ad juramentum eidem via patefieri debeat, per notata Dd.

ad l. 3. C. de non num. pec.

Quos enim premit juſta perjurii ſuſpicio, neutiquam ad juratoriam cautionem admittendos, ſed potius arreſto detinendos, paſſim inculcant Interpretes,

vid. Cothmann. *d. v. 1. Conſ. 18. n. 491.* poſt Felinum & Hippolitum Hiltrop. *de Proc. Jud. p. 2. tit. 33. n. 10.*

Dergleichen ihnen Vorklägern und Nachbeklagten 3.) ſo eher zuzutrauen, als aus dem von Hochfürſtl. Biſchöffl. Hildesheimiſcher Cantzley ſub ſigillo publico ertheilten, in Actis inquiſitionalibus ſub Num. 52. pag. 470. ſeq. enthaltenem Atteſtato zu erſehen, daß ſie die Ehefrau Anna Dorothea Lohns, nachdem ſie ſchon mit ihrem itzigen Ehemann Chriſtian Struen verheyrathet und copulirt geweſen, ſich mit einem einfältigen Tropffen, Namens Heinrich Grimpen, einem Schuſter-Geſellen, zu dem Ende ehelich verlobt, daß ſie ihm ſein Geld abzwacken können, inmaſſen ſie 1 doppelten Ducaten von ihm pro arrha ſponſalitia empfangen, und ihn beredt, daß er ihr 45 Rthr. 18 Mgr. gegeben, dagegen ſie zwar 30 Ducaten auf den Tiſch gezehlt, und ihm zur Verſicherung ihrer Treu dieſelbe anzuvertrauen offerirt, an deren ſtatt aber 39 Rechenpfenning und drey Stücklein Bley in eine kleine Schachtel gethan, mit einem Bindfaden verbunden und verpittſchirt ihm gegeben. Wegen welches offenbar gewordenen Betrugs er ſie gerichtlich belangt, und ſie von beſagter Cantzley den 20ſten Sept. 1689. tanquam criminis ſtellionatus rea die 45 Rthr. 18 Mgr. ſammt dem auf die vermeinte Treu empfangenen doppelt Ducaten zu reſtituiren condemnirt, immittelſt der Procurator Fiſci gegen ſie ſo wohl, als alle die, ſo der falſchen Eheberedung mit beygewohnt ſeines Amts erinnert werden ſollen, wie ſie aber ſolches vermerckt, hat ſie vor Eröffnung der Urtheil ſich abſentirt, daher ihr Fidejuſſor Johann Reinhard Prattenberg das Judicatum vor ſie bezahlen müſſen. Sie hat zwar in Actis inquiſitionalibus wollen behaupten, daß, was mit dem Grimpen vorgegangen, nur ein Faſtnachtſchertz geweſen, wäre kein Proceſs wider ſie per duas inſtantias geführt, und keine ſolche Urtheil contra ipſam abgefaßt, und arrepta ab ipſa fuga wider ihren Fidejuſſorem exequirt worden.

Hat ſie nun damals, wie ſie aus der Sach nur ein Faſtnachtſchertz machen wollen, die Flucht ergriffen, und ihren Bürgen angeſetzt, daß er vor ſie bezahlen müſſen, was würde ſie nicht thun, wann ſie merckte, daß es dazu käme, daß ſie in eine Leibes-Straffe ſollte condemniret, und dieſelbe an ihro exequiret werden?

„Halten deßwegen, daß ſie Anna Dorothea „Lohns tanquam perſona de fuga & perjurio „ſuſpecta, ſimulque ob crimen ſtellionatus „cujus ipſa rea declarata, infamia facti labo„rans, ſammt ihrem Mann Chriſtian Struern, „eadem fugæ & hinc perjurii ſuſpicione gra„vato, zur offerirten Cautione Juratoria nicht „zuzulaſſen, noch damit zu hören, weil Vorbe„klagter und Nachkläger, der auf das äuſſerſte „in ſeinen Ehren von ihnen mit injuriis atro„ciſſimis angegriffen, in caſum daß ſie ſuc„cumbirten, dadurch nicht gnugſam geſichert, „ſondern wann ſie die von Vorbeklagten und „Nachklägern verlangte Caution mit Bürgen „oder Unterpfanden auf 1000 Rthr. nicht zu „beſtellen vermögen, (ſo mehr als ſolches 13
der peinl. Halsgerichts-Ordnung Caroli V. conform iſt, ubi quippe *art. 12. 13. 14.* conſtitutum eſt, quod accuſator, niſi de proſequenda lite, reſarcienda accuſato injuria, & refundendis litis impenſis, datis fidejuſſoribus cavere poſſit, vel carceri mancipandus vel ad minimum cuſtodiæ tradendus, cautioni autem tali, quæ à ſola tametſi ju-

ratoria ipsius promissione dependeat, non committendus, sicque etiam in casu impossibilitatis præstandæ cautionis fidejussoriæ aut pignoratitiæ, de quo Imper. expresse loquitur, cautio juratoria excluditur.

Blumlacher. Clasen. *ad art. 12. Constit. Crim. Car.* Vultej. *de judic. l. 2. c. 5. num. 268.*)

mit einem leidentlichen persönlichen Arrest zu belegen, und von Vorbeklagten und Nachklägern darinn mit nöthigem Unterhalt seinem Erbieten nach, in Mangel eigner Mittel zu verpflegen, indeß die Sach schleunig und gründlich zu untersuchen. 14

Welches wir, salvo semper cujusque melius sentientis judicio, zu verlangter rechtl. Nachricht gehorsamst nicht verhalten sollen.

Actum in Collegio nostro den 21sten Novembr. 1696.

CONSILIUM LVII.

DE

Testamento in quo Princeps hæres instituitur.

SUMMARIA.

1-9. Factum.
10. Quid hoc casu sentiendum.
11-28. Rationes dubitandi.
12. Testamentum in quo Princeps hæres instituitur ex odio litis causa ipso jure est nullum & invalidum: per LL. expressas.
13. 16. & 37. Pacta per modum contractus inita, reservata etiam testamenti factione, ab uno contrahentium sine consensu alterius, cui jam jus quæsitum, revocari, aut per testamentum adimi nullo modo possunt, per late deducta.
14. Unum quodvis enim eo modo dissolvi debet, quo colligatum est.
15. Quod & in pactis successoriis inter conjuges & liberos initis locum habet.
17. & 35. Heredis institutio in re aliena facta nullius est momenti.
18. & 19. De re vero & justo titulo acquisita & pleno jure possessa pro libero suo arbitrio quis disponere hæredemque etiam Principem instituere potest.
20. Modo non litis causa instituatur.
22. & 36. Conjux conjugi superstiti ex bonis defuncti debitam portionem nec per testamentum, nec inter vivos, nisi justa adsit causa, aufferre vel minuere potest.
23-25. Testamentum ex hac tamen causa in totum nullum & invalidum non est, sed portio hac statutaria vel legitima saltim deducitur.
26. & 27. Probationis favor in jure maximus est, & ab illa nemo excludendus.
28. Rationes decidendi.
29. Testamentum quod quis vi metuque coactus aut importunis solicitationibus aut falsis persuasionibus inductus condidit, ipso jure nullum & invalidum est.
30. Idem etiam dicendum de eo testamento, quod quis tollere vel corrumpere voluit, sed id facere prohibitus aut omittere importunis sollicitationibus impulsus ac persuasus fuerit.
32. 36. & 42. Requisita, ut locus sit remedio & beneficio L. ult. C. de Edict. D. Hadrian. tollend. recensentur.
33. Et ad casum præsentem applicantur.
34-37. Vitium testamenti visibile & evidens est ubi quis contra jus commune, statutarium vel consuetudinarium hæredem instituit ex. gr. in re aliena: vel de portione statutaria conjugi relinquenda disponit.
38. Per vitium etiam non quidem statim in oculos incurrens, quod tamen in continenti probari potest, immissio in possessionem bon. defuncti ex benef. L. ult. C. de Ed. D. Hadr. toll. impeditur.
Ex. gr. Si quis de jure dominii sui in continenti h. e. intra terminum executioni præfixum, qui de Jur. Sax. est sex septimanarum & 3 dierum, docere possit.
39. Impeditur etiam dicta immissio &c. per legitimum contradictorem.
40. Quis pro tali habeatur.
41. Quid ergo in substrata materia pronunciandum.
43. Pauperi litiganti quando ei alimenta & litis impendia sint adjudicanda?
44. Sententia.

1 DJe vor denselben als hochverordneten Hochfürstl. Commissariis zwischen Juliana Dorothea, weyland Eliä Holbruchs, gewesenen Hof- und Stadt-Apotheckers in Coburg Klägern Eines, und Hrn. Marco Antonio Heberern, J. U. D. Hochfürstl. Regierung zu Sachsen-Coburg Advocato Ordinario und Stadt-Syndico als Anwalden des Hochfürstl. Interesse, Beklagten andern Theils, ausgeübte, uns zur Juristen Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Wirtemb. Universität Tübingen verordneten Decano und andern Doctoribus ohnlängst per Expressum Großg. zugesandte Acta haben wir, so bald es andere schon unter Handen gehabte wichtige Amtsgeschäfften zugelassen, sammtlich mit gebührendem Fleisse verlesen, in versammletem Collegio reifflich erwogen, und forderist befunden

In

In Facto

2 Daß weyland ermeldter Elias Holbruch aus Jütland gebürtig, gewesener Hof- und Stadt-Apothecker zu besagtem Coburg, da er mit seinem Stieff-Eydam, Johann Balthasar Meylanden, damals gewesenen Fürstl. Sächsischen Kuchenmeistern und Cammer-Castnern zu Coburg Strittigkeit und einen schwehren Process
3 gehabt, den 3ten Sept. 1691. ein Testament gemacht und solches den 19den Ejusdem bey Hochfürstl. Regierung hinterlegt, darinn er den **Durchlauchtigsten Fürsten und Herrn, Herrn Albrechten, Hertzogen zu Sachsen, Gülich, Cleve und Bergen**, ꝛc. ꝛc. ꝛc. zu seinem Erben instituirt, da aber nach GOttes gnädigem Willen **Höchstgedacht Ihro Hochfürstl. Durchläucht** ehender als sein Testament durch seinen Tod kräfftig würde, mit Todt abgehen sollten, **Dero Hochfürstl.** Successorem zu seinem rechtmäßigen Erben substituirt, dergestalt, daß **Ihro Hochfürstl. Durchl. oder dero Hochfürstl.** Successor „ seine Apothecken mit allen Vasis, Instrumen„ tis & Materialibus, wie selbige sich befinden „ und Namen haben möge, erb- und eigenthum„ lich haben solle. Jedoch Ihro Hochfürstl. „ Durchl. oder dero Hochfürstl. Successorem „ unterthänigst gebeten, daß sie seinem Weibe, „ wann selbige ihn überlebe, in dem Wohnhause „ die Wohnung und aus der Apotheck ein ge„ wisses Deputat zur Alimentation geben mö„ ge.

3 Welches sein Testament er hernach in seiner letzten Kranckheit den 7. 8. und 12 May 1694. in zerschiedenen Punctis erleutert, declarirt und im Hauptwesen confirmirt, auch endlich an erstermeldten 12ten May 1694. darauf gestorben.

4 Auf welchen seinen erfolgten Tods-Fall den 12ten Junii 1694. die Publication der hinterlassenen Disposition geschehen, nachdem vorher von Hochfürstl. Regierung der Apothecker-Gesell und Jung in Pflicht genommen, die Apotheck zweyen Doctoribus anvertrauet, und alles in dem Hause obsignirt, auch nach beschehener Publication inventirt und sammt denen von dem Defuncto bey Hrn. D. Leipolden deponirt gewesene Gelder auf Fürstl. Cantzley in sequestrum genommen worden.

5 Weil nun die hinterlassene Wittib mit ihrer Tochter erster Ehe das Testament und die exsolate Declarationes angefochten, haben **Ihro Hochfürstl. Durchl.** auf der Wittib unterthänigstes Ansuchen dreyen ihrer respect. gemeinschafftl. Hof- Justiz- und Consistorial-Räthen, die sie quoad hanc causam derjenigen Pflichten, womit sie **Ihro Hochf. Durchl.** verwandt, erlassen, gnädigst committiret, so wohl die Wittib, als ihres Hochfürstl. Interesse constituirten Anwald zu Tentirung der Güte, und in Entstehung deren zu rechtlichem Verfahren zu citiren, wann dem Hof-Brauch und Stylo gemäß mit zwey oder drey gewechselten Schrifften oder Sätzen geschlossen, nach vorhergegangener Irrotulation auf eine unpartheyische Juristen Facultät oder Schöppen-Stuhl zum Spruch zu verschicken, und denn das eingelangte Urtheil den Partheyen behörig zu publiciren. Worauf die Partheyen forder- 6
ist zur Güte citirt, in Entstehung deren aber der Wittib dabey schrifftlich eingereichte Gravamina vor das Klag-Libell angenommen, worinnen sie gebeten, daß die Testamentliche Dispositio„ nes tam quoad heredis institutionem, quam „ quoad legata null und nichtig seyn, die sämmt„ liche noch übrige Verlassenschafft der Witt„ wen und Stieff-Tochter, weil zumal der Te„ stator selbst gestehe, daß er das seinige beym „ Leben ausgetheilet, und er solches, weil nach „ dem klaren Buchstaben des Vergleichs de d. „ 10den April 1689. keine Grund-Theilung „ vorgangen, nicht befugt gewesen, gehöre, de„ nenselben ohne Ausflucht nebst allen bißher „ daraus gehobenen Nutzungen zu restituiren „ sey, und L. ult. C. de Edict. Div. Hadr. tol„ lend. dißfalls bey so klaren vitiis & nullitati„ bus Testamenti nicht statt habe, oder doch biß „ zu Ausführung dieses Processus der Wittwen „ die unentbehrliche Alimentation, weil ihr „ sonst keine Lebens-Mittel gelassen, sondern ihr „ alles, was ihr auch nach dem Testamente zu„ kommen sollen, bißhero vorenthalten worden, „ zu reichen, und ihr die Schuld-Bücher auszu„ händigen, auch ihr dazu von Obrigkeits-we„ gen zu verhelffen sey, zumahl die Schulden „ nicht als ein Legatum zu consideriren, son„ dern der Testator solche der Stieff-Tochter „ statt Bezahlung derer derselben noch schuldi„ gen 400 Rthr. und ferner davon von verschie„ denen Jahren her aufgeloffenen Interesse zu„ gedacht, Implorato desuper Nob. Dn. Jud. „ Officio &c.

Darauf von dem anderweit auf Absterben 7
des ersten constituirten Hochfürstin. Interesse Anwald eine Exceptions-Schrifft zu Fürstl. Commission übergeben worden, in deren er oppositis variis exceptionibus gebeten, ihn von unnöthiger Klage und deren annectirten petito cum refusione expensarum, damnorum & Interesse zu absolviren, hingegen Klägerin dahin anzuweisen, daß sie die Possession der Erb-Einsatzung ohne Turbation und Hinderung lasse ꝛc.
Auf welches hin Klägerin nach inständigst gebe- 8
tener und bereits zuerkandter, aber wieder ins stecken gerathener Abhör einiger Zeugen, ferner repliciret und Fürstl. Anwald dupliciret, mithin so wohl in der Testaments- als Alimentations-Sache, nach etlich in dieser besonders gewechselten Schrifften, beschlossen und submittirt, darauf zwar nachmals die Güte aber vergebens tentiret, deßwegen endlich die Acta irrotuliret, und anhero geschickt worden.

9 Als nun von uns hochgeneigt verlangt worden über diese gesammte Acta und was hinc inde darinn verhandelt, unsere beywohnende rechtliche Meinung imparteyisch zu eröffnen, auch solche mit genugsamen Rechts-Gründen zu bestärcken, und wir uns dessen so wenig ratione publicæ professionis, als insonderheit des gegen Ihro Hochfürstl. Durchl. tragenden unterthänigsten Respects- halber entbrechen sollen noch mögen, da wir zumal mehr denn genugsam versichert, daß Ihro Hochfürstl. Durchl. ledig nichts unbilliges begehren, sondern sich aus angeborner Mildfürstl. Clemenz Gn. erkläret, mit dem gn. vergnügt zu seyn, was Ihro die Rechte u. unpartheyische Gerichtl. Erkänntniß gebe, und zu- oder abspreche, noch sich als ein Recht und Gerechtigkeit liebender Preißwürdigster Fürst mit eines andern, zumal einer armen Wittwen Gut zu bereichern suchen, wann sie dazu nicht optimo maximo jure berechtiget seyn ; So haben wir in Collegialischer Versammlung die gantze Sach nach allen Umständen pünctlich examinirt, und genau erwogen, unsern theurbeschwornen Amts-Pflichten nach, mit Beyseitsetzung alles Neben-Respects, veritate ac justitia unice præ oculis habita, anders nicht erachten können, denn daß
„ super viribus seu validitate vel invali-
„ ditate Testamenti noch zur Zeit defi-
„ nitive nicht gesprochen, und Klägerin
„ petito nach dasselbe tam quoad heredis
„ institutionem, quam legata vor nichtig
„ und unkräfftig erkandt, dahero der insti-
„ tuirte Heres Klägerin und ihrer Toch-
„ ter die gantze Erb- und Verlassenschafft
„ sammt allen daraus gehobenen Nutzun-
„ gen zu restituiren in petitorio condem-
„ nirt, wohl aber in possessorio & puncto
„ alimentationis eine Urtheil dahin gege-
„ ben werden möge, daß Fürstl. Anwald
„ oder dessen hoher Hr. Principal bey der
„ arripirten Possession der Apotheck und
„ andern Holbruchischer Verlassenschafft
„ ex L. ult. c. de Edict. Div. Hadr. tollend.
„ mit Recht nicht manuteniret werden
„ könne, sondern die abgenommene Pos-
„ session der Officin und übriger Verlas-
„ senschafft Klägerin vor allen Dingen
„ mit den davon gehobenen Nutzungen zu
„ restituiren, und sie Klägerin biß zu
„ rechtl. Erörterung und Ausgang der
„ Testaments-Sache, und biß sie um das
„ Ihrige völlig befriediget, in solcher Pos-
„ session zu schützen sey, und indeß ihre
„ Alimenta von den hebenden Nutzungen
„ ihrem Stande gemäß zu nehmen und
„ zu heben befugt, die übrige aber gebühr-
„ rend zu conserviren und zu administri-
„ ren schuldig.

11 Denn ob es wohl möchte das Ansehen haben, ob könnte definitive super viribus testamenti wohl schon gesprochen, und dasselbe vor nichtig und unkräfftig erkandt werden, in Ansehung, der Testator solches, da er mit der Klägerin Tochtermann der Apotheck und andern des vätterlichen Erbs wegen an ihn gemachten Prætensionen halber, verfallen gewesen und mit ihm in Judicio litigiret, in der Persuasion aber gewesen, daß Klägerin es mit dem Tochtermann hielte, und ihm anhienge, deßwegen er ex odio das Testament aufgerichtet, also ihnen sämmtlichen wehe zu thun, und sich recht an ihnen zu rächen, Ihro Hochfürstl. Durchl. zu Erben instituirt, dergleichen testamentarische Disposition & Institutio Principis ex odio litis causa facta unkräfftig. 12

Nam Divus Pertinax Imperator oratione sua in Senatu habita, & Senatus Consulto approbata diserte expressit, non admissurum se hereditatem ejus, qui litis causa Principem reliquerit heredem,

§. ult. Inst. quib. mod. testam. infirm.

Ipseque (inquit de Pertinace loquens Jul. Capitolinus in Pertin.) professus est, nullius se aditurum hereditatem, quæ aut adulatione alicujus delata esset, aut lite perplexa, ut legitimi heredes & necessarii privarentur : addiditq; SCto hæc verba : Sanctius esse inopem Rempubl. obtinere, quam ad divitiarum cumulum per discriminum atque dedecorum vestigia pervenire. Atque inde legi, non debere cujusquam conditionem deteriorem fieri facto alieno, nec cuiquam objici duriorem aut potentiorem adversarium, se submisit, professus hoc amplius, se non admissurum hereditatem, quæ litis causa Principi delata esset, minus hic sibi permittens, quam cuiquam privato,

l. 8. §. 3. ff de alien. jud. mut. caus. fact.

quia invidiosum esse existimavit, Principem litis causa h. e. in re controversa & perplexa heredem institui, quo alii nomine Principis territi jus suum indefensum relinquant, ac nefas esse calumniæ facultatem ex Principali majestate capere.

l. pen. ff. de hered. instit. d. §. ult. Inst. quib. mod. testam. infirm. ibi Vinn. aliique Interpr.

Welches hier 2. um so mehr anzugeben scheinet, 13
weil das Testament auf solche Weise, wie es aufgerichtet, nicht bestehen kan, wohl erwogen Hr. Testator sich durch die den 7 Jan. 1686. und 10 Apr. 1689. mit der Stieff-Tochter getroffene Vergliche verbunden und obligirt, daß auf den Fall er vor ihr versterben sollte, sie in allwege, auch ob er gleich nach dem in des allmächtigen GOttes Handen stehenden unverhofften Todtes-Fall seiner Eheliebsten Frauen Julianä Dorotheä sich anderweit wieder verehelichen und aus anderer Ehe Kinder erzeugen würde, aus Ursach, weil keine völlige Grundtheilung getroffen worden, seine Erbin mit seyn, und einen Kindstheil von seiner Verlassenschafft zu gewarten haben sollte, welches Versprechen sie acceptirt, und also ein Jus quæsitum zu solch ihr versspro-

ſprochenem Kindstheil erlangt, welches ihro keines weges per Teſtamentum können genommen werden, in reiffer Erwegung, daß ſothane Vergliche nicht pacta mixta, per modum ultimæ voluntatis filiæ vel privignæ ſuperſtiti ſucceſſionem deferentia ſeyn, quæ hinc ab altero paciſcentium invito altero revocari aut per teſtamentum immutari potuerint, ſondern pacta ſimplicia per modum contractus inita ſeyen, quæ validum ac firmum jus inter contrahentes induxerunt, quod ab uno contrahentium ſine conſenſu alterius, cui jam jus quæſitum, revocari, aut per teſtamentum adimi, nullo modo potuit, wie ſolches gantz klar und deutlich zeigen die Worte des erſten Vergliches: **Als iſt die Abtheilung mit Zuziehung hierzu erbetener Beyſtände auf nachfolgende** conditiones, **Art und Weiſe verglichen ꝛc. und ſoll dieſelbe** NB. **unverbrüchlich gehalten werden, darwider dann keinen Theil weder einig geiſt- noch weltliches Recht ſchützen ſoll, ſondern es wollen** NB. **die** Contrahenten **allen rechtlichen** Beneficiis in genere, & in ſpecie læſioni ultra dimidium ſive enormi, dolo malo, fraudulentæ perſuaſioni, reſtitutioni in integrum, Scto Vellejano **und allen andern** Exceptionibus **kräfftigſt renunciret haben.** Und noch klärer zu erkennen geben ſequentia formalia des letztern Verglichs: **Als ſollen und wollen ſie dieſem allem und ſo mithin auch ermeldtem Verglich vom 7 Jan. 1686. welchen ſie hiemit jedoch unter erwehntem Zuſatz und Erleuterung nochmals aufs kräfftigſte beſtättiget haben wollen, in allen ſeinen Puncten und Clauſuln** NB. **ſteiff, feſt und unverbrüchlich nachkommen, welches ſie einander** NB. **mit Hand-gebender Treu zugeſagt und verſprochen. Des zu wahrer Urkundt iſt dieſer Neben-Receß alſo zu Papier gebracht, von allerſeits** Intereſſenten **benebenſt ihren** conſtituirten Curatoribus **und Beyſtänden** NB. in vim contractus **eigenhändig unterſchrieben und mit ihrem Pittſchafft bedruckt.**

Quæ ſane verba nulla ratione ultimæ voluntati ad ultimum uſque vitæ ſpiritum vel halitum quovis temporis momento revocabili, ſed tantum negotiis inter vivos & contractibus ſeu pactis in vim contractus valituris conveniunt,

arg. l. 20. de verb. ſignif.

14 In quibus hæc juris obtinet regula: Unum quodvis eo modo diſſolvi debere, quo colligatum eſt, nempe mutuo utriusque conſenſu, nec unum poſſe conſilium ſuum in præjudicium alterius mutare, cum quod ab initio voluntatis, id ex poſt facto neceſſitatis,

l. 17. §. 3. ff. commod. l. 5. C. de oblig. & act. §. 4. I. quib. mod. toll. oblig. l. 35. ff. de reg. jur. l. 3. l. 5. §. 1. ff. de reſcind. vend. l. 1. C. quand lic. ab empt. diſc.

Neque quod utriusque voluntate placuit, unius voluntate immutari poſſe

l. 58. ff. de pact. Berl. *p. 2. concl. 51. n. 25.* Carpzov. *p. 2. c. 43. d. 11.*

Weil nun alſo dieſe Vergliche vim irrevocabilis contractus ſeu transactionis haben, und des Teſtatoris Eliä Holbruchs Stieff-Tochter dadurch auf den Fall er Elias Holbruch vor ihr verſterben würde ein beſtändiges und unwiderruffliches Recht zu einer Kinds-Portion erworben, welches ihr auf keine Weiß und Wege wider ihren Willen benommen werden mögen:

Pactis ſucceſſoriis inter conjuges & liberos initis uſu & generali germaniæ conſuetudine in tantum firmatis, ut nullum ſuperſit dubium, quin exiſtente caſu mortis ſucceſſio ſecundum illa ſit determinanda, 15

Barthol. Muſculus *de ſucceſſ. convent. membr. 1. cl. 1. concl. 3. num. 58. & membr. 3. cl. 1. n. 43.* Hahn. *de jur. rer. cap. 9. & 10. per tot.* Gail. *2. O. 127. n. 1.* Weſenb. *vol. 2. Conſ. 71.* Mod. Piſtor. *vol. 1. Conſ. 8. q. 2.*

So kan das von ihm aufgerichtete Teſtament in ſo weit es der Stieff-Tochter an dieſer ihro in dem letzten Verglich verſprochenen Kinds-Portion præjudicirt, durchaus nicht beſtehen, ſondern bleibt ihr non obſtante teſtamento ejusque Declarationibus frey und bevor den in dem Verglich verſprochenen Kindstheil von ſeinem hinterlaſſenen eigenthumlichen Vermögen ohn einiges Widerſprechen zu erfordern, ungeachtet der in ſolchem Verglich dem Teſtatori expreſſe vorbehaltener Teſtamenti Faction, geſtalten 16
dieſe vorbehaltene facultas teſtandi unmöglich anders kan verſtanden werden, als wann das aufrichtende Teſtament nur dem Vergliche nicht zuwider gemacht, und wie der Wittib ihre Portio ſtatutaria, alſo der Stieff-Tochter der verſprochene Kindstheil, darinn frey gelaſſen, und nicht gemindert oder geſchmälert werde.

3.) Scheinet, daß das Teſtament ohn einiges 17
weiteres Bedencken definitive vor nichtig und unkräfftig auch erkandt werden möge, weil der Teſtator darinn de re aliena diſponirt, indem er Sereniſſimum Ducem ac Dominum ſuum zum Erben in der Hof-Apotheck inſtituirt, die doch nicht ſein eigen, maſſen bekandt, daß dieſelbe, nebſt der Officin zu Hilpershauſen, von der Klägerin erſten Mann, Georg Heimbrechten, vor 4000 Rthr. und 200 Rthr. in Kauff anno 1674. erkaufft, und von ſelbigem auf Klägerin und ihre Tochter erblich devolvirt worden.

Heredis autem inſtitutio in re aliena facta nullius eſt momenti,

arg. l. 120. de verb. ſignif. l. 13. C. de teſtam. ibi: de pecunia ſua &c. *l. 8. §. 3.* ibi: & de rebus alienis quodammodo teſtatur. *ff. de jur. codicill. Auth. ingreſſi. C. de SS. Eccleſ. l. fin. C. de hered.*

red. instit. Gras. *recept. sent. §. Institutio. qu. 23. n. 1.* ubi dicit hoc in casu perinde haberi, ac si aliquis institutus non esset. Gomez. *1. var. resol. c. 10. n. 16. seqq.* Mantz. *de testam. valid. & inval. tit. 6. q. 12. num. 8.* ubi hujus rei rationes adducit, & simul rationem diversitatis, quare res aliena legari possit, *juxta §. 4. Inst. de legat. l. 10. C. de legat.* & tamen in re aliena heres instituí nequeat, reddit, quia np. legatum respicit rem ipsam, quæ redimi & præstari queat, directa vero heredis institutio respiciat personam heredis & quandam à jure inductam repræsentationem defuncti, quæ nullo modo possit redimi, nec æstimari nec pretio quæri.

18 Jedennoch so ist 4.) dagegen zu consideriren, daß in dem anno 1686. aufgerichteten Vergleichs-Recess die Apotheck und Hauß um 3000 Rthr. angeschlagen und dem Testatori der Tochter daran habende Helffte pro 1500 Rthr. käufflich überlassen worden, dergestalten, daß er ihro 500 Rthr. gleich baar bezahlen, die übrigen 1000 Rthr. auf drey Fristen bezahlen sollte, also er die Helffte der Apotheck und Hauses eigenthumlich titulo emptionis venditionis & exinde facta traditione, fide de reliquo non statim soluto pretio habita, rechtmäßig erworben, folglich davon als de re propria wohl disponiren und valide testiren können, ob er gleich noch der Tochter von solchem determinirten Pretio 400 Rthlr. schuldig wäre, wie von Klägerin prætendirt wird, denn sothane Obligation facultatem testandi nicht impedirt, sondern allein actionem venditi ad petendum residuum pretii würcket, und der Tochter giebet.

Hat demnach 5.) der Testator Elias Holbruch in diesem seinem halben Theil der Apotheck, so er von der Tochter gekaufft, atque ita
19 justo titulo acquirirt, und pleno jure vor eigen possedirt, wann er gewollt, und also auch Ihro Durchl. Hertzog Albrechten, als seinen Gnäd. Lands-Fürsten und Herren, pro libero suo arbitrio zum Erben wohl instituiren können.

Cum non solum leges nostræ civiles, sed & ipsum Jus naturæ omniumque cultiorum gentium instituta & mores, nil magis moribundis deberi statuant ac velint, quam ut supremæ voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, de rebus suis pleno jure possessis, quarum liberi hactenus fuere moderatores & arbitri, & adhucdum sunt eo temporis articulo, quo ultimam animi sui sententiam de eo, quod post mortem suam fieri velint, declarant, per omnia liber sit stylus, ratumque & inviolabiliter ac sancte servandum, quod iterum non redit de iis expositum arbitrium,

l. 1. C. de SS. Eccl. l. 1. ff. qui test. fac. poss.

ac integrum cuique sit, demereri sibi ab aliis exhibita officia, compensare in se collata beneficia, dignari heredis titulo, quos sincera affectione complectitur, & id de se meruisse putat, uno verbo, liceat cuilibet de suis disponere prout vult, & heredem scribere in quem mentis suæ tendit inclinatio, modo non incapax sit hereditatis,

§. 4. Inst. de hered. qualit. & differ. j. pr. & §. ult. Inst. de hered. instit. Manz. *de testam. val. & invalid. tit. 6. q. 7. n. 1.*

qualis utique non est Princeps, sed hic omnino licite heres instituí potest,

Manz. *d. t. 6. q. 7. n. 34. per l. 16. C. de test.*

modo non litis causa instituatur, & de hac 20
intentione testatoris manifeste appareat,

§. ult. Inst. quib. mod. test. infirm. l. pen. ff. de hered. inst. l. fin. qui testam. fac. poss. Manz. *d. l. n. 36.*

quod an hic eo fine factum sit, nondum plene constat.

Und obwohl 6.) in denen ao. 1686. und 1689. 21
getroffenen Verglichen zwischen dem Testatore Elias Holbruchen und dessen Stieff-Tochter paciscirt worden, daß die Stieff-Tochter in allwege seine Erbin mit seyn und einen Kindstheil von seiner Verlassenschafft zu gewarten haben sollte, dieser versprochene Kindstheil ihro auch deßwegen nothwendig werden muß, und propter jus quæsitum ihro nicht hat per Testamentum be-
nommen werden mögen, juxta superius dedu- 22
cta, deßgleichen er seiner Frauen die portionem statutariam nicht nehmen, schwächen, noch mindern können,

cum communiori & frequentiori Dd. calculo probata sententia sit, quod conjux conjugi superstiti ex bonis defuncti vigore statuti vel consuetudinis debitam portionem nec per testamentum, nec inter vivos aufferre vel minuere possit, nec ullo modo eidem in illa præjudicare, vel eundem in ista gravare queat, sed quicquid ad obtinendum finem istum agatur vel in ultimo elogio scribatur pro nullo vel non scripto habeatur, nisi justa adsit causa, ob quam superstes conjux portione sibi ex statuto vel consuetudine debita privari mereatur, pro qua sententia sexcentos cumulat

Berlich. *p. 3. concl. 9. n. 3. 4.* add. Carpz. *p. 3. c. 7. d. 1. seqq.* ubi Esbach recentiores consentientes addit, ex quibus imprimis vid. Mev. *ad J. L. lib. 2. tit. 1. art. 8. n. 46. seqq.* Cothm. *vol. 2.* R. *74. n. 59. seq.* Heeser. *de commun. bon. part. 2. loc. 16. n. 79. seqq.* B. D. Bardili *Disp. de portione statut. th. 41.* & B. Antecessores nostri apud Besold. *p. 2. Cons. 56. n. 12. seqq.*

So ist doch nichts desto weniger ihm Eliä Holbruchen die testamenti factio quoad reliquum suum patrimonium, davon nach Belieben zu disponiren, frey geblieben, kan also ex hac causa nicht das gantze Testament null und nichtig zu seyn, erkandt werden, sondern es muß von seinem eigenthumlichen Vermögen der Stieff-Tochter 23
Kindstheil und seiner hinterlassenen Wittwen Portio statutaria vor allen abgezogen werden, weil er darinn zu ihrem Præjudiz nicht disponiren oder testiren können, so weniger als sie dessen expresse versichert durch den erstern Verglich,

welcher

welcher zwar an ſich nicht gültig geweſen, wann er nicht durch den letztern wäre durchaus in allen Puncten wäre confirmiret worden, in dem übrigen beſtehet das Teſtament und behält ſeinen vigorem.

Gleicher Geſtalt, ob er wohl 7.) von der gantzen Apotheck in ſeinem aufgerichteten Teſtament diſponirt, die doch nicht völlig, ſondern nur halb-
24 theilig ſein geweſen; (geſtalten ihm in dem Verglich de Ao. 1686. nur der Tochter halbe Theil, ſo ſie vom Vater geerbet, nicht aber der Wittwen Helffte verkaufft, maſſen obwohl in dem Receß die gantze Apotheck um 2000 Rthr. angeſchlagen, welches zu dem Ende geſchehen müſſen, damit man das Pretium der Tochter dran habenden und ihm zu kauffen gebenden Helffte anſetzen können, ſo iſt doch darinn kein einiges Jota davon enthalten, daß der Wittwen halber Theil ihm gleichmäßig verkaufft ſeyn ſollte, auch daher keine Termine zu Bezahlung des Pretii conſtituirt, weniger mit einigem Buchſtaben der gleich baar ihro beſchehenen Bezahlung gedacht. Und mag nicht erachtet werden, daß ſolches der Urſach nicht nöthig geweſen, weil der Teſtator weit mehr, als die Helffte des Pretii iſt, auf die Apotheck zur Fürſtl. Cammer und Martin Haymen zu Suhl bezahlet, denn er ſolches nicht von dem Seinigen, ſondern von dem erlößten Pretio aus der verkaufften Apotheck zu Hilpershauſen, und auf dem Steinweg, ſo dann von dem Ertrage der Hof-Apotheck gethan, derowegen ſolches durchaus nicht pro pretio vor der Wittib Antheil gerechnet werden kan, ſondern wann ihre Helffte ſollte und könnte vor verkaufft gehalten werden, müßte die Bezahlung des Pretii anderweit zu rechtlicher Gebühr gegenſeits erwieſen werden,) ſo iſt doch deßwegen nicht das gantze Teſtament nichtig und ungültig, ſondern nur in
25 ſo weit, als er von der Wittwen Helffte ceu de re aliena teſtirt, in ſo weit er aber von ſeinem à Privigna erkaufften Theil diſponirt, iſt das Teſtament kräfftig, per tradita

JCt. Argent. *vol. 1. Conſ. 65. n. 6.*

26 Wofern 8.) nicht die Wittib klärer darthut, daß der Teſtator Principem tantum litis cauſa & maligno potentiorem ipſis adverſarium objiciendi animo heredem inſtituirt, wie es faſt will das Anſehen haben, oder durch eydliche Abhör der vorgeſchlagenen Zeugen rechtlich erweiſet, daß der Teſtator ſeel. den Hrn. Gottſchalcken zu Tit. Hrn. Präſidenten Rößler geſchickt, das Teſtament, ſo er im Zorn zu Præjudiz ſeiner itzigen Wittib und Stieff-Tochter gemacht und hinterlegt, wieder zu hohlen, weil er nicht ruhig ſterben könnte, biß er es caſſiret, ſolches ihm aber nicht wollen geſchickt werden, ſondern ergangen, wie pag. Act. 190. b. referirt, welches die Wittib zu probiren getrauet und übernommen, deßwegen bereits vor eingegebener Exception-Schrifft und eventual-litis conteſtation einige benandte Zeugen ad perpetuam rei memoriam zu examiniren gebeten weil ſie es aber nicht erhalten nach eingereichter Exceptions-Schrifft und darinn eventualiter beſchehenen litis conteſtation um deroſelben und noch weiter dazu benandten Magd im Hauß Abhör über die eingegebene Articulos ferner inſtändigſt angehalten, darinnen ihro auch in tantum willfahrt und Herr Gottſchalck abgehört werden wollen, doch aber hernach unterblieben; Es wird aber derſelben ſolches keines weges ſalvo jure denegiret werden können, ſondern alle vorgeſchlagene Zeugen rechtlicher Ordnung nach über die übergebene Articul. und von Fürſtl. Anwalden darüber formirende Interrogatoria verhöret werden müſſen, deren dawider eingewandten Exceptionum ungeachtet, weil es itzo lite conteſtata nicht mehr pro extraordinaria ad perpetuam rei memoriam, ſondern pro ordinaria probatione anzuſehen.

Lite enim conteſtata probationibus ordinariis in cauſa principali viam aperiri in vulgus notum eſt,

c. 5. & tot. tit. x. ut lit. non conteſt. non proced. ad teſt. recept. Bocer. *cl. 5. D. 20. th. 48.* Mev. *p. 6. dec. 382. n. 1.*

nec ad excluſionem à probatione facile de- 27
nunciandum, quippe cujus maximus in Jure eſt favor,

l. 2. ſeq. ff. de interr. in jur. fac. l. 22. ff. de teſtib.

ut judex illam magis adjuvare quam coarctare debeat, quo veritas in lucem veniat.

l. ult. de probat.

Derowegen dann damit die Wittib ja nicht Ur- 28
ſach habe ſich über die verweigerte Admiſſion zur Beweiſung zu beſchwehren, wie ihro dieſelbe in der abgefaßten Urthel zuerkandt. Wird alſo biß nach vollführter und utrinque diſputirter Beweiſung die definitiva ſuper validitate vel invaliditate teſtamenti ratione deſſen, worüber er zu diſponiren befugt geweſen, ausgeſetzet werden müſſen. Denn nachdem der Beweiß ausfällt, wird auch die Urthel ſuper viribus teſtamenti ausfallen, daß ſolches entweder gäntzlich unkräfftig, wann nemlich die Wittib probirte, was ſie zu erweiſen ſich unternimmt.

quia ut teſtamentum, quod quis vi metuque 29
coactus aut importunis ſollicitationibus aut falſis perſuaſionibus inductus condidit, ipſo jure nullum & invalidum,

arg. l. 1. C. de SS. Eccleſ. l. 20. §. fin. ff. qui teſtam. fac. poſſ. l. 32. pr. de hered. inſtit. l. 1. ſi quis aliq. teſt. prohib. vel coeg. Carpz. *p. 3. c. 5. d. 7. 8. 9.* Sichard. *ad tit. C. ſi quis aliq. teſt. prohib.* Brunn. *ad l. 1. 2. C. & ad l. ult. ff. d. t.* Manz. *de teſtam. val. vel inval. tit. 3. qu. 1. n. 11. ſeqq. & q. 4.*

Sic idem dicendum de eo teſtamento, quod 30
quis tollere vel corrumpere voluit, ſed id facere prohibitus aut omittere importunis ſollicitationibus impulſus ac perſuaſus fuerit.

Brunnem. *ad l. 1. ff. si quis aliq. test. prob. vel coeg.*

oder nur in so weit als es über der Wittib Helffte, die sie an der Apotheck von ihrem seel. ersten Mann ererbet und eigenthumlich unverkaufft behalten, gemacht, und ihr an ihren andern dem Testatori zugebrachten Illatis oder Portione Statutaria, deßgleichen der Stieff-Tochter an ihrem durch die Vergliche gegebenen und per testamentum unwiderrufflichen Kindstheil præjudicirlich. Und biß dahin muß auch der Legatariorum Forderung ausgesetzt bleiben, dann sich alsdann zeigen wird, ob sie ihre Legata bekommen können oder nicht.

31 Indessen aber ist 9.) ex iis, quæ hactenus super possess. vi remedii L. ult. C. de Edict. Div. Hadr. toll. ab omni turbatione quieta conservanda & confirmanda vel restituenda, utrinque acta & disputata, dermahlen super hoc puncto zu pronunciren, da wir gäntzlich der rechtlichen Meynung seyn, daß Fürstl. Herr Anwald oder dessen Herr Principalis vi d. l. un. in der ergriffenen Possession keines weges mit Fug Rechtens kan confirmirt oder manutenirt werden, sondern solche der klagenden Wittib vor allen Dingen zu restituiren, und sie bey selbiger, biß sie ihre Satisfaction ratione illatorum & portionis statutariæ erlangt, zu schützen und von den hebenden Nutzungen ihre Alimenta so wohl ratione præteriti quam futuri temporis zu nehmen befugt. In reiffer Erwegung, daß ad hoc, ut locus sit remedio & beneficio
32 *L. ult. C. de Edict. D. Hadr. tollend.* aut missioni in possessionem vi illius faciendæ vel confirmationi possessionis ante apprehensæ erfordert werde

1.) Ut beneficio illius fruiturus sit heres in testamento ex asse vel ex parte hereditaria institutus, aut etiam in re certa non dato coherede scriptus. 2.) Testamento exhibito probet se esse heredem institutum, & 3.) ut quidem testamentum illud non sit cancellatum, neque abolitum, neque ex ulla suæ formæ parte vitiatum, ita, ut vitium ex primo aspectu cognosci & visu vel oculis deprehendi possit. Quando enim adest vitium tale visibile in testamento, illud missionem in possessionem bonorum defuncti impedit, facitque ut heres ad ordinarium Processum sit remittendus. 4.) Ut possessio rerum hereditariarum, quæ testatoris mortis tempore fuerunt, in quam quis vi illius mitti desiderat, sit vacans & nullus extet contradictor legitimus. 5.) Ut mors testatoris probetur, si de illa haud constet. 6.) ut omnia hæc expediantur coram Judice competente, qui ut officium suum impertiatur implorandus, quemadmodum requisita hæc adducit & ex verbis ipsis L. ult. C. de Edict. D. Hadr. toll. probat.

Richter. *ad d. l. ult. n. 39. & seqq.*

33 Wann wir nun diese Jura und Requisita ad casum præsentem appliciren, so ergibt sich, daß das dritte und vierte Haupt-Requisitum in gegenwärtigem Fall abgehet. Denn pro primo wird pro vitio testamenti visibili & evidenti gehalten, wann einer testirt hat von Gütern, davon er entweder Jure communi 34
oder Statutario vel consuetudinario zu testiren nicht befugt gewesen.

Richter. *ad d. l. ult. num. 184. seqq. ubi id adductis aliquot præjudiciis confirmat.* Cothmannus *vol. 3. Cons. 49. num. 123. & vol. 5. Cons. 4. num. 366.*

Nun hat hier der Testator den Durchl. Erben in der völligen Apotheck instituirt, die doch per superius dicta ihm nur halb zugehört, die andere Helffte aber ist der hinterlassenen Wittiben annoch eigen, deßwegen er de Jure communi von dieser ihrer Helffte nicht disponiren, noch darinn jemand zum Erben instituiren können,

cum certi & explorati Juris sit, heredis in- 35
stitutionem non posse in re aliena, sed tantum in re propria, nec in communi ultra eam partem, quam quis in illa habet, fieri.

per jura superius adducta.

Ferner hat der Testator hier offenbahr zu præjudiz seiner hinterlassenen Wittiben von ihrer Portione statutaria disponirt, und dieselbe ihro absque legitima causa (quantum ex Actis hactenus apparet) geschwächt und gemindert, wo nicht ratione quantitatis, doch wenigst in dem, daß er sie ihro in ungewissen Schulden assignirt, das gewisse nebenst dem Ihrigen aber anderwärts vermacht, welches nicht erlaubt, noch zugelassen ist,

pro superius firmata.

Adeo enim conjugibus sibi invicem portio- 36
nem statutariam deminuendi facultas interdicta est, ut etiamsi à prædefuncto, qui superstiti minus reliquit, adjecta sit clausula, quod non debeat aut possit plus petere, quam ipsi in testamento relictum est, illa tamen nihil operetur, sed quicquid vel directo vel per indirectum, vel inter vivos vel in ultima voluntate, ad illam minuendam quacunque ratione factum fuerit, pro nullo judicetur, imo etsi superstes conjux prædefuncti dispositioni acquieverit, ex opinione, quod bona à defuncto legitime sint taxata & divisa, deinde vero reperiat se deceptum, nihilominus denuo æstimationem Judicis & Supplementum portionis statutariæ, non obstante etiam conventione, petere possit,

Mev. *ad Jus Lubec. l. 2. tit. 1. art. 8. num. 48. seq.* Berlichius *p. 3. concl. 9. num. 30.* Carpzov. *p. 3. c. 7. d. 10. 11.*

3. Hat

37 3.) Hat er ebenmäßig zu groſſem Nachtheil der Stieff-Tochter von dem ihro verheiſſenen und verſchriebenen Kindstheil diſponirt, dazu ſie per Tanſactionem & Pactum cum ipſo initum bereits ein Jus quæſitum erlangt, ſo ihr per diſpoſitionem teſtamentariam keines weges mehr hat benommen werden können, vi juris conſuetudinarii, quo ejusmodi Pacta inter Parentes, liberos & Conjuges de futura ſucceſſione inita recepta & approbata ſunt in tantum, ut ſi in vim contractus inita irrevocabilia ſint & ſubſiſtant, nec parti uni altera parte invita ab iis recedere liceat.

per ſuperius deducta.

38 Pro ſecundo iſt unſtrittigen Rechtens,

quod immiſſio in poſſeſſionem bon. defuncti ex beneficio *L. ult. C. de Edict. D. Hadr. toll.* impediatur quoque per vitium non quidem ſtatim in oculos incurrens, quod tamen in continenti probari poteſt

per Sichardum, Menochium, Hunnium & ab his iterum allegatos Richter *ad d. l. ult. n. 225.*

e. gr. ſi quis de Jure dominii ſui in continenti h. e. intra terminum executioni præfixum, qui de Jure Saxon. eſt ſex ſeptimanarum & 3. dierum, docere poſſit, hoc ipſo enim impedit, ne ſcriptus heres *ex d. l. ult.* in poſſeſſionem immittatur ſed ordinario judicio agere cogatur

Bb. Anteceſſores ap. Beſold. *p. 2. Conſ. 56. n. 68.* ibique allegati. Richter. *d. l. cit. n. 225. & 260.*

Nun kan die hinterlaſſene Wittib gar leicht in continenti das Jus dominii in der Helffte der Apotheck probiren, ja es iſt ſolches kund und offenbar, daß es keines Beweiſes ihrer ſeits gebraucht, ſondern das contrarium vom Gegentheil muß erwieſen werden, dadurch denn die immiſſion in poſſeſs. ex *d. l. ult.* verhindert wird, daß ſolche nullo modo ſtatt finden kan.

39 Drittens findet dieſelbe auch nicht anders ſtatt, als wann die poſſeſſio vacans und kein legitimus contradictor vorhanden iſt.

Exiſtente enim legitimo contradictore, utriusque jura examinari & tam miſſionis in poſſeſſionem quam ſubſecutæ contradictionis cauſæ ventilari debent, ita, ut poſtmodum illæ poſſeſſionem obtineat & acquirat, qui potiora jura oſtenderit

per expreſſum tx. d. l. ult.

40 Pro legitimo contradictore autem habetur, qui jam ante poſſidet & titulum ſuæ poſſeſſionis allegat

Richter. *ad d. l. n. 253.* ibique allegati, inprimis Menoch. *de remed. adip. poſſ. 4. n. 565. ubi ait,* quod ſi contradictor poſſideat & allegat titulum, eo ipſo ſummariam hujus cauſæ cognitionem impediat, plenumque jus habeat & propterea de eo plene cognoſcendum ſit.

Ita ab inteſtato ſucceſſuri vel ſtatuto aut pacto moribus valido & irrevocabili ad ſucceſſionem vocati ſi ſint in poſſeſſione legitimi, cenſentur contradictores ac proinde petitam immiſſionem in poſſeſſionem bonorum impedire poſſunt, econtra heredes in teſtamento ſcripti ad ordinarium remittendi ſunt Proceſſum

cum Menoch. *d. l. n. 463. & 478.* Richter. *d. l. n. 255.* ubi id præjud. JCtorum Jenenſium confirmat, *ſubjiciens,* quod quia Conjuges de Jure Saxon. omnia bona inter ſe communia habeant & pro indiviſo poſſidere dicantur, poſt mortem mariti vidua bonorum iſtorum poſſeſſionem jure continuare & eadem detinere poſſit, donec ipſi de dote ſua fuerit ſatisfactum, imò non ſolùm pro dote, ſed etiam pro paraphernalibus, & quæ ipſi Statutario jure debentur, jure retentionis bonis mariti eo usque inſiſtere queat, nec ex illorum poſſeſſione antea excedere cogatur. Et propterea Vidua hoc ſuo jure rectè utatur contra heredem ſcritum ad ſuſpendendam & impediendam immiſſionem *ex d. l. ult.* donec ipſi plene de omnibus ſatisfactum, quod rurſus præjudicio confirmat. Et in ſimili idem probarunt B. Anteceſſores noſtri apud Beſold. *d. Conſ. 56. n. 60. 62.* add. B. D. Lauterbach *Diſp. de Retentione. th. 10. 11.*

Daher dann ad caſum præſentem zu inferiren 41
kein ander Schluß, ſalvo jure & juſtitia, gemacht werden kan, als daß die Holbruchtſche Wittib ſo mit ihrem ſeel. Mann die vorhandene Güter in communi beſeſſen, deren mit Recht nicht entſetzt werden können, ſondern bey deren Poſſeſſion geſchützt werden ſollen, biß ſie wegen ihrer allatorum und portionis Statutariæ völlig befriediget, und hat ob legitimam illius contradictionem die immiſſio in poſſeſſionem bonorum defuncti mariti dem heredi in teſtamento illius ſcripto nicht angedeyen mögen.

Hat aber die immiſſio in poſſeſſionem vi *d. l. ult.* ex adductis cauſis nicht geſchehen können und Platz gefunden, ſo kan 4.) auch Anwald des Durchl. in teſtamento inſtituirten Erben in der jetzo habenden und erlangten Poſſeſſion nicht confirmirt werden, denn obwohl in theſi richtig quod *d. l.* remedium detur etiam heredi, qui jam tum eſt in poſſeſſione, ut in eadem confirmetur

Roland. à Valle *vol. 3. Conſ. 2. n. 7.* Menoch. *d. rem. 4. n. 350.* Richter. *ad d. l. ult. n. 104.*

So gehet doch ſolches anders nicht an, als wann 1.) oberzehlte requiſita ſich durchaus richtig befinden und daran kein Mangel erſcheinet, gleichwie wann einer ſuchet in die Poſſeſſion der Erbgütter immittirt zu werden, denn wie ohn dieſelbe die immiſſio in poſſeſſionem bon. defuncti vi *d. l. ult.* nicht geſchiehet, alſo kan auch ohn ſolche

solche die confirmatio in possessione jam ante apprehensa rerum hereditariarum vi *ejusd. l. ult.* nicht erfolgen, quia immissio in possess. rerum hereditariarum vi *d. l. ult.* facienda, & confirmatio in jam apprehensa possess. earundem rerum hered. vigore *istius l. ult.* obtinenda ad paria judicantur.

Zumahlen kan 2.) der heres in testamento institutus nicht anders vi *d. l. ult.* in der vorhin erlangten possession confirmirt werden, als si possessio illa heredis in qua vult confirmari sit justa & non vitiosa, veluti id ita recte declarat

Menoch. *remed. possess. adip. 4. n. 362.*

Wir können aber in nostra hypothesi die ergriffene possession nicht pro justa halten, argumento eorum, quæ tradit

42 Carpzov. *lib. 4. Resp. 19. n. 5. seqq.* ubi pluribus firmat, quod quia uxor vivente adhuc marito quasi communem usum & possessionem omnium bonorum ejus, saltem jure familiaritatis, habuit

l. 40. de acq. possess.

idque inprimis de Jure Saxon. obtineat, quo maritus & uxor omnia bona inter se communiter & pro indiviso possideant, illa compossessio, marito mortuo, viduæ ad id omnino, adversus heredes extraneos maximè, proficiat, ut donec ipsa dotem, aliaque illata, & quæ ei vi Statuti debentur, receperit, possessionem bonorum, in qua illa obitûs tempore adhuc constituta fuit, occupare aut illorum administrationem suscipere nequeant, quin etsi vidua ab heredibus mariti post illius obitum, antequam illi satisfecerint, ex possessione legitima dejecta fuerit, vel blandis sermonibus, sub spe paratissimæ satisfactionis seducta discesserit, ipsa ante omnia tanquam spoliata restitui debeat, id quod duobus præjudiciis comprobat. Et consimiliter Mulieri cuidam Butstadiensi Jenenses respondisse testatur Collegii Jurid. in Acad. Jen. Ordinar. & Professor quondam primarius Matth. Colerus *de Process. Execut. p. 1. cap. 2. n. 222. & seqq.* Confer. laud. Carpzov. *p. 2. c. 25. d. 8. ubi duo alia præjudicia. & in tract. de Jur. fœmin. singul. dec. 9. posit. 10. n. 7.* itemque Mev. *ad Jus Lub. l. 1. l. 5. art. 13. n. 9. seqq. & l. 2. tit. 2. art. 27. n. 46.* ubi tradit, quod nec mariti heredibus respondere teneatur, antequam restituta sit, quod itidem præjudicio confirmat. Berlich. *p. 2. concl. 32. n. 4.* Hartm. Pistor. *Obs. 107.*

Deme nach wir, baßverständiger Meynung unvorgreifflich, anders nicht erachten können, als daß klagender Wittib die possession ihres Manns seel. Verlassenschafft, neben den daraus gehobenen Nutzungen, vor allen Dingen zu restituiren, und sie bey selbiger biß zu Ausgang und Erörterung der Haupt- und Testaments-Sache, so dann biß sie wegen des ihren und was ihr entweder de Jure Statutario Coburgensi, oder wann dergleichen nicht seyn sollte, de Jure Saxonico Communi, de quo vid.

Neuenhahn *de Jure viduitatis membr. 2. sect. 17. lit. C. pag. 169.*

gebühret, vollkommen vergnügt, zu schützen sey.

Welchem alsdenn 10.) auf dem Fusse folgt daß ihro von Zeit des Manns Tode biß zu ihrer Vergnügung aus dem hinterlassenen Vermögen die nöthige alimenta, darunter die sumptus litis mit begriffen 43

arg. traditorum à Brunnemanno *ad l. 27. §. 3. ff. de inoff. testam.* Mev. *p. 4. dec. 194.* Carpz. *p. 3. dec. 242. n. 33.*

gebühren, so sie also aus den bisher gehobenen und künfftig hebenden Nutzungen ad necessitatem & indigentiam, tam præteriti quam futuri temporis ratione, zu nehmen berechtiget.

per tradita Coleri *d. cap. 2. n. 224. seqq.* Carpz. *p. 2. c. 25. d. 12.* Berlich. *d. concl. 32. n. 21.* Mevii *d. art. 13. n. 45. seqq.* B. D. Lauterbach. *Diss. de Retentione. th. 28.*

Wird solchem allem nach dermahlen in gegenwärtiger Sach nachstehende Urtheil, die wir den Rechten, und den bisher verhandelten Actis gemäß zu seyn erachten, auch im Fall obhabenden Richterlichen Amts selbst zu publiciren kein Bedencken tragen wollten, wann nicht etwan die Sache noch durch güttlichen Verglich gehoben werden sollte, zu publiciren seyn.

Urtheil.

IN Sachen Rechtens sich haltend 44
zwischen Juliana Dorothea weyl. Elia Holbruchs gewesenen Hof-Apotheckers hinterlassenen Wittib mit ihrem Gerichtl. constituirten Kriegs-Vogt, Klägerin eins, entgegen und wider Marcum Anton. Heberern J.U.D. Hochfürstl. Regierung Advocatum Ordinarium und Stadt-Syndicum als Hochfürstl. Interesse Anwalden Beklagten andern Theils wird Krafft obhabender Hochfürstlichen Commission auf erhobene Klag, darauf gethane Antwort, und all ander Gerichtliches Fürbringen, auf eingeholten Rath auswärtiger unpartheyischer Rechts-Gelehrten, mit Urtheil zu Recht erkannt, daß klagender Wittib die abgenommene Possession ihres seel. Manns Verlassenschafft mit denen daraus gehobenen Nutzungen vor allen Dingen zu restituiren,

und

und sie dabey biß zu Erörterung der Haupt-Sach und erlangter Vergnügung wegen des Ihrigen zu schützen. Inmassen wir denn des Hochfürstl. Interesse Anwalden condemniren Ihro die abgenommene Possession ihres seel. Manns Verlassenschafft mit den gehobenen Nutzungen zu restituiren, welche sie biß zum Ausgang der Sache und ihrer vollkommenen Vergnügung behält, und von den Nutzungen ihre nöthige Alimenta zu nehmen, das Ubrige aber fleissig aufzuheben und zu administriren schuldig seyn solle. Zu Beförderung aber der Haupt-Sach solle Klägerin, was sie zum Vorstand ihres Rechten mit Zeugen oder sonst zu erweisen getrauet, inner Sächsischer Frist, so ihr hiemit pro termino angesetzt wird, beyzubringen gehalten und verbunden seyn.

Welches auf großg. Befehl zu Rechtlicher Nachricht wir salvo cujusvis melius sentientis judicio, unsern Pflichten gemäß gehorsamst nicht verhalten sollen. Actum in Collegio nostro den 27. Novembr. 1696.

CONSILIUM LVIII.

DE

Usuris ultra sortem non solvendis.

SUMMARIA.

1. *Præmittitur sententia.*
2. *Rationes decidendi.*
3. *Usuræ ultra sortem solutæ, in sortem imputantur aut indebiti condictione repetuntur.*
4. *Et hoc non solum in mutuo sed & in reliquis contractibus, in quibus usuræ ex mora debentur, obtinet.*
5. & 6. *Multis tamen in locis ex consuetudine Legibus Juris Civ. consentanea, contrarium observatur: Usuras sc. non solutas sortem non superare posse, annuatim vero solutas, quamvis semel sortem aquaverint, sorti tamen postea non imputari.*
7. *Ut in Frisia: teste Joh. a Sande.*
8. *Et Ducatu Brunsvicensi & Lüneburgico teste Hahnio.*
9. *Verum enim vero post rem judicatam cursus usurarum ultra duplum vel alterum tantum admittitur.*

Urtheil.

1 IN Supplications-Sachen Johann Ludolff von Berckhausen Klägern und Supplicanten eines, entgegen und wider weyland Rittmeister Hoickens Wittwen Erben Beklagten und Supplicaten andern Theils puncto liquidationis erkennen und sprechen wir Chur-Fürstl. Braunschweig-Lüneburgische verordnete Vice-Cantzler und Räthe, auf eingeholten Rath auswärtiger unpartheyischen Rechtsgelehrten, vor recht, daß es, ungehindert der interponirten Supplication, und eingewandten Gravaminum, bey der den 14. Novembr. Ao. 1695. publicirten Urtheil, und darinn approbirten Liquidation, durchaus sein Verbleiben habe, und dieselbe gäntzlich zu confirmiren und zu bestättigen sey, inmassen wir selbige hiermit confirmiren und bestättigen.

Daß diese Urtheil den Rechten und denen uns zugeschickten Actis gemäß, bekennen wir Decanus und andere Doctores der Juristen-Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Würtemb. Universität Tübingen in Urkund unserer Facultät gewöhnlichen grossen Insiegels. Actum in Collegio den 3. Februar. 1697.

RATIONES DECIDENDI.

2 DIe Ursachen, so Uns zu Abfassung der Urtheil in Sachen Johann Ludolff von Berckhausen Klägern eines wider weyland Rittmeister Hoicken nachgelassene Erben bekl. andern Theils, dadurch die den 14. Nov. 1695. publicirte Liquidations-Urtheil durchaus confirmirt wird, bewogen, bestehen kürtzlich darinn.

Daß, ob wohl sonst, den gemeinen Käyserl. beschriebenen Rechten nach, der cursus usurarum sistirt wird, wann sie ad alterum tantum gekommen, und sortem exæquiren,

in tantum, ut si ultra sortem solutæ fuerint, 3
in sortem imputentur, aut indebiti condictione repetantur

l. 26. §. 1. ff. de condict. indebiti. l. 9. ff. l. 27. §. 1. C. de usur. Carpzov. *p. 2. c. 30. d. 27.* Franzk. *l. 2. Resol. 10. n. 17.* Richter. *dec. 74. n. 86. seqq.* Tabor *tr. de altero tanto. part. 2. art. 7. per tot.*

Idque procedat, etiamsi singulis annis solutæ fuerint, nam ut usuras particulariter singulis annis solutas in alterum tantum computari, sortemque excedere non posse nec debere, minus dubii habet de Jure Civili ob claram dispositionem

in Nov. 121. c. 1. & 2. Nov. 138.

per quas Novellas Rescriptum Antonini Caracallæ, quod extat

in l. 10. C. de usur.

abrogatum est, ne usuris annuatim solutis in alterum tantum haud computatis, sed tantùm tempore exactionis adhuc debitis & residuis in ejus computationem venientibus, melioris conditionis esset rigidus & acerbus usurarum exactor creditor, quam benignus & humanus dilator, & rursus ex contrario deterioris conditionis esset diligens in solvendis usuris debitor fidem ac promissionem servans, quam tardus & morator vel frustrator, contra

l. 33. ff. de usur. l. 8. ff. de compensat.

4 Et hoc, quod nempe usuræ ultra duplum, cui simplum inest, seu ultra alterum tantum exigi nequeant, porrò non solùm in mutuo, verum etiam in reliquis contractibus, in quibus usuræ ex mora debentur, omnino obtineat, uti probant & præjudiciis confirmant

Brunnem. *ad l. 27. C. de usur.* Carpzov. *Pr. Crim. p. 2. q. 92. n. 48. & p. 2. c. 3. d. 26.* Richter. *d. dec. 74. n. 85.*

Und daher es das Ansehen haben möchte, ob wäre Klägers und Supplicanten intention fundirt, da er seine Liquidation also einrichtet daß weil Beklagten und Supplicanten in der Anno 1642. publicirten Urtheil das Capital, und an Zinsen das alterum tantum, zuerkannt worden, so beedes zusammen 555. Rthl. 20. Gr. austrage, und sie darauf Ao. 1656. baar auf einmal 100. Rthl. empfangen, so dann von Ao. 1660. biß 1695. aus den inngehabten 4. Buden und drey Wieß-Placken, deductis deducendis, an Miet-Geld 451. Rthl. 26. Gr. gehoben, so in allem 551. Rthl. 26. Gr. thue, so sey er Kl. und Supplicant weiter nicht als 3. Rthl. 30. Gr. noch zu entrichten schuldig, und könne er mit Recht nicht angehalten werden über das alterum tantum einige Zinsen zu bezahlen.

5 So ist doch bekanntlich vieler Orten per consuetudinem eingeführt, daß die bezahlte und entrichtete Zinsen weder in das duplum oder alterum tantum computirt, oder gerechnet, noch wenn sie gleich über das alterum tantum abgestattet, als ein indebitum condictione indebiti repetiret, oder an dem schuldigen Capital abgekürtzet werden mögen, die versessene aber und unbezahlte über das alterum tantum nicht adjudiciret, sondern deren Lauff sistirt werde, wann sie von Zeit der Entlehnung oder des letzt bezahlten Zinses den Hauptzweck erreichet, es sey der debitor per interpellationem in mora constituirt, und habe aus Fahrläßigkeit die Zinß also aufschwellen lassen, oder nicht. Dergleichen Gewohnheit pro rationabili consuetudine wohl gehalten und behauptet werden kan, in Ansehung sie den Legibus scriptis, quæ Antonini Caracallæ tempore, ante Justinianum Imp. viguerunt, und nominatim mit dem *L. 10. C. de usur.* übereinkömmt, und demselben gemäß ist.

Constitutum enim tunc erat, ne solutæ usuræ 6
proficerent reo ad dupli computationem, solvendæ autem ultra sortis quantitatem non exigerentur, quoties tempore solutionis summa usurarum eam computationem excederet.

d. l. 10.

Præterea etiam solida & specialis ratio juris hujus consuetudinarii in usuris solutis dari potest hæc, quod creditor ex pecuniæ mutuatitiæ usu & lucro sibi negato damni aliquid persentiscat, ad quod repensandum debitor adstrictus fuit

arg. l. 14. ff. de cond. indeb. l. 58. §. 6. ff. ad SCt. Trebell.

ejus autem quod naturaliter ipse debuit (cessantibus hic propter consuetudinem contrariam Juris Rom. principiis) nullam repetitionem habet.

l. 10. ff. de oblig. & act.

In solvendis autem licet eadem militare videatur ratio, quæ in solutis subest, attamen nihil obstat, quo minus illa hîc duplo sortis sistantur, cum quousque usuræ excurrere debeant, sit quippiam indifferens: ideoque dubium esse non possit, quin alterum tantum pro termino per consuetudinem æque recte eligatur & introducatur indistincte, ac jure scripto *d. l. 10. C. de usur.* olim sic constitui ac pro jure esse potuit. Maxime cum Reip. interfit etiam usuras hodie ad interesse redactas ex justa causa constringere atque iu duplo continere.

arg. l. un. C. de sent. quæ pro eo quod interest fert.
Hahn. *Disp. de Altero tanto th. 85.*

Deswegen kein Bedencken zu tragen, nach 7
solcher Gewohnheit casu occurrente zu sprechen, wann nur bekannt, daß sie an einem Orte eingeführet sey, sicut ei simile placitum Ordines Frisiæ anno hujus seculi decimo tertio publicasse, eoque Jus Codicis & nominatim *l. 10. C. de usur.* in usum revocasse refert, & sic illius vi in Frisia jam usuras non solutas sortem non superare posse, annuatim vero solutas, quamvis semel sortem æquaverint, tamen sorti postea non imputari, dicit

Joh. a Sanden *dec. Fris. lib. 3. tit. 14. d. 5.*

Daß aber diese Gewohnheit in den Braun- 8
schweig-Lüneburgisch. Landen recipiret sey, daß nemlich die bezahlte Zinsen in keine consideration und computation des alterius tanti usurarii kommen, sondern allein die hinterstellige Zinsen ad alterum tantum restringirt, und diese höher nicht, als sich die Haupt-Summ in der Verschreibung erstrecket, abzubringen und zu bezahlen seyn, davon testiret Henricus Hahnius, per multos annos Jurium Professor in Academia Helmstad. quondam celebratissimus, rerum harum procul dubio peritissimus

in not. & observatis ad Wesenbec. paratitla ff. de condict. indeb. n. 4. inquiens: In his Inclutis Ducatibus Brunsvig. Luneburg. longæva observantia inductum est solutas

, ultra

ultra duplum usuras condici non posse, sed in eo sisti tantum residuas seu solvendas. Idemque habet Placitum ordinum Frisiæ testante Joh. à Sanden *l. 3. t. 14. d. 5.* Ex quibus verbis patet ipsum consuetudinem in Ducatibus Brunswigo-Lüneburg. ex longæva observantia vigentem cum Placito Ordinum Frisiæ, de quo Sanden. *d. l.* comparare, consequenter usuras particulatim solutas Sorti non imputari. Similiter *in Aureo opusculo ad §. de Indaganda &c. Instr. Pac. Westphal. Cap. 11. de Pensionib. Num. 1. n. 108.* idem scribit: In illustrib. Ducatibus Brunsvvic. & Lüneburg. immemoriali consuetudine receptum, quod cessæ & residuæ usuræ ultra alterum tantum haud currant, solutæ verò non condicantur (ergo nec sorti aut altero tanto imputentur) quod plurimis præjudiciis & rebus judicatis firmare licebit.

9 **Zu dem ist bekannt** quod post rem judicatam Cursus usurarum ultra duplum vel alterum tantum admittatur, & debitor ad solutionem condemnatus judicis sententiæ non parens à tempore rei judicatæ creditori usuras etiam ultra duplum præstare teneatur, quia actione judicati novatur obligatio, & actio ex priori contractu, quæ antea competebat, transfunditur in novam actionem judicati, priori obligatione quasi perempta.

l. ult. C. de usur. rei jud. l. 16. §. 3. de pignor. & hypothec. l. 3. §. 11. ff. de pecul.

Ut ita pecunia, ad cujus solutionem quis condemnatus, non debeatur ex pristina causa, quæ novata & extincta est, sed ex judicato sive condemnatione. Novatio quippe hæc, quæ per rem judicatam inducitur, finis est veterum & initium novarum usurarum.

arg. l. 29. ff. de novat.

Et quia post rem judicatam, hoc est, legitimum judicati solvendi tempus (quod in actione personali est 4. mensium

l. 2. C. de usur. rei jud. l. 3. §. 1. ff. de usur.)

usuræ debentur ex nova judicati causa, currunt illæ, nec ante sistuntur, quam vel judicato fuerit satisfactum, vel etiam usuræ (solvendæ scil. in Ducat. Brunsv. Lüneburg. alibique, ubi talis consuetudo obtinet, ut solutæ ultra alterum tantum neque in sortem imputentur, neque repetantur, seu ubi ex consuetudine ad dupli computationem non pertinent usuræ prius solutæ, sed tantum adhuc debitæ & solvendæ,) sortem denuo æquaverint, etiamsi ex pristina causa ante sententiam latam ad duplum sortis jam pertigerint.

Perez *ad Cod. de usur. rei jud. n. 5.* Berlich. *p. 1. dec. 30. n. 9.* Finckelthus. *obs. 40. in fin.* Brunnem. *ad l. 27. C. de usur. & l. 2. C. de usur. rei jud.* Carpzov. *p. 2. c. 30. d. 28. & lib. 4. Resp. 48. n. 9. it. in Pract. Crim. q. 92. n. 54. seq. nec non in Asyl. debit. pos. 26.* Tabor *de Alter. tant. p. 4. art. 2.*

Demenach hierfals die liquidation **nicht auf solche Weise, wie Kläger und** Supplicant **will, sondern nach dem** Decreto **vom** 14. Nov. 1695. **einzurichten, und die** Computation **auf die Weyse, wie die mit sothanem** Decreto **beyden Theilen copeylich aus der Churfürstl. Cantzley** communicirte liquidation **an Hand gibt, anzustellen, dann wann** A. 1642. **das in der Urtheil** de d. An. **zuerkannte** Capital **und die damals aufgeschwollene und** ad alterum tantum reducirte **Zinsen der Urtheil gemäß entrichtet worden wären, so wäre damit die gantze Schuld getilget worden, weil es aber nicht erfolget,** (quantum ex his Actis constat,) eoque ipso mora in solvendo commissa à parte Parentum Actoris, **so sind von besagtem** 1642sten **Jahr als** a tempore rei judicatæ **bis auf diese Zeit** ex nova causa judicati scil. **wieder neue Zinsen zugewachsen und zwar bis** ad annum 1695. **in** 53. **Jahren** 736. **Rthlr.** 4. **Gr. welche mit den** Anno 1642. adjudicirten **ausmachen** 1013. **Rthlr.** 32. **Gr., worauf** Anno 1656. **baar bezahlet seyn** 100. **Rthlr. und am Miethgeld aus den Buden und Wiesen** deductis deducendis **gehoben worden** 547. **Rthlr.** 4. **Gr. welche entrichtete Zinsen a** 647. **Rthlr.** 14. **Gr.** juxta consuetudinem in Ducatibus Brunsvigo-Lüneburg. longæva observantia inductam **weder an dem** Capital **abzukürtzen, noch in das** alterum tantum **zu** computiren **seyn, sondern wann diese** 647. **Rthlr.** 14. **Gr. von den** 1013. **Rthlr.** 32. **Gr. solcher Gewohnheit gemäß abgezogen, werden die noch hinterstellige** 366. **Rthlr.** 18. **Gr. weil sie** sortem, **so** 277. **fl.** 28. **Gr. überschreiten,** ad alterum tantum reducirt, **so daß Kläger und** Supplicant **neben dem** Capital **der** 277. **Rthlr.** 28. **Gr. nur noch** 277. **Rthlr.** 28. **Gr. Zinsen anstatt der** 366. **Rthlr.** 18. **Gr. Beklagten und** Supplicaten **zu erstatten schuldig, wie die Urtheil vom** 14. **Nov.** 1695. **im Munde führet, deßwegen wir solche durchaus zu** confirmiren **gemüssiget seyn und die Unkosten, theils weil** Supplicant **doch das** Jus commune **vor sich hat, theils in Ansehung der vielen Zinsen die** Supplicaten **doch nach und nach aus dem geringen** Capital **genossen,** præteriret.

Welches wir, salvo cujusvis rectius sentientis judicio, **dienstl. nicht verhalten sollen, urkundlich unser** Facult. **gewohnl. Insiegels.** Actum in Collegio nostro d. 3. Febr. 1697.

CONSILIUM LIX.

DE

Renunciatione successionis paternæ in favorem Patrui & Patruelium Magnorum ob læsionem enormissimam & intervenientem dolum nulla & invalida.

SUMMARIA.

1. *usq.* 14. *Species facti: tribus decidendis quæstionibus.*
15. 28. *Quarum prima negativa deciditur.*
16. *Statutum recessus Geisslingensis d. An. 1653. Ordinum*

dinum Nobilium immediatorum: puncto renunciationis filiarum Nobilium succession. patern. in favorem Patrui.

18. *Quod tamen statutum non observatur.*
17. *Multis n. in locis renunciatio in favorem agnatorum est introducta.*
19. *Dotatio filiarum renunciantium ad formam saltem renunciationis accidentalem, quæ adesse & abesse potest, refertur.*
20. *Dissentientes allegantur.*
21. *Affirmantium v. sententia verior.*
22. *Ratio hujus.*
23. *Excipitur casus.*
24. *Utrum sufficiat, filiæ renuncianti etiam de aliis quam paternis bonis dotem posse constitui? an non?*
25. *Negativam plurimi defendunt.*
26. & 27. *Affirmativa tamen verior; ex rationibus hic subjunctis.*
28. *Minor ætas filiæ per se non est justa causa, quæ judicem ad renunciationis juratæ rescissionem ex sola læsionis enormis allegatione permoveat.*
29. 30. *Adducitur ratio.*
31. *Valet itaque renunciatio a puella minore jurato facta, sive curatorem habuerit, sive non.*
32. *Hactenus de verisimilibus decidendi rationibus nunc vera proponitur.*
33. *usque 35. In dubio semper præsumitur aliquem intestato obiisse, & qui asserit dispositionem hominis adesse id probare tenetur.*
36. 37. & 39. *Renunciatio a fœminis de qualitate & quantitate paternæ substantiæ plane non informatis, sed illius æque ac sui juris prorsus ignaris dolose inductis, facta, plane non valet.*
38. *Etiamsi juramento roborata.*
40. & 63. *Negotium in quo tutor vel curator in rem suam s. utilitatem propriam authoritatem vel consensum accommodat, nullius momenti est.*
41. *Num renunciatio ob læsionem enormissimam rescindi aut impugnari possit?*
42. *Nonnulli Dd. affirmant.*
43. *Quidam ut Stryck. & alii negant.*
44. *Quidam etiam distingunt.*
45. *Affirmantium tamen opinio verior imprimis ubi & aliæ causæ concurrunt.*
46. *usq.* 49. *Ex adductis rationibus.*
50. *Etiamsi consensus consanguineorum vel judicis decretum intervenerit.*
51. 52. & 70. *Et renunciationes sint geminatæ, vel verbis amplissimis factæ. Renunciando sc. omnibus exceptionibus & juris beneficiis sibi competituris.*
53. *Secunda quæstio.*
54. *usq.* 56. *Etsi renunciatio ab initio metu, dolo vel errore facta convalidetur, si postea à renunciante denuo ratificetur, maxime si id fiat in majore ætate.*
57. *Et hæreditatis sibi jam delatæ venditio valeat.*
58. *Casu tamen præsenti hoc secus.*
59. & 60. 68. *usque* 70. *Ex ratione allegata.*
61. *usq.* 65. *Sive enim sit venditio hæreditatis sive transactio sive quodcunque aliud negotium, ob intervenientem tamen dolum & enormissimam læsionem rescinderetur.*
66. *Quomodo læsio ex renunciatione successionis promanans æstimanda sit?*
67. *Ratio cur hoc in substrata materia locum non habeat?*
71. *Tertia quæstio proponitur.*
Et ex duobus prioribus deciditur.
72. & 73. *Casu vero, quo valide sit renunciatio hereditatis, negative d. quæstio decidenda.*
Non obstante Berlichii sententia.

SPECIES FACTI.

1 ES hat Georg von Sternenfels ein Schwäbischer von Adel gesammte so wohl Lehen- als eigenthumliche Güter, welche das Geschlecht deren von Sternenfels noch bis auf den heutigen Tag geniessen und innhaben, ruhiglich bis an sein Ende besessen, massen solche nach seinem erfolgten Todfall auf seine vier Söhne Jacob Christoph, Joh. Adam, Veit, Philipp Bernhard erblich gekommen, und in vier gleiche partes in getroffener brüderlicher Abtheiluna vertheilt worden, wie dann vermög einer copialiter bey Handen habender Ubergab und Cession dem Jac. Christoph zugetheilt worden seyn muß das Schloß und Burg Sternenfels, so zwar Lehen, auch andere Häuser und Gebäu Lehen und eigen, sammt den Gefällen zu L. nebens dem R. Zehenden mit aller Gerechtigkeit, auch gewisse Aecker, Wiesen, Weingart, Garten und Gefäll zu Zaberfeld, wie nicht weniger der völlige vierte Theil des Dorfs Unterriexingen, auch der Zehend zu Obermeinsheim, welches alles eigen und nicht Lehen, zumalen ansehnliche Activ-Schulden und Mobilien, also, daß nicht zu zweifflen, es werden übrige Hrn. Brüder in ermeldter brüderl. Erbtheilung gleichmässig so viel bekommen haben. Nachdem nun 2 in An. 1628. Jac. Christoph. Tods verfahren, und noch bey Lebzeiten unter seine drey Söhne seine meiste Verlassenschafft vertheilt, ist bald hernach der mittlere ledigen Stands gestorben, also daß Joh. Georg und Georg Christoph allein bey Leben verblieben. Der ältere als Joh. Georg, nachdem er sich mit Maria von Hatzfeld verheyrathet, hat leider das Seinige, wegen eines in Italien empfangenen Philtri und dannenhero verruckten Verstandes, nicht administriren können, dannenhero seine Eheliebstin so viel ihr müglich, und es die Kriegszeiten leiden mögen, nolens volens solche unternehmen müssen, bis sie An. 1635. auch dieses Zeitliche gesegnet, da dann Georg Christoph nebens dem Joh. Walther und Joh. Bernh. von Sternenfels deren dreyen des Joh. Georg damalen minderjährigen Töchtern sich angenommen und Georg Christoph deren gantzes Väterl. und Mütterliches Vermögen, zu seinen Handen gezogen, auch er und seine Erben bis dato das Vätterliche de facto innbehalten, denn obwohlen gleich hernach gefolgten Jahrs nach der Mutter Todsfall in An. 1636. der ältern Tochter Kunigundä Mar. eine Heyrath angestanden, solcher auch hernach Christl. Ordnung nach mit Georg Wolff von Kaltenthal vollzogen worden, so hat jedoch Georg Christoph 3 von Sternenfels sie als ein junges Mensch dahin vermöcht,

vermöcht, daß gegen Ubergab des Mütterlichen ſie ihrem bereits anerſtorbenen Groß-Mütterlichen, ſo dann dem gantzen Vätterlichen juratò in ipſius favorem renunciren müſſen, und zwar unter dem Schein, weilen ihr Hr. Vater alles Mütterlichen ad dies vitæ Uſufructuarius, und ihr nichts deſtoweniger bey Lebzeiten ſolches cedire, dadurch ihr vielmehr zuwachſe, weder ſie heut oder morgen von dem Väterl. und gantz verderbten eigenthumlichen Gütern ererben möchte, wie ſolches der Heyrathsbrieff und formula renunciationis, darauf man ſich Kürtze halber be-
4 ziehet, mehreren Innhalts bekräfftiget, da doch bekannt, daß nach ihrer der Kun. Mar. von Sternenfels Verheyrathung ihr der Uſusfructus bonorum paternorum, weil der Vatter propter defectum judicii das Seinige nicht adminiſtriren können, ſo viel ihre dritte Portion anbetrifft, billig gehört hätte, oder dafern er Georg Chriſtoph von Sternenfels, als nächſter Agnatus, der adminiſtration deſſen ſich ja unternehmen und anmaſſen wollen, hätte er ſolches gegen Erſtattung gebührender Rechnung thun, und denen drey Töchtern nicht entziehen, abſonderl. aber die Kunig. Mar. bey ihrer Verheyrathung deswegen nicht leer ab-
5 weiſen ſollen. Welcher modus auch gleich hernach gefolgten Jahrs der Kun. Mar. maritum befremdet, deßwegen zu Speyr bey einem vornehmen Doctore conſulirt, der dann mit folgenden formalibus ihme wieder zugeſchrieben, die von Ew. Geſtr. hertzgeliebten Hausfrauen nicht ultro, noch in gratiam fratrum, ſondern ad inſtantiam der HHrn. Vetter und Patruelium magnorum, ex ſiniſtra perſuaſione & falſa cauſa per errorem ſine certioratione ſui juris, beſchehene renunciation hereditatis paternæ iſt allerdings ohngültig, und dargegen gar wohl abſolutio à Juramento zu
6 impetriren. Als nun Johanna Catharina ohngefehr in Anno 1638. nach der Hand ſich gleichmäſſig verheyrathet, und ſie ſich, wie ihre älteſte Schweſter Kunigunda Mar. gethan, ratione des Väterl. mit nichts nicht abſpeiſen laſſen wollen, hat er ihr wegen des Väterl. 1000. fl. verſprochen, hingegen ſie vermög Heyrath-Brieffs dahin vermöcht, daß ſie ſich aller Väterl. Anſprach zwar nicht jurato begeben, wie in-
7 gleichem als An. 1649. die dritte Anna Margar. ehelich ſich eingelaſſen, ihr ebenmäſſig, gegen völliger Ceſſion des Väterlichen Vermögens, 1000. fl. bezahlt, wie ſolches ihr Heyraths-
8 Brieff mehrers ausweiſet. Dannenhero weilen er beſorget, es werde Kunigunda Mar. oder ihre Erben in das künfftig hierzu nicht ſtill ſchweigen, ſondern ihn oder die Seinigen rechtlich conveniren, hat er ihr endlich in An. 1649. gegen extradition beyliegender Ceſſion, darinn abermalen falſa cauſa, nullâ facta certioratione juris ſui, exprimirt, für allen guten Gruß 500. fl. zu geben verſprochen, welche nach und nach theils an Geld, theils an Vieh und Wein, und zwar in zimmlich hohem geſetztem Werth, bezahlt worden, hingegen ſie dahin perſuadirt, daß darinnen wider das Herkommen des Adels ſie ſich aller Väterl. Erbſchafft de novo begeben, da ſie doch quantitatem patrimonii nicht gewußt, noch deren von ihm certiorirt worden. Ob nun wohl Kunigunda 9
Maria von Sternenfels und ihre Schweſtern vielfältig gegen unterſchiedlichen ſolche læſionem geklagt, haben ſie jedoch ihres Vetters gähen Zorn, und ignaræ juris ſui, auch die Unkoſten fürchtend, es alſo bis an ihr End erſitzen laſſen müſſen, nach ſolchem nun und auch des Georg Chriſtoph von Sternenfels erfolgtem Tod iſt in An. 1666. deſſen einiges Söhnlein Eberh. von 10
Sternenfels auch geſtorben, und hat alſo er aus erſter Ehe zwey, und aus der andern Ehe imgleichen zwey, zuſammen vier Töchtere hinterlaſſen, alſo daß die Lehen auf den Vetter N. N. devolvirt, die Eigenthum aber, darunter auch der drey Schweſtern Väterl. Erbs-Portion, die vier Töchtere in wircklichem Beſitz und Genuß haben.

Bey welch erzählter der Sachen Beſchaffen- 11
gefragt wird

1. Ob der Verzücht deren drey Töchtern Kunigundä Mar. Joh. Catharinä und Annä Marg. von Sternfels vor und an ſich ſelbſt kräfftig?

2. Auf den Fall daß ſolcher Verzücht 12
in Rechten keinen Beſtand hätte, ob er durch den in An. 1649. ratione des Väterl. getroffenen Verglich von neuem confirmirt worden?

3. Wann angeregter Verglich in 13
Rechten Beſtand haben ſollte, ob nicht An. 1666. durch Abſterben Eberh. Georg Chriſtoph von Sternenfels Söhnleins, der ledige Anfall ſich ereignet, und alſo deren drey Töchter Erben wider Georg Chriſtoph von Sternfels, der ohne männliche Erben abgeſtorben, ſeine hinterlaſſene Erben ratione ihres Väterl. eine action competire?

Als wir Decanus und andere Doctores der Ju- 14
riſten Facultät bey gemeiner Hochfürſtl. Würtemb. Univerſität Tübingen freundlich erſuchet worden über vorſtehende kurtze Facti ſpeciem und deren angehängte Fragen unſer in Rechten gegründetes ohnpartheyiſches Gutachten zu ertheilen, haben wir nicht ermangelt, ſo bald es wegen anderer hochwichtigen Geſchäfften, ſo keinen Aufſchub gelitten und dabey ſummum ac graviſſimum in morâ periculum, maximumque & irreparabile damnum metuendum geweſen, und anderer eingefallenen Hinderniſſen, immer ſeyn können, zu Bezeugung ſchuldigſter Dienſtgefliſſenheit, und Beförderung der hoch-

heylsamen Gerechtigkeit solche sammt denen Beylagen zu durchgehen, reifflich zu erwegen und zu überlegen, da wir dann nach gepflogener Collegialischen Deliberation uns einmüthig verglichen den Rechten gemäß zu seyn, wie bey einer jeden Frage absonderlich folget. Und zwar so viel die erste Frage.

15 **Ob der Verzug deren drey Töchter Johann Georg von Sternenfels, nemlich Kunigundä Mariä, Johannä Catharinä und Annä Margar. von Sternenfels vor und an sich selbst kräfftig?**

belanget, seynd wir der beständigen rechtlichen Meynung, daß solcher Verzücht der drey Töchter des Hans Georg von Sternenfels, sonderheitlich wann so wohl die Jüngste Anna Margaretha, so sich in An. 1649. verehelichet, als die beede Aeltere, die sich in An. 1636. und 1638. verheyrathet, Zeit ihrer Verheyrathung und gethanen renunciation noch minorennis gewesen, vor und an sich selbst unkräfftig, ungültig und unbündig sey.

Nicht zwar 1. der Ursachen, weil er wieder des Adels Herkommen und den zu Geißlingen An. 1653. von aller dreyen Cräysen der freyen ohnmittelbaren Reichs-Ritterschafft in Schwaben, Francken und am Rhein Deputirten aufgerichteten Recess in favorem Patrui & Patruelium magnorum geschehen, da doch vermöge des Reichs Adels Observanz und ermeldten zu Geißlingen d. 12. Febr. 1653. errichteten Recess
16 die Adel. Töchtere allein in favorem ihrer Brüder und selbiger männl. Nachkommen, mit nichten aber in favorem deren Vaters Brüder und Vettern und deren männlichen Nachkommen, wie hier geschehen, zu renunciren schuldig: denn ob sie wohl regulariter wider ihren Willen nicht können adstringiret werden in favorem deren Vaters Brüder und Vetter, so dann deren männlichen Nachkommen zu renunciren, so stehet es doch in ihrer Wilkühr, und dependirt ab ipsarum & Parentum voluntate ac arbitrio, wie weit sie zu Erhaltung des Manns-Stammens und Namens, und in quorum commodum & favorem sie sich des väterl. mütterl. und brüderl. Erbs begeben und renunciren wollen und sollen, laufft auch durchaus nicht wider des Reichs Adels Observanz, wann sie freywillig in favorem deren Vaters Bruder und Vettern renunciren, sondern ist vielmehr bey vielen Adel. Geschlechten dergleichen renunciation
17 zu faveur der agnatorum usu & observantia eingeführt und approbirt, sonderlich wo bey einer Familia viel Adel. Stamm-Güter seyn, wie es bey der Werdnawischen Familia, so lang selbe florirt, gewesen.

vid. Kellenbenz *de Renunc. succeff. qu. 39. n. 5.*

18 Was aber den Geißlingischen Recess anlanget, ist derselbe nie zum perfecten Stand gebracht worden, daher er auch in keine Consideration kommen und gezogen werden kan.

Noch 2.) der Ursach, daß den renuncirenden 19
drey Töchtern keine congrua dos ex bonis paternis constituirt worden, angesehen die dotatio filiarum renunciantium ad formam renunciationis accidentalem, qua adesse & abesse potest, nur referiret wird, und die renunciation auch plane nulla accepta dote valide geschehen kan, und wann sie dergestalten geschehen, nichts desto weniger subsistirt. Welches ob es wohl von vielen Dd. in Zweiffel gezogen wird, die davor halten, daß die renunciation nicht gültig sey, wann die filiæ renunciantes nicht congrue ihrem Stande gemäß, pro quantitate patrimo- 20
nii, pro liberorum numero, dignitate tàm earum, quàm maritorum,

arg. l. 60. l. 69. §. 4. ff. de jur. dot. l. 43. de legat. 3.

dotirt seyn.

vi cap. Quamvis. de pact. in 6. verbis: dote contenta ubi materiæ hujus de pactis successionum renunciativis sedes & fundamentum est, ibique Dd. ita sentientium catalogum & rationes refert Natta *à n. 36. usque ad n. 39.* add. Gail. *2. O. 147. n. 13. 14.* Bachov. ad Tr. *v. 1. B. 13. th. 14. lit. D. C. D.* Petr. Gregor. Tholos. *synt. l. 41. c. 12. n. 6. 7.* Ant. Faber *dec. 12. Error. Pragm. 2. & dec. 13. err. 7.* Paul. Gallerat. *de renunciat. lib. 3. c. 2. n. 55.*

So stabiliren selbiges doch also
Dd. Covarruv. *in d. c. quamvis. p. 3. §. 2. n. 6.* 21
& alii quos recenset & sequitur Joh. Dauth. *ibid. n. 81.* Fachin. *3. contr. 24.* Seraphin. de Seraphin. *de Privileg. juram. privil. 21. limit. 7. n. 29.* Mich. Grass. *recept. sent. §. Successio ab intestato. q. 10. n. 5.* ubi plures allegat, qui testentur de communi, magis communi & recepta ac tenenda sententia, à qua neque in judicando neque inconsulendo sit recedendum. H. Pistor. *l. 4. q. 6. n. 21. seqq.* Mev. *ad I. Lub. p. 2. tit. 1. n. 66.* Henr. Breülius *de renunc. cauf. 4. c. 6. n. 2.* Barth. Kellenbenz *de renunc. succeff. qu. 42. n. 13. 27.* quos novissimè sequitur Dn. Stryck. *de Succeff. ab intest. Diff. 8. c. 10. n. 24.*

Daß wir kein Bedencken tragen horum sen- 22
tentiæ in seiner Maß zu subscribiren, gestalten die ratio exclusionis nicht in dotis constitutione vel numeratione, sondern in juramenti religione sancte & inviolabiliter observanda, ad evitandum salutis æternæ dispendium, bestehet, quæ etiam stringit filiam, quæ nullam dotem accepit, ad servandum, quod juratum est.

Dubium enim nullum penes nos est, quin in tali fœmina ratio constitutionis d. c. quamvis, de pact. in 6. quæ est servandum esse juramentum, quod absq; dispendio salutis æternæ servari potest, neq; vergit in alterius detrimentum, locum inveniat, si absq; dotis sibi numerandæ contemplatione renunciaverit successioni in favorem masculorum, familiæ & agnationis conservandæ causa.

Fachin. Grass. Mevius *dd. ll.*

Neque

Neque ipſa hoc caſu lædi, nubendi conditione privari & indotata contra *l. 2. ff. de jur. dot.* reddi dici poteſt. Nam addita renunciationi jurisjurandi religio facit, ut præſumatur omnem iſtam læſionem ſciviſſe, in eamque implicite conſenſiſſe, unde læſa dici nequit, conditionem autem nubendi jam invenit renuncians, & ſi ſponſus ac futurus maritus ſe ſola virgine contentum fore declaraverit, ipſe omnem uxoris & familiæ curam & incommoda perferre ac ſuſtinere debebit, perinde ac ſi dotem ei attuliſſet. Neque dos eſt de ſubſtantia matrimonii, nec datio ejus juris naturalis, aut abſolutæ neceſſitatis, ſed juris tantùm poſitivi, renunciari igitur & ei poteſt, non obſtante c. quamvis. ibi dotata &c. aut enim dicendum, facti narrationem verbo iſto, non juris diſpoſitionem, contineri,

Kellenbenz *d. q. 42. n. 43.*

aut ibi Patri ſaltem imponi neceſſitatem dotem filiæ numerandi, non autem huic eam accipiendi, quæ beneficio huic pro ſe introducto utique renunciare poteſt.

arg. l. 29. C. de pact. Ziegler. *de dot. Eccleſ. cap. 4. §. 10. 11.* Hahn ad Weſenbec. *parat. ff. de jur. dot. n. 1.*

23 Quod ſi autem ex formula renunciationis vel aliunde appareat aut conſtet, quod fœmina contemplatione dotis, vel dotem receptura, ſucceſſioni renunciaverit, facultas dotem petendi ipſi ſemper ſalva & integra manet, non obſtante renunciatione facta.

Mev. *d. l. num. 68.* Covarruv. *d. l.* Dauth. *num. 84. & 85.* Seraph. de Seraphin. *d. l. num. 29. ſub fin.*

24 Geſetzt aber es wäre ad validitatem renunciationis die dotatio filiæ renunciantis nöthig, und beſtünde nicht ohn dieſelbe, ſo iſt doch nicht eben nöthig, daß die dos ex bonis Patris, cujus ſucceſſioni filia renunciat, con-
25 ſtituiret werde. Denn ob zwar wohl die Dd. vulgò ſolches affirmiren und concludiren

quod ſi filia non ex patris, cujus ſucceſſioni renunciat, ſed ex propriis ſuis bonis aut maternis dotetur, enormiſſimè lædatur, ideoque renunciationem impugnare queat

Natta *ad d. c. quamvis de pact. in 6. num. 57.* Covarruv. *ad idem cap. p. 3. §. 4. num. 7.* aliique quos longa ſerie refert Dauth. *in repet. d. c. num. 9.* Muſcul. *de ſucceſſ. convent. membr. 2. num. 211. & 314.* Paul. Gallerat. *de renunciat. lib. 3. cap. 2. num. 52.* ibique allegati.

Proque ea ſententia adducunt, quod dotatio filiæ proprium quaſi ſit Patris officium, & ille ad dotis præſtationem judicis officio cogi poſſit, etſi eam non promiſerit

l. 19. de rit. nupt. ibi Brunneman. Hahn ad Weſenbec. *ff. de jur. dot. num. 3.* Ludwell. *ibid.* Gail. *2. O. 95. num. 1.*

Unde & Pater filiæ dotem promittens, licet illa propria bona habeat, quæ Pater adminiſtrat, materna v. g. tamen de ſuis propriis bonis, & non de maternis, quæ adminiſtrat, filiam dotaſſe, atque hoc modo debito ſuo officio ſatisfacere voluiſſe præſumitur Jure communi

per l. ult. C. de dot. promiſſ. ibi Brunnem. & alii Dd. Mynſ. *5. O. 32. & 6. O. 85.* Vultej. *v. 2. Conſ. Marp. 29. n. 53.*

So iſt doch deſſen ohngeachtet die widrige 26
Meynung, ſufficere nempe filiæ renuncianti etiam de aliis quam paternis bonis dotem poſſe conſtitui, in Rechten beſſer gegründet.

Nam dotis datio poſitivi tantum, non naturalis juris, aut abſolutæ neceſſitatis eſt, ut ſupra dictum, nullaque obligatio appareret, cur præciſe ex bonis Patris dos proficiſci debeat. Et notum eſt dividi dotem in profectitiam (quæ à mulieris patre, ut patre, ac alio in linea paterna aſcendente, licet mulierem in poteſtate non habeat, profecta eſt, quia non jus poteſtatis, ſed parentis nomen dotem profectitiam facit, ſed ita demum, ſi ut parens dederit

l. 5. §. 11. l. 6. ff. de jur. dot.)

& adventitiam, quæ aliunde, ex bonis nempe matris vel avi materni proficiſcitur, vel à quovis alio, quam patre ut tali aut alio in linea paterna aſcendente, data eſt

d. l. 5. pr. §. 11. de jur. dot. l. 6. C. eod.

imo etſi Pater ut debitor filiæ, voluntate ejus, dedit, adventitia dos eſt.

d. l. 5. §. 10. de jur. dot. Brunneman. *ad d. leg. 5.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 12. tit. 8. & 9.*

quæ dotis diſtinctio nullius foret momenti & prorſus fruſtranea eſſet omninoque exulare deberet, ſi dos ſemper ex ſolius genitoris bonis & ſubſtantia fluere & conſtitui deberet. Ridiculæ etiam & plane inutiles eſſent controverſiæ, quas Ulpianus, Papinianus & Julianus in

d. l. 5. pr. & §§. ſeqq. it. l. 44. & l. 51. de jur. dot.

aliique JCti paſſim, imò ipſe Juſtinianus Imp. 27
in l. ult. C. de dot. promiſſ.

proponunt.

add. l. 9. ff. de in rem verſ.

Sufficit filiam dotem habere, cæterum à quo aut ex cujus bonis eam acceperit, nil refert. Unde & Pater filiæ ſuæ ex propriis hujus bonis dotem conſtituere valet.

l. 9. §. 11. l. 51. de jur. dot. l. ult. C. de dot. prom. ibi Brunnem. Vinnius *2. ſel. quæſt. 14.*

Neque aliud ex l. 19. de rit. nupt. colligi poteſt, ubi id ſaltem dicitur, patrem, qui filiæ dotem dare non vult, officio Magiſtratus cogi poſſe, quod ipſum tamen in filiafam. tantùm obtinet

Ant. Merenda *lib. 3. controv. cap. 15.* Arum. *ad Pand. disp. 13. th. 7.* Strauch. *Diss. 3. aph. 4.* B. D. Lauterbach *ad tit. ff. de jur. dot. §. 11.*

Deinde non additur quod ex bonis patris dos esse debeat, potuit enim etiam filiafam. habuisse proprium patrimonium, cujus ususfructus tantum patri competiit, aut certa bona patri aut filiæ ad dotem dandam legata aut donata fuisse, quæ deinde filiæ nubenti non dederit, ad eaque præstanda compelli debuit.

vid. l. 5. §. 9. de jur. dot. Dn. Stryck. *d. D. 8. cap. 10. num. 32. ubi & seq. num. 33. ad l. ult. C. de dot. promiss. respondet, & inde Idem seq. num. 34. deducit* quod si filia non paternæ tantum, sed maternæ ac fraternæ etiam hereditati simul renunciat, non necesse sit dotem ei de omnium bonis, quibus renunciat, constitui.

28 Wie auch 3.) nicht deßwegen principaliter, daß sie minorennes und sine curatoribus renunciret.

Hoc enim non obstante renunciatio nihilominus est valida, si nihil aliud eidem obstat, minor enim ætas filiæ per se non est justa causa, quæ judicem ad renunciationis juratæ rescissionem ex sola læsionis enormis allegatione promoveat

l. 1. & Auth. Sacramenta puberum. C. si adversus vendit. Dd. *in d. c. quamvis.* quos refert & sequitur Dauth. *n. 60. 109.* Hartm. Pistor. *l. 4. q. 6. num. 7.* Hahn *de Jur. rer. concl. 84. num. 8.* Dalner. *de renunc. cap. 4. num. 41.* Kellenbenz *quæst. 4. n. 1.*

29 Nam si alias malitia minoris ætatem supplet, ut dicitur

in l. 3. C. si min. se maj. dixer. c. de illis. X. de sponsal.

quam prudentiam vocat Innocentius III.

in C. ult. X. eod.

quidni & religio jurisjurandi, divini Numinis præsentia & invocatio? sine cujus injuria & læsione non potest à juramento sponte præstito recedi.

c. etsi Christus. ibi: *reddite DEO vota & juramenta vestra. de jurejur.*

Maxime cum ipse tx. c. quamvis. de minore puella potius quam majore accipiendus esse videatur, agit enim de puella, quæ cum dote nuptui data & elocata, at quot quæso inveniuntur puellæ, quæ annum 25. ætatis, quo de jure communi majores esse incipiunt, expectant, & si à procis non quærantur dum viripotentes sunt, ipsæmet ut viripetentes sibi non eligunt ac ambiunt futuros thori socios, probavit ut putamus satis jam cana experientia, puellas ut plurimum ante 25 ætatis annum nuptui tradi, virosque ambire & acquirere. Cum itaque jura ad ea aptari debeant, quæ frequenter & ut plurimum, non quæ perrarò, accidunt

l. 3. seqq. ff. de legib. l. 64. de reg. jur. Nov. *44. c. 1. §. 3.*

adeò, ut quod fieri solet abeat in legem, & habeatur pro dicto, etsi dictum non sit

l. ult. C. de fidejuss.

& hoc interpretatione agendum, ne fiant supervacua & elusoria

l. 1. in fin. ff. ad municip. l. 109. pr. de legat. 1.

videtur omnino d. c. quamvis. etiam de minore puella exaudiendum, ut quæ sæpius, quam major 25 annis, in thorum adscitur, & hinc in favorem fratrum renunciat, familiæ in pristino splendore conservandæ causa.

Accedit, quod in spiritualibus ad quæ etiam juramenta suo modo referuntur, 30

c. 13. X. de judic. c. fin. de foro compet. 1. n. 6. c. ult. c. 22. q. 1.

non attendatur minorrennitas, vel minoris ætatis imbecillitas

c. 3. de jud. in 6. Paul. Gallerat. *de renunciat. Tom. 1. lib. 3. c. 3. n. 30.*

& juramentum faciat, ut minor pro majore habeatur, ad excludendum restitutionis auxilium ætatis intuitu indultum, ne perjuriis via aperiatur.

Setzer. *de Juram. l. 1. c. 25. n. 15. seqq.* Gail. *2. O. 41. n. 7.* Gallerat. *d. c. 3. n. 23. 30. & 31.*

Unde minor renuncians cum juramento, vel simpliciter jurans non contravenire, amittit ætatis beneficium, atque illi renunciare intelligitur.

Gallerat. *de renunciat. d. l. & Tom. 2. cent. 1. ren. 58. n. 7. seq.*

Stabit igitur etiam inconcussa renunciatio 31
à puella minore juratò facta, sive curatorem habuerit & is consenserit, sive non habuerit, aut non consenserit is, quem habuit, modo juramentum accesserit renunciationi, quod conscientiam stringit, illud enim ubi intervenit, authoritas curatoris non attenditur, tantum namque præstat juramentum quantum authoritas curatoris, quippe quod puberem facit pro majore haberi, ac proinde ubi juramentum est, ibi curator non requiritur

Kellenbentz *d. tr. q. 4. num. 10.* Hartm. Pistor. *l. 4. quæst. 6. num. 11. 12. 13.* Frantzk. *lib. 2. resol. 5. num. 69. seqq.* Carpzov. *p. 2. c. 15. d. 9. num. 6.* Stryck. *de succes. ab intest. Diss. 8. c. 10. num. 44. & 45.* ubi hanc sententiam, seposita JCivilis dispositione, Juri naturali etiam, aliarumque Gentium moribus convenire asserit, & *seq. n. 47.* probat, nec Decreto Magistratus ad hanc renunciationem opus esse, quia filia renuncians juri demum acquirendo, de bonis suis nil quicquam alienare dici queat, sed modò non acquirit *arg. l. 6. §. 2. & 4. ff. quæ in fraud. cred. l. 28. de V. S. & l. 134. ff. de reg. jur.* add. Paul. Gallerat. *de renunc. 3.*

Tom.

Tom. 1. lib. 3. c. 3. num. 24. ubi notanter ita ſcribit: Effectus juramenti eſt, quod illud veluti quædam renunciatio tollat ſolennitates in contractibus minorum requiſitas, ad ſubveniendum ætatis imbecillitati, & proinde contractum minoris, qui ſive de jure communi, ſive ex ſtatuti diſpoſitione non valet niſi ſervata certa ſolennitate, ſine ſolennitatibus factum, atque ideo nullum, confirmet. Caſtrenſ. *ad Auth. Sacramenta puberum. C. ſi adverſ. vend. n. 10.* Nam *d. Auth.* procedit in alienatione facta à minore omiſſis ſolennitatibus. Imò licet minor curatorem habeat, tamen valebit alienatio jurata, etiam ſine illius authoritate. Jaſon *in d. Auth. Sacramenta.* Crávetta *Conſ. 445. n. 6.* Unde contractus minoris, in quo non intervenit ſolennitas ex ſtatuti diſpoſitione requiſita, firmatur juramento. Alexand. *Lib. 3. Conſ. 53.* Hinc ſi minor contrahit non ſervata ſolennitate ſtatuti, & jurat ſuper contractu, valebit contractus, ita, ut non ſolum juramentum ſervari debeat, ſed etiam contractus juratus confirmetur. Riminald. jun. *d. Conſ. 655. num. 14.* ubi inquit ita communiter tenere Dd. & communis eſt ſententia ab omnibus fere recepta, quod ex vi juramenti ſuppleatur judicis, curatorisque authoritas, omnisque alia ſolennitas, requiſita tam à jure communi quam ex diſpoſitione ſtatutorum. Natta *Conſ. 631.* Simoncell. *de decret. in alien. minor. tit. 8. num. 137.*

„ſion geäuſſert, daß er über die dreyßig tauſend „Gulden werth eigenthumliche Güter, ohn die „Capitalien, ſo auch viel tauſend geweſen, der „Fahrniß zugeſchweigen, ſeinen Söhnen cedirt „und hinterlaſſen, davon nach des Mittlern ohne Kinder erfolgten Todt auf Johann Georg „von Sternfels der drey Renunciatinnen Vatter die Helffte gekommen, alſo einer jeden „Tochter wenigſt 7000 fl. Vätterliches gehört, „dem freywillig zu renunciren ſie nimmer in „Sinn genommen, wann ſie nicht durch Vorhaltung des wahrhafften Quanti, und Vorgebung, daß das meiſte mit dem Fideicommiſſo familiæ behafftet, deſſen Contrarium „man doch nachmahls in dem Anno 1660 getroffenen Erb-Vergleich an den Tag gegeben „und öffentlich bekandt, dazu inducirt worden wäre; Item iſt aus- und vorgegeben worden, ob hätte Philipp Bernhard von Sternfels, ſo 33
Anno 1635 ohne Leibs-Erben vor der Renunciantinnen Vatter geſtorben, vor ſeinem Ende ein Teſtamentum gemacht, und des Johann Georg drey Töchter von ſeiner Erbſchafft gäntzlich ausgeſchloſſen, welches der Urſach nicht unbillig in Zweiffel gezogen wird, weil er ſie der- 34
maſſen geliebet, daß er die Aelteſte faſt ſtets bey ſich gehabt, und meiſtens erzogen, deßwegen ſolch Teſtament, ſo nie zum Vorſchein gekommen, daß ſie ichtwas davon geſehen, ihnen von Rechts-wegen zu editen und zu communiciren, ſonſt die Rechtliche Præſumption dahin gehen würde, daß der Renunciantinnen damals noch lebende Vatter Johann Georg mit Georg Chriſtoph, Johann Walthern, und Johann Bernhard von Sternfels, als in æquali cum ipſis gradu defuncto conjunctus zugleich ab Inteſtato in capita ſuccedirt,

32 Sondern es kan 4.) hauptſächlich und vornemlich deren drey benamſten Sternenfelſiſchen Töchter Verzücht der Urſachen halber nicht beſtehen, weil ſie als noch minorennes von ihrem Vatters Brudern, weyland Georg Chriſtoph von Sternfels, der nicht nur nach ihrer „ſeel. Fr. Mutter Todt ihres zu Verwaltung ſeiner Güter, durch ein ihm in Italien beygebrachtes Philtrum und dadurch cauſirte Verrückung des Verſtandes untüchtig gemachten „Vatters gantzes Vermögen, ſondern beneben „alles Mütterliche unter Handen genommen, „daſſelbe verwaltet und adminiſtriret, ohn daß „er jemahls einige Rechnung ſeiner Verwaltung und Adminiſtration gethan, und ſich „ſolcher geſtalten ſo wohl vor des Bruders, als „obgemeldter deſſen dreyen Töchter Curatore „legitimo auffgeführet, contra bonam fidem, „ſo zu ſagen, faſt doloſè inducirt, ihrem Vätterlichen zu renunciren, unter der Beredung, „ob beſtünde das Vätterliche meiſtens in Fideicommiſs-Gütern, und wäre wenig Eigenthumliches darunter begrieffen, und was darunter Erb- und eigenthumlich, wäre gantz ruiniret und verderbet, da ſich doch aus einer von „Jacob Chriſtoph von Sternfels gegen ſeine „drey Söhne bey ſeinen Lebzeiten gethanen Ceſ-

quia in dubio ſemper præſumitur aliquem inteſtato obiiſſe, & qui aſſerit diſpoſitionem hominis adeſſe, id probare tenetur, quia ſucceſſio inteſtata juris eſt, & ſic ab onere probandi liberat, teſtata vero facti eſt, & quidem non ſimplicis, ſed admodum ſolennis, ſolennitas vero acceſſiſſe negotio non præſumitur, ut hinc probatione omnino indigeat. 35

Maſcard. *de probat. concl. 938. n. 1. ſeqq.* Oliver. Textor *de ſucceſſ. ab inteſt. Proœm. n. 5.* Fachin. *l. 6. contr. 46.* Menoch. *de præſumpt. lib. 4. præſ. 1.* Mantica *de conject. ult. volunt. lib. 2. tit. 1.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. D. 16. th. 1. lit. A.* ubi *ad l. 9. C. de collat. & cæteras objectiones* reſpondet.

Und was er alſo pro ſua parte von dem Vetter Philipp Bernhard ererbet, ebenmäßig wieder auf ſeine Töchter ab inteſtato transmittirt, wodurch ihr Vätterliches wieder um ein ziemliches vergröſſert worden. „Weil nun „ſie Renunciantinnen tempore factæ renunciationis de quantitate Patrimonii Paterni nicht certioriret, ſondern ihnen dieſelbe „von des Vatters Brudern mit allem Fleiß verhöhlet, 36

„ höhlet, ja sie noch dazu contra veritatem & „ bonam fidem von ihm beredt worden, als be„ stünde das Vätterliche Eigenthumliche fast in „ nichts, und wann ihnen das Mütterliche, so der „ Vatter sonst ad dies vitæ usufructuario jure „ zu genieſſen hätte, gleich cediret würde, er„ langten sie dadurch weit mehr, als wann sie „ hinkünfftig das wenige eigenthumliche Vät„ terliche per successionem obtenirten, wo„ durch sie dann als Junge der Sachen nicht „ verständige mit keinen andern Curatoribus „ versehene Weibes-Personen doloſe inducirt „ worden, dem Vätterlichen der ihnen gemach„ ten Einbildung nach fast in Nichts bestehend, „ so doch in der Wahrheit ein grosses und mehr „ denn 20000 fl. ausgemachet, in favorem des „ Vatters Brudern und Vatters Brüders „ Söhnen, sodann denen Männlichen Nach„ kommen zu renunciren, welches sie nimmer„ mehr gethan haben würden, wann sie de „ quantitate des Vätterlichen durch Vorlegung „ eines richtigen Inventarii, wie sich von Rechts„ wegen gebühret hätte, recht wären infor-
37 minis minorennibus, curatoribus aliis destitutis, de qualitate & quantitate paternæ substantiæ plane non informatis ac certioratis, sed illius æque ac juris sui prorsus ignaris doloſe sane inductis beſchehene Renunciatio ob defectum voluntatis, quam cessare facit dolus adversarii cum facilitate ætatis renunciantium concurrens (qui dolus probatur, si doceatur aliquid falso de parvitate hereditatis affirmatum esse *l. si quis affirmaverit. 9. pr. ff. de dol. mal.* vel mendaciis tutorum aut curatorum filias inductas esse ad renunciandum pro exiguo accepto &c.

Wesenbec. *Conſ. 23. n. 36.*)

keinen Bestand haben.

38 Tollitur namque renunciatio etiam juramento roborata, si dolo fuerit elicita, dolusque causam ei dederit.

c. quamvis ibi: si tamen juramento non vi nec dolo præstito firmatum fuerit ab eadem, omnino servari debet. *de pact. in 6.* ubi Dd. nominatim Covarruv. *ibid. p. 3. §. 4. n. 3. & arg. l. 7. de dol. mal.* Guilelm. Benedict. *in c. Raynutius. verb. duas habens filias. n. 264.* Franzk. *2. Resol. 4. n. 1. seqq.* Kellenbenz. *qu. 42. n. 70.*

Dolus siquidem verum consensum impedit, quia qui dolo ab altero decipitur ejus intellectui glaucoma obiicitur ac in errorem inducitur, hocque errore voluntas postea movetur, unde is, qui dolo ab altero inducitur, in idem, quod inducens vult, non simpliciter consentire intelligitur, sed cum conditione rebus sic stantibus, iis igitur aliter se habentibus consensus & voluntas deficit.

arg. l. 9. e transact

ob illius itaque defectum nec in ordine ad DEUM, nec ad hominem ex juramento tali renunciationi dolo elicitæ accedente obligatio oritur, sed potius ipsamet renunciatio ipso jure nulla est.

Carpz. *p. 2. c. 34. d. 9. n. 3. 4.* B. D. Lauterbach. *de Jurament. §. 1. n. 44.* Struv. *Ex. 8. th. 27. 28.* Cels. Bargalius *tr. de dolo. divis. de dolo dante caus. per tot. pag. 167. seqq.* Benckendorff. ad Seraphin. de Seraphin. *de privileg. jurament. Privil. 21. n. 31.* ibique allegati. Frid. Pruckmann *v. 1. Conſ. 48. n. 205.* H. Pistor. *l. 4. q. 6. n. 70. qui hoc casu ne quidem absolutione opus esse asserunt.*

Et quod modo de dolo dictum, obtinet etiam de errore renunciantis circa substantiam vel causam promissionis

Dauth. *add. 6. quamvis. n. 164.*

nec ob defectum consensus, quem ejusm. error excludit, tale juramentum filiam stringit

arg. l. 116. §. ult. de reg. jur. Carpzov, *p. 2. c. 35. d. 2. n. 9.* B. D. Lauterb. *d. l. n. 45.* Franzk. *l. 2. Resol. 4. n. 3. seqq.* Donell. Enucl. *l. 21. c. 13. lit. CC.* ibique relati ab Hilligero.

Deßwegen weil die in quæstione benahmte 39
drey Sternenfelsische Töchter durch falsche Beredung und Vorstellungen in den Wahn und Irrthum gesetzt, ob bestünde das Vätterliche Eigenthum allerdings in nichts, und wäre das meiste Fideicommisso familiæ afficirt, und könnten der Ursach sie ohne dem darinn nicht succediren, so lang der Sternfelsische Manns-Stamm währete, und haben in der Absicht demselben zu Favor des sie also beredenden Vatters Bruders und Vettern renunciret, welches sie doch nimmer gethan, wann sie tam de vera qualitate quam de quantitate bonorum patern. recht berichtet worden wären, so kan solche ihre renunciation ob errorem circa substantiam & causam renunciationis keines weges bestehen.

So weniger 5) als des Vatters Bruder tanquam Curator illarum Legitimus, pro quo se publice gessit, tam materna ipsarum, quam paterna bona administrando, & quidem sine ulla rationum redditione, author in propriam causam geworden, und sie per celatam veram quantitatem bonorum paternorum & falsas persuasiones dahin gebracht, daß sie zu seinem Favor renunciren müssen, dannenhero hier die communis juris regula anschlägt: Quod nullius momenti sit negotium, in quo 40
Tutor vel Curator in rem suam seu utilitatem propriam authoritatem vel consensum accommodat, quæ fundatur & declaratur

in §. 3. Inst. de auth. tut. l. 1. l. 7. ff. de authorit. tutor. ubi JConsultus notanter dicit: Quod dicimus in rem suam authoritatem accommodare tutorem non posse, toties verum est quoties per semet vel subjectas aut interpositas sibi personas acquiritur ei stipulatio.

Deinde

Deinde bene hic applicari poteſt, quod reſpondet JCtus in
l. 5. §. 2. ff. de author. tut.
cum inquit: Tutor & emptoris & venditoris officio fungi non poteſt. Sed enim ſi contutorem habeat, cujus authoritas ſufficit, procul dubio emere poteſt, ſed ſi mala fide emptio interceſſerit, nullius erit momenti, ideoque nec uſucapere poteſt &c. vi quorum verborum in contractu a tutore vel curatore cum pupillo vel minore celebrando duo requiri videntur, 1) ut bona fide & ſine latente fraude id fiat, 2) ut interveniat alius tutoris aut curatoris authoritas & conſenſus. Quod ut in contractu, ita & in diſtractu, (qui pari cum illo paſſu ambulat,) pactoque renunciativo omnino obtinet ex paritate rationis
arg. l. 20. §. 2. ff. de heredit. petit. Gail. 2. O. 2. n. 6. Manz. *de reſtit. in integr. tit. 5. n. 19.*

Worzu 6.) noch kommt die enormiſſima læſio der drey Sternfelſiſchen Töchter, nimium quantum & plus triplo vel quadruplo dimidium excedens, indem ſie alle drey zuſammen gegen empfangenen 2500 fl. von dem Vätterlichen, in favorem non fratrum, ſed Patrui & Patruelium magnorum, citra ullam juris neceſſitatem, doloſis perſuaſionibus inductæ, der Vätterlichen Erbſchafft von etlich zwantzig tauſend Gulden renunciren müſſen, welcher allzugroſſen Læſion halber die von ihnen ſucceſſioni paternæ beſchehene renunciation in keine Weiß noch Wege beſtehen ſoll, kan oder mag.
41 Deñ ob es ſonſt wohl magni momenti quæſtio iſt: Num renunciatio talis ob læſionem enormiſſimam reſcindi aut impugnari poſſit? in qua decidenda Dd. ſupra modum variant, und einige dieſelbe affirmiren;
42 vid. Grævæus ad Gail. *2. O. 147. num. 5.* Georg. Natta *in c. quamvis. num. 46. ſeqq.* Joh. Dauth. *ibid. n. 92.* Herm. Vultej. *vol. 2. Conſ. Marpurg. 29. n. 100. ſeqq.* ubi pluribus hanc opinionem firmat, & *n. 123.* fere integram Dd. ita ſentientium Phalangem allegat. Sicut & magnum Legiſtarum ac Canoniſtarum, aliorumque Dd. qui conſilia ſeu Reſponſa & Deciſiones ſcripſerunt, catalogum, qui in ſuis prælectionibus, repetitionibus, commentariis, tractatibus, Reſponſis, Conſultationibus & Deciſionibus ejusdem ſententiæ aſſertores & defenſores exiſtant, eamque acriter propugnent, exhibet Cothmann. *vol. 2. Reſp. 53. à num. 190. usque ad num. 202.* Mev. *ad Jus Lub. p. 2. t. 2. art. 34. num. 109. & p. 3. dec. 273. p. 5. dec. 284. n. 2.* Paul Gallerat. *de renunciat. lib. 3. cap. 2. n. 53. 54.* Menoch. *Conſ. 412. n. 3. & n. 34.* ubi prope infinitos ſic ſentientes refert, & hi omnes ſententiam hanc communem, imo communiſſimam ac in præcipuis totius mundi curiis atque judiciis receptam, variisque præjudiciis comprobatam eſſe teſtantur.

Andere ſie negiren, quorum ſententiam veriorem cenſet & ſequitur noviſſime
Dn. Stryck. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. 8. c. 10. n. 135.* ubi varias pro ea rationes & authoritates adducit. addantur allegati à Gallerato *d. c. 2. n. 53.*

Wieder andere diſtinguiren, wie zu ſehen 44
apud
laudatum modo Stryckium *n. 133.*
So waltet doch bey uns der geringſte Zweiffel 45
nicht, daß hier in concurſu aliarum cauſarum, minoris ætatis nimirum, omiſſæ certiorationis de quantitate bonorum renunciatorum, doloſæ perſuaſionis & inductionis ad renunciandum &c. dieſelbe nicht als ungültig und krafftloß mit gutem Fug und Recht umgeſtoſſen und zernichtet werden möge, in Anſehung dergleichen enormiſſima læſio, concurrentibus imprimis aliis circumſtantiis, in Jure ſo verhaßt, daß ſie dem dolo æquiparirt werde, und daher derſelben niemand renunciren kan.

Ex enormiſſima enim læſione dolus præ- 46
ſumitur, ſiquidem veriſimile non eſt, quod quis paſſus fuiſſet ſe ita lædi, niſi doloſe ad id inductus fuiſſet.
Brunnem. *Conſ. 21. n. 12.* Cephal. *Conſ. 405. n. 23.*
imo læſio enormiſſima æquiparatur dolo ex propoſito
arg. l. 17. §. 1. ff. quæ in fraud. credit. l. 5. C. de dol. Cephal. *d. Conſ. 405. n. 27.* Felin. *in C. in præſentia. n. 11. de probat.* Paul. de Caſtro *lib. 1. Conſ. 174. n. 1. lib. 2. Conſ. 215. num. 4. & Conſ. 305. n. 2.* Cravetta *Conſ. 8. n. 5. Conſ. 142. n. 21.*
Sicut ergo dolo ex propoſito renunciari nequit, ita nec læſioni enormiſſimæ, quæ dolo æquiparatur
Cravetta *Conſ. 192. n. 10.* Menoch. *Conſ. 412. n. 76.* Cephal. *d. Conſ. 405. n. 25.*
& quemadmodum renunciari non poteſt dolo futuro, ita nec læſioni tali enormiſſimæ
Ruger. *Conſ. 37. n. 5.* Covarruv. *lib. 2. var. reſol. c. 4. verſ. cæterum ubi læſio. n. 5. & in c. quamvis. p. 3. §. 4. n. 3. ſeq.* Cravetta *Conſ. 142. n. 23.* Seraph. de Seraphin. *privil. 83. n. 103. & privil. 136. n. 15. 21.* Ozaſch. *dec. 41. n. 2.* Grammat. *dec. 66. n. 49.*
Stante quippe enormiſſima læſione nil quicquam operatur renunciatio
Covarruv. *d. c. 4. num. 5.* Alba *Conſ. 81. num. 53.*
nec læſio enormiſſima comprehenditur ſub verbis quantumcunque generalibus, neque unquam intelligitur incluſa quacunque cautela adhibita in promiſſione
Joſeph. Ludovici *dec. Peruſ. 27.* Bero *ad c. 1. de in integr. reſtit. n. 12.*
Ac non ſolum excipitur læſio enormiſſima à renun-

renunciatione, verum etiam à juramento, unde renunciari nequit læsioni enormissimæ, nec cum juramento

Cephal. *d. Cons. 405. n. 30.* Seraphin. de Seraphin. *Priv. 126. num. 15.* Mynsi. *5. O. 59.*

Siquidem non operatur juramentum, ubi intervenit læsio enormissima, ne sit aut fiat vinculum iniquitatis.

c. inter cætera. 22. q. 2. Brunnem. *Cons. 25. num. 3.*

atque læsio enormissima detecta & probata tollit vires juramenti, ita ut nec necessaria sit absolutio

Gabriel *l. 2. Cons. 9. n. 1.*

Nam jura ista omnia, quæ volunt servari juramentum, intelliguntur, nisi in contractu interveniat enormissima læsio

Menoch. *Cons. 412. n. 61.*

& licet juramentum tollat enormem læsionem, non tamen tollit enormissimam, quoniam jurans non videtur in tantam læsionem
47 consentire, neque de eâ unquam cogitasse intelligitur

Cagnol. *in l. 2. C. de rescind. vend. num. 139.* Ozasch. *dec. 41. num. 3.* Cephal. *Cons. 405. n. 26.* Cravetta *Cons. 7. n. 5. & Cons. 92. n. 2. 3. seqq. Cons. 192. n. 3. 8.* qui pluribus hinc confirmat, nec juratam læsionis renunciationem ad enormissimam læsionem extendi.

Præterea Juramentum contractui vel pacto, ex quo quis enormissime læditur adjectum, non dicitur habere Comites requisitos, scil. veritatem, judicium & justitiam, quia deficit veritas propter dolum partis, judicium, i. e. discretio jurantis, & justitia ejus, quod juratur, propter enormissimam læsionem, & ideo juramentum non operatur

Ozasch. *d. dec. n. 1.* Mynsi. *5. O. 59. n. 4.*

Cum igitur, ut dictum, hujusmodi gravissima læsio doli præsumptionem inducat, imo ipsi dolo ex proposito quoad effectum suo modo æquiparetur, & ejusmodi renunciatio, qua quis enormissime læditur, evidentem iniquitatem & injustitiam contineat, cujus vinculum minime esse debeat juramentum, quippe quod semper tres suos habeat comites, veritatem, judicium & justitiam

c. 26. X. de jurejur.

nec exceptioni enormissimæ læsionis renunciari unquam intelligatur verbis quantumvis generalibus adhibitis & usurpatis, nulli dubitamus, quin hîc trium sororum, de quibus quæritur, jurata licet renunciatio ex capite enormissimæ læsionis, quæ in facto certa & notoria à nobis supponitur, impugnari queat, præsertim cum concurrat hîc 1)
48 minor illarum ætas (nam etsi juramentum alias minorem faciat majorem, ita ut contractus ejus jurati, licet alias de JCivili invalidi, subsistant & adimplendi sint, attamen juramentum, ut dictum, nihil operatur, ubi subest læsio talis enormissima, duplo, triplo, quadruplo dimidium excedens, qualis hîc adest,) 2) omissio præviæ certiorationis de quantitate bonorum, quibus renunciatum, (neque enim sufficit fœminam renunciantem certioratam esse de juribus & beneficiis legum sibi competentibus in bonis renunciatis, sed ad validandam renunciationem amplius requiritur, ut de vero bonorum renunciatorum valore & quantitate certiorata fuerit, per ea quæ deduxit

Tiraquell. *in l. si unquam. in pr. n. 96. C. de revoc. donat.* & ibid. Ripa *qu. 53.* Jason *Cons. 133. n. 10.* Curt. Jun. *Cons. 141. num. 10.*

illa itaque certioratione intermissâ, (quod fœminæ renunciantis decipiendæ gratia factum præsumitur, dolique ac fraudis suspicionem gravissimam inducit

l. 35. de pact. l. 9. §. 2. ff. de transact.)

juramentum renunciationi additum nihil operatur,

Cyn. *in l. 2. C. de rescind. vend. q. 6.*

quod pluribus deducit

Dec. *Cons. 180. in fin.* Alciat. *de præsumpt. reg. 1. præsumpt. 42.*)

& 3.) callida ac dolosa inductio ad renunciandum per veritatis suppressionem, ac falsitatis allegationem, cujusmodi circumstantiis concurrentibus & ii, qui alias renunciationem ob enormissimam læsionem rescindi posse negant, per renunciationem enormissimè læsæ succurrendum & renunciationem annullandam, ipsamque renunciatam ad successionem admittendum esse concedunt, ut videre est

ap. Stryck. *de success. ab intest. Diss. 8. c. 10. num. 136.*

Quod & Serenissimus Saxoniæ Elector ex 49
consilio Prudentum ita expresse constituit sanciendo: Obwohl vortreffliche Rechts-Lehrer der Meynung seyn, wann eine Tochter aydlich Verzücht gethan, oder da Verträge und Handlungen aydlich befestiget worden, darinn der oder die, so geschwohren, enormissime und weit über die Helffte vernachtheilet, daß solcher beschwehrte Theil von dem Ayde zu absolviren, und ihme alsdann der Abgang auf angestellte rechtliche Forderung zu ersetzen sey. So haben doch des Ayds und Gewissens halber, unsere Räthe, Juristen-Facultæten und Schöppen-Stühle dahin geschlossen, sollen auch also sprechen und erkennen, daß dißfalls die geschwohrne Verzüchte Verträg oder Handlung gehalten und wegen obgedachter Læsion nicht hinterzogen werden sollen, NB. es wäre dann wegen der Jugend, vorsetzlichen Betrugs oder anderer wichtigen Umstände, die absolutio Juramenti zuzulassen, welches in guter vernünfftiger Bescheidenheit stehet,

p. 2. Const. Saxon. 35. ibi Carpzov. *d. 2.*

& procedit etiamsi consensus consanguineorum, vel judicis quoque decretum interve- 50
nerit.

Gabriel *commun. concl. lib. 3. tit. de jure dot. concl. 1. n. 15.* Vultej. *vol. 2. Cons. Marpurg. 29. n. 123.* ubi in casu, quo filia renuncians enormissime læsa, rescissionem

ſciſſionem renunciationis concedit etiamſi renunciatio facta ſit cum decreto judicis, authoritate curatoris & conſenſu propinquorum, quod imprimis obtinebit concurrentibus ejusmodi circumſtantiis, quales in hoc noſtro caſu adſunt & concurrunt.

51 Idemque adhuc dicendum, licet renunciationes ſint geminatæ vel verbis ampliſſimis factæ.

Barthol. Socin. *vol. 2. Conſ. 263. num. 4.* Vultej. *d. Conſ. 29. n. 122. ſeq.* Gozadin. *Conſ. 9. n. 64. & Conſ. 97. n. 14.*

Deme nach wir nochmahls bey unſerer gefaßten Meynung beſtändig verbleiben, daß deren dreyen Sternfelſiſchen Töchter Renunciation, ob ſolche gleich nicht wegen dieſer oder jener Urſach allein vor unkräfftig gehalten werden möchte, doch wegen ſo vieler zuſammen ſchlagender Urſachen, wann ſelbige conjunctim conſiderirt werden, recht und billig als ungültig, unbündig und ohnkräfftig angefochten werden könne, juxta illud quod vulgo dici ſolet: Singula quæ non proſunt, multa collecta juvant

l. 15. §. 11. ff. de excuſ. tut. l. 5. l. 6. C. de probat. l. 4. pr. de uſur. Barboſa locuplet. *l. 17. c. 34. ax. un.* ibique alleg.

52 Und ſie 7.) daran nichts hindern möge, daß in der Verzüchts-Formul gedacht, daß ſie ſich aller Vätterl. Vatters Brüderl. und Vetterlichen Sternfelſiſchen Manns Stammens, biß auf den letzten von Sternfels mannlichen ehelichen Stammens, Erbs- und Erb-Gerechtigkeit verziehen mit gutem freyen Willen, wohl-bedachten Macht, ungezwungen, ungedrungen, mit keinen Liſten und Gefährden hintergangen, ſich auch aller dawider dienender Schirm oder Behelff und Exceptionen wiſſentlich verziehen haben ꝛc. denn dergleichen clauſulæ mehr ex conſuetudine & Stylo Notarii, als ex voluntate ipſarum renunciantium inſerirt worden, deswegen dieſelbe wenig würcken, und da die callida inductio ad renunciandum, die omiſſa certioratio de quantitate bonorum renunciatorum und læſio enormiſſima klar am Tage liegt, wird aäntzlich geglaubt, daß qua facilitate ſie zum Verzücht ſelbſt & ad patiendum læſionem enormiſſimam inducirt ſeyn, eadem facilitate ſie auch ad renunciandum omnibus exceptionibus & juris beneficiis ſibi competituris inducirt worden ſeyn.

arg. l. doli. 19. verſ. diverſum &c. ff. de novat.

id quod inprimis vi d. tx. in mulieribus & minoribus procedit, namque qua facilitate minor vel mulier ſe paſſi ſunt lædi enormiſſime, eadem quoque creduntur adducti ad renunciandum ipſi læſioni, aliisque beneficiis & juris remediis ſibi contra negotium geſtum, quo ita læſi, competentibus

Menoch. *Conſ. 412. n. 75. 77.* Grammat. *dec. 66.* Seraphin. de Seraphin. *Privil. juram. 136. n. 17.* Cravetta *Conſ. 635. n. 6.*

Derentwegen denenſelben ohnangeſehen der beſchehenen Renunciation aller Schirms- und Hülffs-Mittel in allwege zu ſuccuriren. Wir ſchreiten aber nunmehro zu der

Andern Frage:

darinn angefraget wird:

Auf den Fall daß ſolcher Verzücht in Rechten keinen Beſtand hätte, ob er durch den Anno 1649 ratione des Vätterlichen getroffenen Verglich von neuem confirmirt worden? 53

Daß ermeldter Verzücht an ſich in Rechten keinen Beſtand habe, ſondern mit allem Fug und Recht impugnirt werden möge, iſt ad præcedentem quæſtionem mit mehrerm ausgeführt, ob nun wohl es das Anſehen haben möchte, daß er nichts deſtoweniger durch den Anno 1649. ratione des Vätterl. getroffenen Verglichs ex poſt facto confirmirt worden, quia renunciatio ab initio metu, dolo vel errore facta convalidatur, ſi poſtea a renunciante denuo ratificetur, maxime ſi id fiat in majore ætate, quoniam ſic vitium, quod ſuberat, remiſſione decepti ſeu ejus cujus intereſt, purgatur, uti in terminis tradit 54

Stryck *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. 8. c. 10. n. 129.* & ab eo allegat. Berlich. *p. 2. concl. 43. n. 32.* ibique cit. Brunnem. *ad l. 2. C. quod met. cauſa.*

Quo facit, quod repetitio ſeu geminatio actus teſtetur de enixiori & magis deliberata agentis voluntate, plurimumque operetur ad demonſtrationem ſeriæ & indubitatæ mentis ac voluntatis, nec non ad actus validitatem, ut notant Dd. 55

ad l. 22. C. ad SCt. Vellej. l. 14. §. 1. C. de non num. pec. Anton. Corſet. *de verbis geminat. n. 1. & 11.*

Quin ſecundum hunc actus alioquin invalidus geminatione convaleſcit

Corſet. *d. tr. num. 20.*

Quare actui geminato nihil opponi poſſe bisque actum faciens eidem contravenire non poſſe dicitur.

Gozadin. *Conſ. 1. n. 37. Conſ. 70. n. 7.* Cephal. *Conſ. 47. n. 34. Conſ. 90. n. 32.* Decian. *lib. 1. Reſp. 2. n. 159.*

Geminans quippe actum videtur illum ultro confirmare,

d. l. 22. ibi: *ultro firmavit. C. ad SCt. Vellej.*

& actus ſimplex alias inutilis geminatione redditur utilis, geminatio enim inducit confirmationem actus præcedentis inutilis ut ex præſumpta iterato agentis voluntate valeat.

Paul. de Caſtro *in l. 1. ff. de conſtit. pec.* Pariſ. *l. 2. Conſ. 19. n. 122.*

Et quoniam actus valere non poteſt, niſi ſublatis iis, quæ actum expugnare poſſunt, ideo agens ex actu geminato cenſetur renunciando tollere omnina remedia & auxilia 56

juris, quibus actus expugnari potest, hinc-que oritur ex geminatione actus tacita renunciatio, illorum præcipue remediorum & auxiliorum juris, quibus occurritur fragilitati, facilitati, errori & fraudi, quia geminatio demonstrat consultam deliberationem, quæ tollit præsumptionem fragilitatis, facilitatis, erroris & fraudis, imo & læsionis cujus causa est error.

Gallerat. *de renunciat. lib. 5. cap. 5. per tot.* ibique allegati.

Welches assertum de confirmata successionis paternæ renunciatione per iterato anno 1649 factam delatæ jam tum hereditatis
57 cessionem & actus geminationem hier 2.) dadurch nicht wenig scheint bestärcket zu werden, daß das über den letztern Vergleich und Cession auffgerichtetes Instrumentum ein Kauff-Ubergab und Verzüchts-Brief genannt, und mithin also angezeiget wird, daß die Sternfelsische Töchter ihre Vätterliche ihnen damals per mortem Patris schon angefallene Erbschafft ihres Vatters Brüdern gleichsam verkaufft, und emptionis venditionis titulo übergeben haben. Valere autem hereditatis sibi delatæ venditionem probat

tot. tit. ff. & cod. de heredit. vel act. vend.

58 So halten wir jedoch dessen ohngeachtet beständig dafür, daß der von der ältesten und mittlern Tochter in anno 1636. und 1638 gethane Verzücht (wiewohl deren letztern anno 1638 ausgefertigte Verzüchts-Brief bey den Actis nicht verhanden, und derselben Verzücht vel hac ratione auch ungültig, weil er corporali juramento nicht bestättiget seyn soll, besage Facti Speciei) durch den anno 1649 ratione des Väterlichen getroffenen Vergleich und Cession nicht confirmirt oder bestättiget worden, sondern
59 weil sie dazu so wohl, als zu der ersten renunciation, dolosis persuasionibus, sine prævia certioratione de quantitate & qualitate bonorum paternorum, so der Patruus jederzeit nach ihrer Frau Mutter seel. Todt unter Handen gehabt, inducirt, und dadurch auf gleiche Weiß enormissime lædirt worden, ist diese Cession ex iisdem rationibus, quibus prima renunciatio, ebenmäßig ungültig, unbündig und unkräfftig, (gleichwie auch der dritten und Jüngsten sich anno 1649. verheyratheten Tochter erstmahls de anno beschehene renunciation iisdem ex rationibus zu Recht kein Bestand
60 haben kan,) um so mehr als die Successio paterna damahlen schon delata gewesen, derowegen derselben renunciation und Cession so weniger sine speciali certioratione de quantitate patrimonii ex confecto desuper inventario geschehen und bestehen können, per firmata a Kellenbenzio *qu. 4. n. 12.* notanter scribente: Delata vero si jam filiæ fuerit successio, verius est, renunciationem non obtinere, nisi hæc ex inventario conscripto vel alio modo de tota patrimonii substantia probe instructa fuerit. Cum enim in hoc casu filia cum fratribus (in quorum gratiam renunciat) æqualiter ad successionem paternam aspiret, partemque cum iis faciat, *§. 1. Inst. de hered. quæ ab intest.* (in nostro præsenti casu filiæ Patri suo ex asse successissent, excluso penitus Patruo, excluisque Patruelibus magnis, in quorum favorem renunciare persuasæ & coactæ) istudque jus nullis amplius fortunæ casibus sit suppositum, sed de præsenti filiæ competat: Valor autem istius portionis (hic totius paternæ substantiæ & hereditatis) in facto consistat, cujus certa aliqua notitia, nisi quis in specie de eo instruatur, haberi non possit. *l. in omni. 2.* ibi Dd. *de jur. & fact. ignor.* fieri non potest, ut absque speciali certioratione filia ex renunciatione obstringatur, cum ignotis nec renunciari intelligatur, nec etiam renunciari queat. *l. 19. ff. de inoff. test.*

Und mag man es pro venditione hereditatis præsentis & jam delatæ, sive pro transactione sive pro quocunque alio negotio 61
ansehen und halten, was anno 1649 geschehen und tractirt worden, so kan es doch durchaus sub nullo colore vel specie zu recht bestehen, quia etsi habeatur pro emptione venditione 62
hereditatis delatæ, tamen ob intervenientem dolum, quo ad ineundam hanc venditionem hereditatis paternæ sibi delatæ inductæ, mediante falsa persuasione, quod pleraque bona paterna fideicommisso familiæ sint affecta, & fere nulla a fideicommissi vinculo & nexu libera atque in filias transitoria, ipso jure nulla erit

arg. l. 7. pr. ff. de dolo mal. l. 16. §. 1. de minor. Vinn. *lib. 1. quæst. select. c. 12.* Bargal. *de dol. divis. 5. n. 12.*

Item nullius erit momenti ob id, quod 63
Patruus tanquam Curator Legitimus emptoris & venditoris officio simul functus, & in rem suam sive proprium emolumentum authoritatem vel consensum accommodaverit, si una vel altera filiarum adhuc minor fuerit tum temporis

per l. 1. l. 5. §. 2. l. 7. ff. de author. tut.

nec tandem subsistet & quicquam roboris habebit ob enormissimam, quæ subest, læsionem

l. 2. l. 8. C. de rescind. vend. ibi Barbosa, Brunnem. & alii Dd. Bb. Antecessores ap. Besold. *v. 2. Cons. 64. n. 53. seqq.* Frid. Brandis *in Theor. & Praxi L. 2. C. de rescind. vend. concl. 13.*

Et perinde erit, si pro transactione vel alio 64
quocunque negotio habeatur, nam & dolus unius ex transigentibus alteri, majori etiam justam causam præbet restitutionem in integrum & rescissionem transactionis petendi,

l. 4. l. 15. C. de transact.

quam similiter præbet enormissima ex transactione resultans læsio. Tametsi enim transactio ex capite læsionis enormis ex veriori sententia rescindi nequeat,

arg. l. 19. l. 23. C. de transact. l. 56. de re jud.

jud. l. 18. §. fin. ff. ad SCt. Trebell. l. 65. §. 1. de cond. indeb. l. 6. C. de jur. & fact. ignor. Vinn. *de transact. c. ult. n. 11. & lib. 1. select. qu. cap. 57.* Merend. *lib. 6. contr. cap. 21.* Cothmann. *vol. 2. Cons. 53. n. 23. seqq.* Mev. *p. 4. dec. 30. p. 5. dec. 284.* Mynſ. *1. O. 32.* Gail. *2. O. 70.*

65 Læſio tamen enormiſſima facit reſcindi transactionem, etiam juratam, quamvis in ea expreſſa fuiſſet clauſula: Et quod plus eſt, cenſeatur donatum & remiſſum.

uti vi *l. 5. C. de dol. l. 29. C. de transact. l. 65. §. 1. de condict. indeb. l. 36. de V. O. l. 23. ff. famil. ercisc.* pluribus firmat Joſeph. Urceol. *de transact. qu. 94. n. 10. & 17.* ubi magnam Dd. ita ſentientium catervam adducit, & pro hac veriori & receptiori ſententia ſæpe judicatum fuiſſe teſtatur Valeron. *de transact. tit. 6. q. 2. n. 46.* Andreol. *contr. 288. n. 47. ſeq.* & contrariam opinionem ſe in Praxi nunquam admiſſam vidiſſe teſtatur Alphonſ. de Olea *de ceſſion. jur. & act. tit. 2. q. 1. num. 51.*

66 Ob auch wohl ſonſt die Dd. erinnern, quod læſio ex renunciatione ſucceſſionis promanans non tam æſtimanda ſit ex illo, cui renunciatum fuit, quàm ex eo, cujus gratia renunciatio facta eſt, ut, ſi filia propter dotem renunciaverit, non tam conſiderandum ſit, quid in bonis habuerit Pater, quam an congruè dotata ſit, & ſi congruam dotem perceperit, neque in ea enormiter aut enormiſſimè læſa ſit, tum non amplius curandum, licet, habito reſpectu ad bona Paterna, læſa videri poſſet, quia non in dote læſa reperitur; ſic quando intuitu legitimæ renunciavit, potiſſimum conſiderari debeat, an in legitima læſa fuerit, non attentis reliquis bonis, quibus renunciavit. Quando igitur filiæ renuncianti tenuiſſima dos conſtituta. ex eaque apparet, ipſam enormiſſime læſam eſſe, tum filiam non ad integram portionem ex paterna hereditate ſibi debitam, ſed tantum ad ſupplendum id, quod doti congruæ & legitimæ deeſt, agere poſſe dicunt.

ita Cravetta *Conſ. 11. n. 10.* Pariſ. *vol. 3. Conſ. 26. n. 83.* Baldus Novell. *de dote part. 6. privil. 17. n. 6.* Mund. *Conſ. 10. n. 361. ſeqq.* Richter *dec. 69. num. 16.* ubi ita Facultas Jurid. Jenenſis reſpondit non totam renunciationem irritam fieri ſed renunciantem in ſupplementum tantum agere & id, quod legitimæ deficit, petere poſſe. Kellenbenz. *qu. 42. n. 3. 4.* Muſcul. *de ſucceſſ. convent. cl. 1. m. 2. n. 341.* Vultej. *vol. 2. Conſ. 29. num. 58.*

& ſi congrua dos ac legitima integra perſolvatur, in reliquis adhuc firmam permanere renunciationem ajunt

Covarruv. *in c. quamvis. p. 3. §. 4. n. 14.* H. Piſtor. *l. 4. q. 6. n. 78.*

So halten wir doch, daß hie in unſerm Fall 67
dieſes nicht angehe, ſondern die drey Sternenfelſiſche Töchter, ſo hier dolo inductæ, in favorem Patrui & Patruelium magnorum, Paternæ ſucceſſioni renunciret, optimo maximo jure hierfalls ad totam paternam ſubſtantiam & hereditatem, cui falſis perſuaſionibus inductæ renunciarunt, agiren können, weil ſie nicht nur in dote vel legitima ex Patris bonis ipſis debita lædirt, ſondern tota ſucceſſione Paterna, Patre inteſtato mortuo, tam naturæ quam civili Jure ipſis ex aſſe delata defraudirt worden.

arg. l. 7. pr. ff. unde lib. l. 7. pr. de bon. damnat. Nov. 118. c. 1. & traditorum ab Ant. Fabro *lib. 2. cod. Sabaud. tit. 3. def. 8.* Stryck. *de ſucceſſ. ab Int. Diſſ. 8. c. 10. n. 142.* Mev. *p. 3. dec. 352. n. 4. p. 5. dec. 283. n. 4. 5.*

Und irret hierwider nichts, was oben loco 68
rationis dubitandi de ratificatione renunciationis durch den An. 1649. ratione des Vätterlichen getroffenen Verglichs und wiederhohlte Ceſſion, deque vi & effectu geminationis actus angeführt worden, dann aus ſolchem Verglich und wiederhohlten Ceſſion keine zu Recht beſtändige Ratification und Confirmation der ungültig beſchehenen Renunciation zu flieſſen erachtet werden kan, in Betrachtung der letzte Verglich und Ceſſion eben ſo unbündig und unkräfftig als die erſte Renunciation, ex defectu voluntatis, quam excluſit dolus dans cauſam ceſſioni huic iterum, indem ſie doloſe perſuadirt geweſen, daß der Vatter faſt nichts eigenthumliches verlaſſen, ſondern mehrentheils alles mit dem fideicommiſſo familiæ behafft, was er hinterlaſſen.

Non autem fit ratificatio actûs vel contra- 69
ctûs ſine plena, certa & deliberata voluntate, cumque ignoti nulla ſit cupido, & voluntas non verſetur circa ignorata, ad ratificationem requiritur certa & ſpecialis ſcientia, ut nempe ratificans ſciat rem & negotium, quod ratificari debet, cum omnibus ſuis qualitatibus & circumſtantiis

l. de his ff. rem rat. hab.

neque enim inducitur ratihabitio, niſi data ſcientia contractûs & negotii ratificandi, & quidem certâ & ſpecificâ, non ſaltem generică vel præſumptâ & implicitâ,

Herold. *de Jure ratificat. c. 4. n. 4. 6.*

Neque operatur geminatio & repetitio 70
actus, quando in actu geminato vel repetito intervenit idem defectus

Cravetta *Conſ. 494. num. 17.*

Geminatio enim actus ita operatur, ſi in ſecundo actu non intercedat eadem cauſa eum infirmans, quæ in primo faciebat ne valeret.

Gratus *Conſ. 71. num. 25.*

Die dritte Quæſtion iſt:

Wann angeregter Verglich in Rech- 71
ten Beſtand haben ſolte, ob nicht Anno 1666. durch Abſterben Eberhards, Georg Chriſtoph von Sternenfelß Söhnleins

der ledige Anfall sich ereiget, und also denen drey Töchter Erben wider Georg Christoph von Sternenfelß, der ohne männliche Erben abgestorben, seine hinterlassene Erben ratione thres Vätterlichen eine Action competire?

Welche weitläuffig zu resolviren ohnnöthig bey so bewandten Dingen, da die erste und andere Quæstion dahin beantwortet worden, daß deren drey benandten Sternenfelsischen Töchter Renunciation an und vor sich zu Recht nicht bestehen könne, noch durch den Anno 1649. ratione des Vätterlichen getroffenen Verglich und Cession confirmirt und bestärcket worden sey. Und wann ermeldte Renunciation oder angeregter Verglich in Rechten Bestand haben solte, würde es sehr anstehen, ob die drey verziegene Töchter des Johann Georg von Sternenfelß oder deren Erben jetzo, wegen des erfolgten Todfalls des Eberhards, Georg Christoph von Sternenfelß Söhnleins, und weil dessen Vatter also ohn männliche Erben abgestorben, und nur 4. Töchter hinterlassen, ihr Vätterliches Erbe, dem sie renunciret, jetzo mit Recht schon suchen, und deßwegen wider diese des Georg Christoph von Sternenfelß hinterlassene Töchter actionem intendiren könnten,

72 denn obwohl

Ant. Tessaur. *dec. Pedem. 189. n. 1.* eumque secutus Berlich. *p. 2. concl. 43. n. 12.* den Casum setzen, ubi soror hereditati paternæ in favorem Titii & Sempronii renunciavit, ita, ut si Titius & Sempronius sine liberis decederent, liceret sibi redire ad jura sua, und sagen, quod eo in casu, si Titius sine liberis decedat, relicto altero fratre Sempronio, soror renunciata nihilominus portionem suam in bonis fratris mortui, excluso alio fratre, & ejus liberis, consequi, & ad eam obtinendam cum effectu agere possit, woraus geschlossen werden möchte, daß gleichergestalten hier, da die drey Sternenfelsische Töchter in favorem ihres Patrui und Patruelium Magnorum hereditati Paternæ renunciret, ihnen aber auf den Fall daß diese ohn Männliche Erben sterben sollten, den Regreß dazu expressè reservirt, sie nachdem der Patruus ohn Männliche Erben abgestorben ex ipsius bonis ihre Portion exclusis patrue-

73 libus mit Recht suchen können; So halten wir jedoch gäntzlich davor, daß der reservirte ledige Anfall sich noch zur Zeit nicht ergeben, daß sie krafft dessen schon könnten ihr renuncirtes Vätterliches Erbe aus des Patrui Gütern und von dessen hinterlassenen 4. Töchtern suchen, wann die Renunciation in Rechten Bestand hätte;

„ dann sie nicht nur in faveur des Vatters Bru-
„ dern Georg Christoph von Sternenfelß, son-
„ dern conjunctim auch der beeden Vettern
„ Joh. Walther und Joh. Bernh. von Ster-
„ nenfelß und deren männlichen Nachkommen
„ renunciret, also daß weder sie noch ihre Er-
„ ben, noch jemand von ihrentwegen derenthalb
„ kein Ansprach oder Forderung zu ewigen Ta-
„ gen nimmermehr gewinnen, noch ihren lieben
„ Juncker Vatter Bruder, Vetter oder dero-
„ selben Kinder oder Anverwandte nicht bekümmern, ersuchen noch molestiren sollen und wol-
„ len, es wäre dann, daß ihres lieben Vatters
„ Bruder und Vettern alle ohne Männliche
„ Leibs-Erben und gantz keine mehr ihres Ge-
„ schlechts Manns-Stammes vorhanden und
„ gantz abgestorben wären, alsdann solle auf sol-
„ chen Fall der Verzug sie oder die ihrige nicht
„ mehr binden, sondern ihre und ihrer Erben Ge-
„ rechtigkeit an Vätter- und Vetterliche Erb-
„ schafft vorbehalten seyn, als ob der Verzug
„ nicht geschehen wäre, daß auf solchen Fall, wo
„ kein ehelicher Manns-Stam ihres Geschlechts
„ nicht im Leben, sondern allein Töchtere hinter-
„ liessen, sie ihnen ihre weitere erbliche Anforde-
„ rung und Zutritt zu Ergäntzung deßjenigen,
„ was ihr über die hiervorigen Empfang des
„ Vätterlichen und Vetterlichen Erbs-Gebühr-
„ niß ohngefährlichen ermanglen möchte in all-
„ weg ohnbenommen seyn und erstattet werden
„ solle ꝛc. deßwegen so lang noch Masculi von Joh. Walther und Joh. Bernhard von Sternenfelß vorhanden und im Leben, cedirten solchen die renuncirte Güter, wann die Renunciation kräfftig und bündig wäre, und fielen selbige nur alsdann zuruck, wann diese alle mit einander ohn männliche Erben abgestorben wären, per latius firmata

à Kellenbentz. *qu. 21. per tot.*

Und obwohl die renuncirende drey Töchter ihnen alle andere Bey- und Neben-Fälle auch ausdrücklich vorbehalten, können doch unsers Ermessens hierdurch diese reservirte Bey- and Neben-Fälle keine andere als Testamentliche Verordnungen zu ihrem Faveur geschehen, verstanden werden, weil sie allen Successionibus ab intestato renunciret, so lang ein Masculus ihres Geschlechts von dem Patruo und Patruelibus werde vorhanden seyn.

Wolten solches zu verlangter Rechtes Nachricht, salvo quorumvis melius sentientium judicio, dienstlich nicht verhalten ꝛc.

Actum in Coll. nostro d. 10. Aprilis 1696.

CONSILIUM LX.

De Actione utili negatoria de venatione mota & intentata & Juramento calumniæ exacto non semper præstando.

SUMMARIA.

1. Sententia reformatoria.
2. Rationes decidendi.
3. & 4. Deferens calumniæ juramentum ad partis petitionem malitiæ juramentum præstare tenetur.
Quod & in camera Imper. observatur.
5. & 6.

5. & 6. Ab hoc autem juramento immunes sunt Procuratores fisci Cæsarei, & Electorum Principum & Statuum Imperii Consiliarii.

7. Non vero reliqui Principum Imp. Officiales s. Præfecti die Amt-Leut, *eorumque Procuratores Principum causas agentes.*

8. & 9. Ex ratione allegata.

10. & 13. Juramentum Calumniæ, Advocatis, nisi justa & singularis ratio istud exigendi adsit, imponendum non est.

11. Actor Reo ad fundandam illius exceptionem omnia instrumenta ad causam quoquo modo pertinentia, licet ipse iisdem in judicio usurus non sit, edere tenetur.

12. Et Judex sine ullo processus vitio, hoc, inprimis si non viva voce petitum sit, præterire potest.

16. Juramenta enim superflua non injungenda sunt sed iis utendum ut Pharmacis, quibus non utimur nisi necessariis.

14. & 15. Applicatio ad casum.

17. Qualis actio in substrato sit instituta.

18. Actor qui fundamentum intentionis suæ ponit in libertate, ab onere probandi liberatur.

19. & 20. Excipitur casus si reus in quasi possessione servitutis constitutus.

Ex adductis rationibus.

21. Applicatur ad casum propositum.

22. In reformatoria sententia plerumque expensæ compensantur.

Urthel.

1 IN Supplications-Sachen Christianen Elisabethen Wittiben von Gladebeck, geborner von Münchhausen, Supplicant- und Beklagtin an Einem, entgegen und wider des Churf. Braunschweigisch. Lüneburgisch. Amts Harste Anwalden Supplicaten und Klägern am andern Theil po. strittiger Hasen-Jagds Gerechtigkeit, erkennen und sprechen Wir Churfürstl. Braunschweigisch. Lüneburgische verordnete Vice-Cantzler und Räthe allem Gerichtl. Fürbringen nach, auf eingeholten Rath auswärtiger unpartheyischen Rechts-Gelehrten vor Recht, daß die den 7 Martii 1696 publicirte Urtheil zu reformiren; inmassen wir sie hiemit reformiren, dergestalten und also, daß weder Supplicantin und Beklagtin, Advocatus noch deren Verwalter mit dem ihnen darin uffgelegten Ayden ohnnöthiger Weise zu beladen, sondern sie damit zu verschonen, und Supplicant- und Beklagtin schlechter Dingen so wohl in dem wider sie instituirten Petitorio als Possessorio bey der Sambt- und Mit-Jagd der Haasen in den Lenglerischen und Parenheusischen Feld-Marck und Gehöltzen in dem Amt Harst ungehindert zu lassen und zu schützen, deßwegen auch ihrem Verwalter Thomas Wahlbüschen die vor dem Lengler Berge abgenommene Flinte unentgeldlich wieder zu extradiren, es wollte und könnte dann Supplicat und Kläger inner 6 Wochen, so dazu nochmahls pro termino angesetzet, erweißlich machen, daß das Forst-Amt allda mit Ausschliessung beklagten Theils sothane Gerechtigkeit bey Menschen Gedencken beständig exerciret, welchen Falls ferner ergehet, was sich zu recht gebühret. Die Unkosten aber werden aus Bewegniß gegen einander compensiret und verglichen.

Daß diese Urtheil den Rechten und uns zu geschickten Actis gemäß sey, bezeugen wir Decanus &c. &c.

RATIONES DECIDENDI.

2 DJe Ursachen, so uns zu Reformation der vorigen den 7 Martii 1696 publicirten Urtheil, in so weit, daß die der „ Fr. Supplicant- und Beklagtin Ad- „ vocato und Verwaltern darin aufferlegte Ay- „ de nicht sollen abgeschwohren werden, sondern „ sie damit verschonet bleiben, und die beklagte „ Fr. Cammer-Præsidentin von Gladebeck „ schlechter Dingen, absque prævia Juramen- „ torum illorum præstatione, in Instituto „ petitorio Judicio bey der Sambt- und Mit- „ Jagd der Haasen in den Lenglerischen und Pa- „ renheusischen Feld-Marck und Holtzungen, in „ dem Ambt Harste gelassen und geschützet, auch „ ihrem Verwalter die am Lengler-Berge von „ dem Forster abgenommene Flinte ohn einig „ Entgeld wieder extradirt werden solle, bewo- „ gen haben, bestehen hauptsächlich darin.

1) Hat zwar des Churf. Braunschweig. Lüneburgisch. Amts Harste Anwald der Supplicantin und Beklagtin Advocato Num. Act. III. das Juramentum Calumniæ deferirt, welches ihm auch abzuschwöhren per Sententiam injungiret worden, weil sich aber derselbe dadurch graviret zu seyn erachtet, hat er deßwegen das Remedium Supplicationis ergriffen, doch sich eventualiter erkläret, solches abzulegen, wann zuvor des Churf. Braunschweigisch. Lüneburgisch. Amts Harste Anwald das Juramentum malitiæ abzuschwöhren angehalten würde; um willen nun 1) dieses Rechtens ist, und in summo 3
ac Augustissimo imperii Tribunali Cameræ Imperialis, aliisque Germaniæ Judiciis, also täglich observirt wird, daß wann einer seinem Gegentheil oder dessen Procuratori vel Advocato das Juramentum Calumniæ abzuschwören

ren anmahnet, er ad Instantiam dessen vor das Juramentum malitiæ ablegen muß, wie solches klar zu sehen ist ex variis præjudiciis
apud Blum *in Chiliad. sentent. Camer. sub Num. 291. 326. 630. 941. 952. &c.* & apud Decker *in sent. Camer al. N. 238.*

4 Perinde atque cum actor vel reus adversario juramentum judiciale defert, deferens etiam prius, si hoc petatur, juramentum malitiæ præstare tenetur, ita, ut si hoc facere recusat, illud pro præstito habeatur.
l. 34. §. 4. l. 37. ff. de jurejur. l. 11. §. 1. ff. rer. amot. l. 9. C. de reb. cred. & jurejur. l. fin. C. de fideicomm.
quod in tantum obtinet, ut is, cui juramentum judiciale delatum est, a deferente juramentum malitiæ adhuc exigere possit, etiam, posteaquam jam per sententiam ei delati juris jurandi præstatio injuncta est, quia juramentum malitiæ non alium in jure terminum habet, quam ut exigatur priusquam in causa principali juretur
d. l. 34. §. 4. l. 37. de jurejur.
ergo in omni litis parte, quamdiu non est juratum peti potest nec ante censetur tacite remissum, quam si quis eo non exacto delatum juramentum præstiterit, quemadmodum hoc pluribus firmat
Rauchbar *lib. 1. qu. 10. n. 7. seqq.*

Demenach wann der Fr. Cammer-Præsidentin von Gladebeck Advocatus das ihm von des Churf. Amts Harste Anwalden deferirte Juramentum Calumniæ abschwören sollte, dieser vorher das Juramentum malitiæ abzulegen schuldig seyn würde, davon er sich auch unter dem Prætext, daß er als des Churf. Amts-Harste Anwald ex officii necessitate agire, zu liberiren nicht vermögen würde, in Betrachtung, daß
5 ob wohl der usus Augustiss. judicii Cameralis die Procuratores Fisci Cæsarei a necessitate præstandi juramentum calumniæ eximirt
test. Gail. *1. Obs. 90. n. 4.* Mynsi. *1. O. 74.* Gylman. *tom. 2. p. 1. vot. 5. n. 49. & tom. 3. voc. Fiscus. & voc. Juramentum Calumniæ.* Rutger. Ruland *de Commiss. & Commiss. p. 1. l. 2. c. 14. n. 10.*
6 auch der Recessus Imperii novissimus de anno 1654
§. aber dieses verordnen vvir &c. 43.
7 Electorum Principum & Statuum Imperii Consiliarios davon excipirt; Solches 1) doch ad reliquos Principum Imperii Officiales seu Præfectos die Amt-Leute eorumque Procuratores, Principum causas agentes, mit Fug Rechtens so schlechter Dinge generaliter nicht extendiret werden könnte;
Cum constet eos sæpe adulatione erga Principis aut pro ambitione vel avaritia sua lites excitare, aliis movere, & vel illorum gratiam, vel sua compendia aucupari, vel in alios vindictam quærere. Ut igitur adversus hæc securitas sit iis, quibus negotia cum Principibus vel illorum officialibus intercedunt, integrum omnino esse debet ab his juramentum calumniæ exigere, præsertim cum adest causa existimandi, officialem injuste litem movisse aut agere. Nam nec Procuratorem fisci Summi Principis a calumniæ juramento excusat officii necessitas, ubi injusta causa deprehenditur.
Mev. *p. 3. dec. 191.* Græv. *l. 1. concl. 90. n. 7.*

Dazu 2) was contra juris communis te- 8
norem usu fori in Procuratore Fisci quoad Juramentum Calumniæ generale recipirt, ut nempe illud Procurator Fisci præstare haud teneatur, ad Juramentum malitiæ ab officiali Principis aut Procuratore ejus haud exigendum so weniger zu extendiren, als die Dd. communiter ohne dem die Libertatem Procuratoris Fisci a præstando Juramento calumniæ generali ad merita causæ in so weit restringiren, quod nempe Procurator Fisci Juramentum Calumniæ de justitia vel injustitia causæ regulariter præstare haud cogatur, und ins gemein dociren, daß er quoad ea, quæ ad Processum Judiciarium pertinent, ejusque ministerium concernunt, dasselbe eben so wohl als quivis alius Privati Procurator, zu præstiren schuldig sey, hinc omnino in propriam animam jurare teneatur, quod causam calumniose aut malitiose extrahere nolit per superfluas & calumniosas petitiones, delationes &c. Deßwegen dißfalls klagender 9
Amts-Anwaldt, weil keine geringe Suspicion wider ihn vorhanden, daß er der Beklagtin und Supplicantin Advocato das Juramentum calumniæ malitiose deferirt, cum ex parte illius ne minima quidem calumniæ suspicio adsit, sich nicht wohl ulla ratione würde entbrechen können das Juramentum malitiæ vor abzulegen, wann der Fr. Beklagtin Advocatus das ihm deferirte Juramentum calumniæ abschwören soll; Gestalten 2) die Acta ergeben, daß von dem Amts Anwalden der Supplicantin und Beklagtin Advocato das Juramentum calumniæ bloß der Ursach deferirt worden, daß er nicht zu Folge deren den 16 Aug. 1694 publicirten Urtheil den Num. 5. & 38. ad Acta gebrachten Revers oder den sub Num. Act. 78 beygelegten Bericht der Commissariorum in Originali & forma probante beygebracht, sondern allein deren Exempla oder Copias & quidem haud vidimatas zu Beweisung der prætendirten Haasen-Jagts Gerechtigkeit producirt, und an statt Production der Originalien deren in der Urtheil a qua specificirten, und in authentica forma zu produciren, injungirten Urkunden, weil Beklagtin und Supplicantin solche nicht unter Handen, mit andern Urkunden darthun wollen, daß selbe desiderirte Documenta in Originali verhanden gewesen, welches unsers Erachtens keine veram ac justam suspicionem ullius calumniæ generirt oder fovirt.

Haben also 3) derenthalben das der Supplicantin und Beklagtin Advocato deswegen deferirte Juramentum calumniæ nach vorgangenen von Amts Anw. ablegenden Juramento malitiæ, demselben würcklich abzuschwören, auffzuladen billig

lig Bedencken getragen, und in hoc puncto lieber die vorige Urtheil reformiren,
10 „ als solcher gestalten zwey Juramenta gantz in „ vanum ablegen, und den theuren Namen „ Gottes contra severam DEI prohibitionem „ prophaniren lassen wollen, in ferner reiffer „ Erwegung, daß gleichwohl Fr. Beklagtin und „ Supplicantin durch dreyer aydlich abgehörter „ Zeugen Aussage dargethan, daß die von „ Gladebeck vor 40. 50 und mehr Jahren „ vor sich und durch die ihrigen die Haa„ sen-Jagdt bey diesem ihrem Hoff- u. Rit„ ter-Gut quæst. im Churf. Amt Harste „ in den Lenglerischen und Parenheusischen Feld-Marcken und Holtzungen mit Wissen Gnädigster Herrschafft in Beyseyn deren beeydigten Forst-Bedienten ja auf eigne Anweisung deroselben exercirt und in quasi possessione illius constituirt gewesen, deßwegen auch für sie in possessorio gesprochen worden, daß sie bey ihrer wohl-hergebrachten Possession mainteniret und geschützet werden sollen; und die gesunde Vernunfft gebe, daß Supplicantin und Beklagtin nicht würde unterlassen haben, die Fürstl. Concession in forma probante zu produciren, wann sie solche in ihrer Gewalt hätte, und selbige nicht irgends in vorigen Kriegen durch Raub, Brand und Plünderung verlohren gangen, so dann daß sie die Originalien von Num. 5. & 38. item von N. 78. nicht könne in Handen haben, weil Num. 5. & 38. ein Revers ist, so weyland Georg von Gladebeck gegen Jh. Durchl. seinem gnädigsten Herrn oder dero Amt dieser Haasen-Jagdt Gerechtigkeit wegen von sich gestellt, deßgleichen ist N. 78. der Jhro Durchl. von dero hoch-verordneten Commissariis erstattete unterthänigste Bericht, was es vor eine Bewandtniß und Beschaffenheit mit der strittigen Haasen-Jadt Gerechtigkeit habe, deßwegen die Originalia, so wohl von dem Revers, als von der Commissarien Bericht, in Churf. Cantzley oder Archiv verhanden seyn müssen, und werden also darin auffzusuchen; und von klagenden Amts Anwalden der Fr. Beklagtin auf Verlangen zu ediren seyn.

11 Ex quo constat, quod Actor Reo ad fundandam illius exceptionem omnia Instrumenta ad causam quoquo modo pertinentia licet ipse iisdem in judicio non sit usurus, edere teneatur

arg. l. 5 l. 6. l. fin. C. de edend. Hartm. Pistor. *Obs. 218.* Carpz. *p. 1. c. 17. d. 26. n. 3.* Berlich. *p. 1. concl. 45. n. 11. seq.*

Von ihro der Fr. Supplicantin und Beklagtin aber wird deren Production vergeblich begehrt, wel sie selbige nicht in Händen haben kan, sondern vermuthlich im Churfürstl. Archiv liegen müssen, weniger kan sie oder ihr Advocat ob non factam productionem aut exhibitionem mit dem Juramento Calumniæ beladen werden, cessante omni calumniæ suspicione, der Ursach wir ihn dann des deferirten und per sententiam à qua zuerkandten Ayds vor Gefährde,
12 illam reformando, entheben, welches so eher sine ullo Processûs aut sententiæ vitio geschehen können, weil sothaner Ayd nicht viva voce, sondern nur in scriptis verlangt und begehrt worden.

Non autem præstandum venit Juramentum calumniæ, nisi à Judice vel ad partis petitionem, vel ex officio impositum fuerit.

R. I. *de Anno 1654. §. über diß verordnen wir &c. 43.*

Exactum verò Judex imponere non tenetur necessario, nisi viva voce sit petitum, in scriptis enim petitum tanquam non debito modo petitum negligere vel præterire potest, per conclusum Cameræ dubio 107. quod sanctione Pragmatica confirmatum extat

in Recess. Deput. Imp. de Ao. 1600. §. als auch unserer und der Ständt &c. 131. Roding. *in Pand. Camer. lib. 3. tit. 30. n. 13.* B. D. Lauterb. *tr. Synopt. de Juram. §. 7. n. 101.* B. D. Grave *de jurejur. propt. calumn. cap. 6. §. 4.*

Nec Advocatis illud imponendum, nisi justa 13
& singularis ratio istud exigendi adsit.

Mev. *p. 6. dec. 49. & 200.*

In judiciis enim non cavendum modo, ne pejeretur, sed etiam ut non nisi necessario juretur, postquam non modo per legem divinam peccatum grave est assumere nomen Domini in vanum, sed etiam multiplicatio juramentorum dedecora & tam in bona, quam mala causa indiscriminatim illa injungere rationi istorum non congruum.

Mev. *d. dec. 49. num. 5.*

Und das ist pro secundo eben auch die Ur- 14
sach, warum wir gleichfalls der Beklagtin und Supplicantin Verwaltern Thom. Walbuschen des ihm in der den 7 Martii 1696. publicirten Urtheil zuerkandten Aydes, vermittelst dessen er erhärten sollen, daß ihm die Flinte an dem Orte, wo Supplicant- und Beklagtin oder dero Bediente geruhig vorhin Haasen gejaget oder geschossen, abgenommen worden, entladen, dann ja Joh. Magnus Sprenger Forster, der demselben die Flinth abgenommen, Num. Act. 116. & 127. selbst attestirt, daß er dem Gladebeckischen Pachter Wahlbusch die Flinthe vor dem Lenglerberg genommen. Und deponiret im Harstischen Zeugen-Verhör sub Num. Act. Test. 4. Jobst Deichmann *ad art. 3.*

daß wie er von A. 1668. biß 1673. bey Herrn Schatz-Einnehmern Julio Meyern vor ein Reutknecht auffgewartet, derselbe mit ihm an den Lenglerberg gegangen, und ihme gezeiget, daß er daselbst Haasen schiessen solte, welches er auch also öffters verrichtet. Idemque repetit *ad art. 4.*

Er habe auf dessen Geheiß in dem Lengler-Felde und vor dem Lengler-Berge viel Haasen geschossen, auch daselbst eine Vogel-Schneisse gehabt, so ihm der seel. Forster Jochim Sanne selber angewiesen;

item ad art. 6. ejusque Interrog. 4. & 6.

da er meldet, daß der alte Forster zuweilen mit ihm gangen, wann er in dem Lengler-Felde und vor dem Berge Haasen geschossen, im Namen seines Herrn des Schatz-Einnehmers, so das

Gut von dem Gladebecken gepachtet gehabt, und das Exercitium der Haasenjagt von ihnen mit bekommen. So berichtet Claus Heinrich von der Myle Amtmann zu Harst selbst Num. Act. 118. daß der gemeinen Rede nach die Beklagte Fr. Cammer-Præsidentin die Haasen-Jagt in der gantzen Lengeler- und Parenheuser Feldmarck und Holtzung haben solle, (welches auch confirmiren die aydliche Aussagen der Testium in Rotulis Exam.

Num. Act. 10. & 35.

da sie bezeugen, daß des Gladebeckischen Guts Pächter in denen Lengleriſchen und Parenheusischen Feldmarcken und Gehöltzen jederzeit die Hasen-Jagdt mit kühren, lauschen und schiessen exerciret, und dazu mit dem Fürstl. Forster selbst vielfältig hinaus gangen, welcher als ein beaydigter Diener wohl würde contradicirt haben, wann es der Hof nicht berechtigt gewesen wäre,) und habe der seel. Ober-Jägermeister Otto Friedr. von Moltke allhier ein Gehege angeleget, welches vor deme nicht gewesen, mithin offt ermeldter Fr. Beklagtin von Gladebeck und deren Pachtern oder Besitzern des Hofs das jagen und schiessen der Orthen nicht zustehen wollen.

15 Wann nun darauß klar genug erscheinet, daß ermeldtem Verwalter Wallbusch die Flinthe an dem Orthe abgenommen worden, wo Supplicantin oder dero Bedienten vorhin geruhig Haasen gejaget oder geschossen, so ist unnöthig ihn deßwegen mit dem Ayde überflüßiger Weise zu beladen.

16 Juramenta enim superflua non injungenda, sed iisdem utendum ut Pharmacis, quibus non utimur nisi necessariis

Mev. *p. 6. dec. 284. n. 2.*

ne supervacuis juramentis in vanum DEI nomen contra pietatem in Judiciis, quæ DEO habentur, colendam, contra secundum Decalogi præceptum, quod non modo pejerare, sed & inutiliter atque sine necessitate jurare vetat, assumatur.

Mev. *p. 7. Dec. 31. n. 3.*

Daß wir aber 3.) gesprochen, daß Supplicantin und Beklagtin schlechter Dingen, wie in Possessorio, also auch in dem wider sie instituirten Petitorio, bey der Sambt- und Mit-Jagd der Haasen in dem Lengleriſch- und Parenheusischen Feldmarck und Gehöltzen in dem Ambt Harste ungehindert zu lassen, deßwegen auch ihrem Verwalter die allda abgenommene Flinthe zu restituiren, es wolte und könnte dann Supplicat und Kläger inner 6 Wochen erweißlich machen, daß das Forst-Amt allda mit Ausschliessung beklagten Theils sothane Gerechtigkeit beständig exercirt, ist geschehen, weil Fr. Bekl. und Supplicantin ein weit mehrers erwiesen, als ihro obgelegen. 17 Deñ von klagenden Forst-Amts Anwalden in Judicio Petitorio die Actio utilis negatoria instituirt, wie er selbst Num. Act. 111. gestehet, ob nun wohl in hac ipsa actione dem Beklagten Theil allezeit, daß er die anmaßliche Gerechtigkeit, wie sich zu Recht gebührt, darthun und erweisen müsse, obgelegen zu seyn erachten

Brunnem. *ad l. 5. §. fin. ff. si usufr. pet. Et ad l. 9. C. de servit.* Struv. *Ex. 13. th. 49.* Carpz. *in Proc. tit. 12. art. 1. n. 22. seq. & p. 2. c. 41. d. 18. it. lib. 1. resp. 67.* Richter *dec. 98. num. 63.* Hahn ad Wesenb. *tit. si serv. vind. n. 1.*

quia actor fundamentum intentionis suæ po- 18
nit in libertate, pro qua stat juris præsumptio, qua quælibet res libera præsumitur à servitute, quæ præsumptio juris tum relevat Actorem ab onere probandi, & idipsum adversario imponit

Mascard. *de prob. vol. 3. concl. 1194. n. 65.* Pacian. *de probat. l. 2. c. 20. n. 6. seqq.*

deren Meinung eo in casu wenig Zweiffel hat, si actor agens negatoria sit in quasi possessione libertatis hîc solitariæ venationis; So ist doch in dem Fall, da der beklagte Theil in quasi possessione servitutis hîc prætensæ convenationis leporum, constituirt ist, die widrige Meinung, daß dißfalls der Actor die Beweisung 19
der Libertät, ac impræsentiarum solitariæ venationis cum exclusione partis adversæ ab eadem, zu übernehmen gehalten sey, wahrscheinlicher und in Rechten besser gegründet, welche Sentenz daher wider jene tanquam veriorem amplectiren

Vinn. *ad §. 2. Inst. de action. verb. nam in his &c.* Frantzk. *ad tit. ff. si serv. vind. n. 7.* B. D. Lauterb. *in Colleg. Pand. ad d. t. & concl. for. Exerc. 18. th. 10.* Mynſ. *1. O. 19. in fin.* ibique Weipert. Ludov. Fabricius *in add.* Cothm. *vol. 4. resp. 1. n. 41.* ubi plurimos alios pro hac sententia adducit. Fachin. *lib. 11. contr. c. 56.* Mev. *p. 8. dec. 292.*

Pro qua imprimis facit

arg. l. 8. §. 3. ff. si servit. vindic. ubi dicitur, quod agens actione negatoria, si reus sit in quasi possessione servitutis, non possessoris sed petitoris partes sustineat, petitoris autem vices obtinere idem est ex usu juris ac teneri probare *l. 19. pr. de prob. junct. l. 15. in fin. ff. de novi oper. nunciat.* ibi: de jure suo probare necesse haberet, id enim esse petitoris partes sustinere. item *arg. l. 7. §. fin. ff. de lib. causa verbis*: Et si forte apparuerit eum, qui de libertate litigat in libertate sine dolo malo fuisse, is qui dominum se dicit, actoris partes sustinebit & necesse habebit servum suum probare. Quod si pronunciatum fuerit, eo tempore, quo lis præparabatur, in libertate eum non fuisse, aut dolo malo fuisse, ipse qui de libertate sua litigat, debet se liberum probare.

Ex quibus textibus bene & firmiter concludi 20
potest, quod hîc in quæstione: Cui in actione utili negatoria de venatione mota & intentata probandi onus incumbat? recte distinguatur: An is, qui eâdem experitur, & alteri convenationem competere negat, sit in quasi possessione solitariæ venationis sibi assertæ, an adversarius, cum quo experitur, sit in possessione convenationis: ita ut priori casu reus jus convenationis sibi competere probare

bare neceſſe habeat, poſteriori caſu vero, ſi reus ſit in quaſi poſſeſſione convenationis, actor qui negatoria contra convenationis quaſi poſſeſſorem agit, de jure ſolitariæ venationis probare teneatur

arg. §. 2. Inſt. de act. ubi hujus actionis illud velut ſingulare traditur, quod negans probare teneatur. *dd. ll.* Joh. Faber, Schneidwin. & alii Dd. *ad d. §. 2. de action.* Authores ſupra laudati.

ſic, ut eo id non probante pro poſſeſſore convenationis pronunciandum ſit, non attento, quomodo poſſideat. Nam ſi de rei poſſeſſione conſtat, etſi actor dixerit, id fieri tantum vi, clam vel precario, hoc tamen ei ad relevationem à probatione non proficit. Poſſeſſio enim qualis qualis relevat a probationis onere, & illud conjicit in eum, qui illam improbam aſſerit

l. 2. ff. uti poſſid. l. fin. C. de rei vind.

ob præſumptionem quæ ſemper pro poſſeſſore capitur.

l. 2. C. de probat. c. 3. X. eod. Barboſa *lib. 14. cap. 44. ax. 9.*

Eo igitur ab actore non probato, pro reo poſſeſſore in negatoria pronunciandum, uti docte & eleganter firmat

Mev. *p. 8. dec. 292.* Ant. Faber *cod. Sabaud. lib. 3. tit. 24. d. 8.*

Weil nun hierfalls Beklagtin und dero ſeel. Ehehern Vorfahren, der abgehörten Zeugen Aydl. Auſſage nach, nicht nur über 40. 50. und mehr Jahr in quaſi poſſeſſione des Mitjagens, kührens, lauſchens und ſchieſſen der Haaſen in den Lenglerisch- und Parenheuſiſchen Feldmarck und Holtzungen geweſen, ſo, daß ſie auf das jagen und ſchieſſen mit Ihro Durchl. beaydigten Forſt-Bedienten ſelbſt hinauß gegangen, ihnen von ſelbigen der Diſtrict, wo ſie zu jagen und zu ſchieſſen hätten, angewieſen worden, und deßwegen Fr. Bekl. in ſolch wohlhergebrachter Poſſeſſion per ſententiam Incluti Dicaſterii in Poſſeſſorio juſtiſſime latam confirmirt und geſchützet worden, ſondern auch durch den von weyl. Georg von Gladebecken eigenhändig ſubſcribirten und Num. Act. 100. producirten Revers, (deme Hertzog Heinr. Julii Gn. Confirmation des wegen dieſer Mitjagens-Gerechtigkeit getroffenen Verglichs verbotenus inſerirt iſt,) welchen nicht wenig beſtärcket des Joh. Friedr. Schultheiſſen Atteſt. ſub Num. Act. 101. und durch den aus der Stadt Northeim Regiſtratur erlangten unterthänigſten Bericht der Commiſſariorum, die ihro zukommende Jagd-Gerechtigkeit allerdings zur Rechts-Gebühr erwieſen, ohn daß ſie von Rechtswegen dazu verbunden, und gehalten geweſen, dagegen klagender Ambts-Anwald, dem das onus probandi per ſuperius deducta de Jure obgelegen geweſen, im geringſten nichts probirt, ſo haben wir kein Bedencken getragen alſo zu ſprechen, und zu allem Uberfluß die Clauſul wieder inſerirt, darinn klagendem Ambts-Anwalden ein Termin von 6 Wochen eingeraumt worden, zu erweiſen, wann er könnte oder wolte, daß das Forſt-Ambt allda mit Ausſchlieſſung beklagten Theils ſothane Gerechtigkeit bey Menſchen Gedencken beſtändig exerciret, wiewohl allem Anſehen und Vermuthen nach ihm ſolches werckſtellig zu machen ſchwehr, ja faſt ohnmöglich fallen wird, indem das widrige durch deren von Beklagtin producirter und aydl. abgehörter Zeugen Auſſage bereits an Tag geleget worden.

Die Compenſation der Unköſten haben wir endlich erkandt, weil klagender Anwald gleichwol in ſo weit die Urtheil vor ſich gehabt, daß ob zwar der Fr. Bekl. und Supplicantin die Jagd-Gerechtigkeit, und Reſtitution der abgenommenen Flinthe ohn Entgeltniß ihrem Verwalter zugeſprochen worden, ſolches doch nicht anders dann ſub conditione illa, wann ihr Advocatus und Verwalter vor die zuerkandte Juramenta ablegen, und ſie die deſiderirte Originalia produciren würde, geſchehen, wodurch ſie ſich dann ſo gravirt befunden, daß ſie das Remedium ſupplicationis ergrieffen, wird ſich alſo jetzo damit vergnügen, daß ſie von ſolcher beſchwerlichen Condition per hanc ſententiam nun liberiret, und in principali ſimpliciter vor ſie geſprochen worden. 22

Welches wir, ſalvo quovis meliori judicio, den Rechten u. den uns zugeſchickten Actis gemäß zu ſeyn nochmahls erachten, und zu verlangter Rechtlichen Nachricht dienſtlich nicht verhalten wollen, urkundlich unſer Facultæt gewöhnlichen Inſiegels. Act. in Colleg. d. 18. April. 1697.

CONSILIUM LXI.

DE

Nullitate Contractus, ſuper bonis Emphyteuticis, ſine Sereniſſimi Ducis Wirtembergici conſenſu initi.

SUMMARIA.

1. *Præmittitur ſententia*
2. *Ex rationibus ſequentibus deciſa.*
3. & 4. *Partim ex ſtatuto ordinationis & Juris Wirtemb. expreſſo depromptis,*
5. *Partim ex inſtrumenti verbis.*
6. *Intelligere, vel intelligere debere, quo caſu proparibus habeantur.*
7. *Meliorationes in ineunda earum æſtimatione, tanti taxantur, quanti nunc tempore reſtitutionis reperiuntur?*
8. *Quodnam conſectarium exinde fluat?*
9. *Ad rationes dubitandi reſpondetur*
10. *De Jure communi plures emphyteutæ rem emphyteuticam domino inconſulto & irre-*

irrequisito inter se dividere possunt, sine ullo privationis metu.

11. Contrarium vero in Ducatu Würtembergico obtinet.

12. Res immobiles X. annis inter præsentes h. e. in eadem præfectura domicilium habentes, XX. annis inter absentes præscribuntur.

13. bona vero fides requiritur.

14. Æquum est rem ad aliquem pertinentem, & apud alium sine causa existentem, ei, ad quem pertinet, restitui.

15. Alterius nomine aliquid solvens, vel mandati, vel negotiorum gestorum actionem habet.

16. Sine censu impositio fundus comparari non potest.

17. & 18. Quod & de oneribus publicis, & etiam privatis pensionibus intelligendum.

19. Duplici onere, unius rei nomine nemo gravari debet.

20. In causa utrinque speciose ventilata, expensæ compensantur.

21. Cautela ratione processus, casu quo actor vel reus ante sententiam publicatam mortuus.

1 DJe per remissionem Serenissimi von löbl. Stadt Gericht zu Weinsperg in Sachen sich haltend zwischen Johann David Meyern, Müllern im Closter Lichtenstern, Klägern Eines, entgegen und wider Augustam Eleonoram Oettingerin, verwittibte Closters Hoffmeisterin zu Lichtenstern, Beklagte andern Theils ad definitivam usque ausgeübte, uns Decano und andern Doctoribus der Juristen Facultät bey gemeiner Hochf. Würtembergisch. Universität Tübingen ohnlängst zugesandte Acta, haben wir, so bald es anderer pressanten Geschäfften halber seyn können, unter Handen genommen, mit Fleiß durchlesen, reifflich erwogen, und prævia matura deliberatione in versammletem Collegio per unanimia geschlossen, daß die Sache durch nachstehende Urtheil, die wir den Rechten und der Sachen Beschaffenheit gemäß zu seyn erachten, und im Fall obhabenden Richterlichen Amts selbst zu publiciren kein Bedencken tragen wollten, zu entscheiden.

Urtheil.

IN Sachen Rechtens sich haltend zwischen Johann David Meyern, Müllern im Closter Lichtenstern, Klägern Eines, entgegen und wider Augustam Eleonoram Oettingerin, verwittibte Closters Hoffmeisterin zu Lichtenstern, Beklagtin andern Theils, erkennet ein ehrsam Gericht, daß Beklagtin die zu des Klägers Mühle gehörige von ihrem seel. Ehemann ohn Gnädig. Herrschafft Consens nichtiglich erkauffte Güter gegen Erlegung des von ihrem seel. Mann davor bezahlten Kauff-Schillings und billig-mäßige Ersetzung der meliorations-Kosten abzutreten, die ihm aber wegen Renunciation der sich angemaßten Losungs-Gerechtigkeit von Hannß Jacob Schencken cedirte zu der Mühle ebenmäßig gehörige Güter ohn allen Entgeld zu restituiren, beneben wann einige Güter darunter seyn, so zu Anfang von Gnädigster Herrschafft zur Mühlen eingeraumt und gegeben worden, daß der bestimmte Canon der 2 fl. 4 Schefel Mahl-Korn daraus neben der Mühlen samenthafft jährlich gereicht werden sollen, die darauf ihrem jährlichen Ertrage nach rechnende, vor sie Beklagtin und ihren Eheman die Zeit her, da sie sothane Güter besessen, bezahlte Portion solchen angesetzten und darein gelegten Canonis annui wieder gut zu machen, und thro an dem restituirenden Kauff-Schilling und meliorations-Kosten abkürtzen zu lassen schuldig und verbunden, die Unkosten aber aus Bewegniß gegen einander compensirt und verglichen seyn sollen.

Die Ursachen, so uns also zu sententioniren, 2
und vorstehende Urtheil abzufassen bewogen, kürzlich anzuführen, bestehen selbige darinnen.

1.) Ist das Verbot in Fürstl. Würtemb. 3
Lands-Ordnung

tit. 16. pag. 34.

klar, daß keiner kein Gut, so gnädigster Herrschafft oder andern zum halben, dritten, vierten und fünfften Theil, theilbar oder sonst ewige Grund-Boden- oder Urbar-Zinß geben, oder sonst Hoff-Lehen oder Hab-Güter seyn, unerlaubt gnädigster Herrschafft oder dero Amt-Leut an ihro statt, dergleichen der Eigenthums-Herr, zertrennen, zertheilen, versetzen, verkauffen oder vertauschen solle, und wer das überfährt, einen kleinen Frevel zu Poen verfallen, und dennoch der Contract, unter was Schein der auch geübt, kraftloß und nichtig seyn, auch in Rechten nichts daraus erkennet werden solle, keines wegs. Welches Verbot a Serenissimo Legislatore repetirt ist in Fürstl. Würtemb. Landrechte 4

p. 2. tit. 11. pag. 268. rubr. von Verkauffung und Veränderung der Theil-bahren Hoff-und Hab-Gütter.

da es ausdrücklich wieder heißt, daß weil in der Lands-Ordnung d. fol. 34. statuirt und geordnet, daß keiner einig liegend Gut, so Gnädigst. Herrschafft oder andern theilbahr oder auch ewige Grund-Boden oder Urbar-Zinß geben, oder sonsten Hoff- und Erblehen oder Hab-Güter seyn, ohn Gnädigst. Herrschafft oder deren Amt-Leuthe, desgleichen der Eigenthums-Herren Erlaubniß zertrennen, zertheilen, versetzen, verkauffen, vertauschen oder verändern solle, so lasse man es nochmalen bey solcher Verordnung verbleiben.

2.) Ist

5 2.) „Iſt nicht weniger in dem Mühlen-
„Brieffe gantz lauter verſehen, daß Ihro
„Durchleucht ihme Müllern die Mühle zu ei-
„nem rechten ſteten Erb-Lehen und in Erb-Le-
„hens Weyß gnädig geliehen und verliehen ha-
„ben, dergeſtallt und alſo, daß er Beſtander
„ſeine Erben ung Nachkommen nun fürohin
„ſolche Mühlin mit aller Zugehörd als ihr
„Erbgutt innhaben, bauen, nutzen, nieſſen und
„für ſolche Erb-Gerechtigkeit dem Kloſter
„Liechtenſtein, als deſſelben Eigenthum und
„ſein Müllers Erbgut, an jährlicher und ewi-
„ger Gült auf Martini Epiſcopi und darmit
„auf ermeldte Zeit Anno 1601. anzufahen,
„alles Würtember Lands-Wehrung und Meß,
„Kauffmanns-Gut reichen, und geben ſollen,
„an Geld zween Gulden und Mühl-Korn,
„glatt Früchten vier Scheffel. Er Müller ſei-
„ne Erben und Nachkommen ſollen auch ſol-
„che neue Mühlin mit ihrer Zugehördt und
„Gütern in guten Ehren, weſentlichem Bauen
„und Beſſerung erhalten, ſelbige Mühlin auch
„ſammt den dazu gehörigen Gütern NB **we-
„der zertrennen, noch zertheilen, auch
„keine neue Beſchwerdten darauf ma-
„chen oder kommen laſſen, in keinen
„Weg.** ꝛc.

6 Weil nun 3) weyland Johann Philipp Oettinger, als ein viel Jahr geweſener Fürſtl. Würtenbergiſcher Amtmann, und allein in 16 Jahr lang geweſener Kloſters-Hoffmeiſter zu Liechtenſtein, wohl gewuſt, oder doch wiſſen ſollen und können, quæ hic pro paribus habentur,

arg. l. 8. §. 1. verb. intelligit vel intelligere debet. *ff. ad L. Aquil. l. 7. §. 2. ff. pro empt.* ibi Dyn. *c. ult. x. de clandeſt. deſponſat.*

daß dergleichen Hoff- und Erb-Lehen-Güter Alienation und Vereuſſerung in denen Lands-Ordnungen und Rechten, ohn Erlaubniß und Conſens gnädigſter Herrſchafft, in ſpecie dieſer Mühlen, als eines ſolchen Erb-Lehenguts, Zertrennung und Zertheilung in dem Lehen-Brieff, (den er in dem Läger-Buch des Kloſters, ſammt allen Fürſtlichen Reſcriptis, dadurch nach und nach deſto beſſer auff der Mühlen zu beſtehen, und den jährlichen Canonem deſto leichter reichen zu können, noch einige Güter als Appertinentien mit geringen neuen Beſchwerden zugeleget worden, unter Handen gehabt, und täglich leſen können, alſo ſich mit keiner Ignorantz excuſiren mögen,) ausdrücklich verboten, und nichts deſto weniger ohne Ihro Durchleucht gnädigſten Conſens und Erlaubniß die Güter quæſtionis, ſo ungezweiffelt der Mühlin annexa, pertinentien und Zugehördten geweſen ſeyn, contra expreſſam illam prohibitionem **gekaufft, kan** ſolcher Kauff anders nicht als vor krafftlos und ipſo jure null und nichtig gehalten werden, conſequenter muß deſſen Wittib und Erben itzo, annullato contractu, die nichtig erkaufften Güter gegen Erſtattung des davor bezahlten Kauff-Schillings, und billigmäßige Erſetzung der liquidirlichen Meliorations-Koſten, die entweder ex omnimoda neceſſitate oder doch pro haud exigua, perpetuaque rerum utilitate darein verwandelt worden, (habito 7 nempe reſpectu ad tempus reſtitutionis & ſtatum, quem in præſentiarum habent melioratio nis, in ineunda earundem æſtimatione

per tradita Schraderi *de Feudis part. 9. ſect. 2. n. 102.* Roſenthal *Synopſ. Jur. Feud. cap. 10. concl. 43. num. 90. 169.* Klock. *vol. 3. Conſil. 124. num. 125.* Gœdd. *vol. 4. Conſ. Marp. 19. n. 218.* ubi dicit inter omnes expeditum eſſe, eas tantum meliorationes attendi, quæ ſunt perpetuæ & adhuc durantes, ut tanti taxentur, quanti nunc tempore reſtitutionis vel retro emptionis, in quibus terminis ipſe loquitur, reperiantur, non quanti olim fuerunt.

Non igitur conſequetur emptoris vidua, 8 quantum emptor impendit in melioratio nes, ſed quantum ædes comparatæ cum cæteris emptis prædiis de præſenti inde melioratæ ſunt, ſeu quanti pretioſiores inde pro hoc tempore, quo reſtituendæ, exiſtunt ac æſtimantur.

l. 38. ff. de rei vind. l. 29. §. 2. de pignor. utrobique Brunnem. Fachin. *lib. 7. c. 93.* Roſenthal. *d. l. n. 87.* Schrader. *c. l. num. 100. ſeq.* quam ſententiam æquiſſimam eſſe dicit Vincent. de Franchis *dec. 109. num. 9.* de gravato fideicommiſſo loquens, quia ultra valorem tempore reſtitutionis extantem ad eum, cui res reſtituitur, de illis impenſis & melioration ibus nihil pervenit, ſubjicitque ita judicaſſe ſacrum Conſilium Neapolitan. Beſold. *vol. 3. Conſ. 133. n. 112. ſeq.* Mev. *p. 3. dec. 41. n. 2.* Vultej. *v. 4. Conſ. Marp. 19. num. 215.*)

hinwiederum abtreten und dem rechtmäßigen Innhaber der Mühlen einraumen, wie wir ſie dazu forderiſt in der abgefaßten Urtheil condemniret haben.

Und giebt 4) der Beklagtin keinen Fürſtand, 9 daß die Mühlin mit ihren zugehörigen Gütern ſchon vorhin in der Wellériſchen Erbtheilung unter den Wellériſchen Kindern von dem damahligen Theil-Richtern vertheilet, und von ihnen darauff empfangene Theile unter einander verkaufft worden, beſage Extractus auſſer weyland Hannß Jacob Wellers Anno 1661. vorgenommener Verlaſſenſchafft Theilung, Num. 10. Num. 12. & 13. dann in beſagter Theilung die Wellériſche Kinder auf der Mühl und dazu gehörigen Gütern nicht ſo wohl partes pro diviſo, als partes pro indiviſo bekommen, und ſolche einander verhandelt, daß die Mühl mit ihren Gütern nicht hat dürffen würcklich in partes pro diviſo zertheilet werden.

Und ob gleich auch inter liberos prioris matrimonii & viduam ejusque liberos partes pro diviso constituirt, also theils Güter davon würcklich inter cohæredes zertheilet worden, so kan sich doch dessen zu Behauptung seines Kauffs kein extraneus, und also auch hier die Beklagtin nicht, prævaliren.

10 Nam etsi quidem divisio sit species alienationis, & modo permutationis, modo emptionis venditionis vices obtineat,
l. 1. C. si adverss. transact. l. 1. C. commun. utriusque jud.
possunt tamen nihilominus de Jure communi plures Emphyteutæ rem emphyteuticam domino inconsulto & irrequisito inter se dividere sine ullo metu privationis, licet in receptione promiserint rem domino irrequisito non alienare,
ut tradit Bartol. *in l. qui Romæ. §. duo fratres. ff. de verb. oblig. q. 10.* & ibid. Alexand. *num. 60.* Jason. *n. 75.* Ripa *num. 86.* qui omnes post Aretin. ibid. testantur hanc esse communem Dd. opinionem, in quam plures allegat Aurel. Corbulus de caus. ex quibus Emphyt. jure suo privatur. *tit. de caus. privat. ob alienat. limit. 7. pag. nob. 112.* Jul. Clar. *§. Emphyteus. qu. 14.* addita hac ratione, quia hic non agitur de aliquo præjudicio domini directi, & ideo possunt ipsi Emphyteutæ non modo rem Emphyteuticam dividere, sed etiam inter se alienare alio quocunque titulo, domino ipso irrequisito, cum enim dominus directus omnes illos habeat pro emphyteutis respectu ipsius non dicitur alienatio, ex quo non transfertur in personam, in qua opus sit nova recognitione, neque ipsius interest apud quem eorum res ipsa reperiatur. Porro in divisione non potest locum habere arbitrium offerendi concessum domino in *l. fin. C. de Jure Emphyt.* qua etiam ratione prohibita est Emphyteutæ alienatio irrequisito domino, idcirco divisio fieri impune potest domino inconsulto, nec cadunt à jure suo dividentes, si non requiratur domini consensus.

11 Ob wohl aber diesem juri communi zuwider in Hoch-Fürstl. Würtenbergischen Lands-Ordnung versehen, daß kein Erb-Lehengut auch ohn Erlaubniß zertrennet oder zertheilet werden solle; So würde doch, wann gleich in der Wellerischen Erb-Theilung wider solchen passum Fürstl. Lands-Ordnung verfahren worden wäre, (quod tamen haud factum præsumitur, indem der Amt-Schreiber und die Theil-Richtere dabey gewesen, die also ohn Zweiffel auch dem Klosters-Hoffmeister werden haben part davon gegeben, wann aus Mangel anderer Güter und Mittel, ac ita ex necessitate, was von der Mühlen Gütern müssen unter die Erben vertheilt werden, daß es mit dessen Permission geschehen,) dadurch dieser des Klosters Hoffmeisters Kauff zerschiedener zu der Mühl, als einem Erb-Lehengut, gehöriger Güter ohn Ihro Durchleucht als Eigenthums-Herrn unterthänigst erbetenen Consens und gnädigste Erlaubniß geschlossen und vollzogen nicht justificirt, sondern weil derselbe contra claram & expressam Juris prohibitionem getroffen, da er ja als ein Amtmann wohl gewust und bedencken sollen, daß er ihm selbst in propria causa kein Erlaubniß zu geben gehabt, sondern dieselbe immediate von Ihro Durchleucht zu erbitten, ist und bleibt er ipso jure null und nichtig, und kan darauff nichts erkennet werden.

Weniger kan 5) Beklagtin die Exceptio præscriptionis zu statten kommen, wann man irgends sagen wollte, daß Kläger und seine Vorfahren das Recht und die Güter zu vindiciren oder per condictionem zu repetiren verschlaffen, weil Beklagtin und ihr Ehemann die Güter qu. schon seit Anno 1680. besessen und also das dominium bereits præscribirt,
quippe quod in rebus immobilibus decem 12
annis inter præsentes h. e. in eadem Præfectura domicilium habentes, viginti annis inter absentes præscribi constat ex
pr. Instit. de usucap. l. ult. C. de long. temp. præscript.
denn weil Beklagtin Ehemann seel. als ein vieljähriger Amtmann wohl, nicht nur aus dem Fürstl. Würtenbergischen Land-Rechten und Lands-Ordnungen, sondern auch aus dem in Handen gehabten Läger-Buch und drin enthaltenen Mühl-Brieff gewust, daß ihre Güter von der Mühlin nicht sollen zertrennet werden, und er also selbige ohn Gn. Herrschafft special und expresse Erlaubniß nicht kauffen sollen oder können, sondern solches contra expressam Juris prohibitionem gethan, so hat er ob defectum bonæ fidei keine Præscription nicht einmahl anfangen, geschweige dann dieselbe compliren können.

Sine bona fide enim nullam nec longi nec 13
longissimi temporis præscriptionem inchoari ac compleri posse in vulgus notum est ex
c. fin. x. de præscript. Gail. *2. & 18. n. 6. seq.* Mynsing. *4. Obs. 6.* Ludwell. ad Wesenb. *tit. de usucap. n. 11.*

Zudem ist bekandt, quod actiones civiles regulariter non nisi 30. annorum spatio tollantur ac præscribantur, idque sine distinctione num reales vel personales sint
l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. ann. l. 1. C. de annal. except.

Weil nun juxta hactenus deducta dieser Kauff der zur Mühlen gehöriger von Hannß Jacob Wellern sine consensu Serenissimi erkaufften Güter ipso jure null und nichtig, hat Käuffer 6) dadurch keine Losungs-Gerechtigkeit erlangt
non entis enim nullæ sunt qualitates, aut operationes, nullique effectus

l. 41.

l. 41. ff. si cert. pet. l. 4. §. 6. ff. de rejud. Thomas de Thomasset. *in flor. leg. reg. 202.*

dieselbige ihm also gantz widerrechtlich angemaßt, und damit den Hannß Jacob Schencken dahin gebracht, daß er ihm gegen der Losungs-Verzeyhung noch einige Güterstück zur Mühlen gehörig abtretten müssen, um willen sich aber nun mehr zeiget, daß Beklagtin solche sine causa besitzet, haben wir nicht anders können, dann sie zu condemniren, die ihrem seel. Mann wegen Renunciation der sich nichtig angemaßten Losungs-Gerechtigkeit von Hannß Jacob Schencken cedirte, zu der Mühlin gehörige Güter ohn allen Entgeldt, wie er sie empfangen, zu restituiren.

14 Æquum enim omnino est rem ad aliquem pertinentem & ap. alium sine causa existentem ei, ad quem pertinet, restitui

l. 32. ff. de reb. credit. tot. tit. ff. de condict. sine causa.

15 Was endlich 7) den geforderten Nachtrag der vor Beklagtin und ihren seel. Ehemann bißher bezahlten Gült belanget, so ist bekandten und offenbahren Rechtens, daß wann einer vor einen andern was bezahlet, er das vor ihne bezahlete vel mandati vel negotiorum gestorum actione zu repetiren befugt sey.

l. 6. §. 2. l. 20. §. 1. ff. mand. l. 43. ff. de negot. gest. leg. fin. C. ad SCt. Maced. Zanger. *de except. p. 3. c. 1. num. 4.* Joh. Gothofr. Freyer. *de solut. cap. 2. num. 39.* B. D. Lauterb. *Disp. de solut. th. 9.*

Wann nun unter den der Beklagtin Ehemann seel. verkaufft und cedirten Gütern einige von denen seyn, die von Anfang zur neuerbauenden Mühlen pro pertinentiis gegeben worden sub illa couditione, daß die Mühl mit ihrer Zugehörd 2 fl. an Geld und 4 Scheffel Mühl-Kernern jährlich pro Canone reichen sollte, so ist kein Zweiffel, daß solche an dem jährlichen Canone hätten pro rata concurriren sollen, und weil Kläger und seine Vorfahren den integrum canonem, und also vor Beklagtin ihre Portion, die sie intuitu deren Güter beyzutragen schuldig gewesen, bezahlet, er die vor Beklagtin bezahlte Portion negotiorum gestorum actione zu repetiren berechtiget sey.

arg. d. l. 20. §. 1. ff. mand. l. 43. ff. de negot. gest.

Und kan 8) Beklagtin sich so weniger von dem Nachtrag der sie intuitu der ihr verkauften und cedirten von Anfang bey der Mühlen geweßten, und mit dem Canone der 2 fl. 4 Scheffel Mühl-Kernern gravirten Güter treffenden Portion an dem gesetzten Canone entschütten, als unstrittigen kundbaren Rechtens

quod fundus sine imposito censu comparari non possit, sed omnes pactiones, quibus cavetur, ne onera talia rei inhærentia possessorem ejus, qui illa fruitur, sequantur sed ab alio sustineantur, reprobentur, ita, ut illæ nec in Fisci præjudicium nec respectu paciscentium subsistant

rubr. tit. Cod. sine cens. fund. compar. non posse. l. 2. C. d. t. verb. nec liceat cuiquam rem sine censu comparare vel vendere, *l. 3. eod.*

neque ex conventione tali ulla contra venditorem competat actio, ut ipse placitis stet & solus censum solvat

l. 1. C. d. t. ibi: actio tibi adversus eam competere non potest &c. & ibi: ex vendito actio ut placitis stetur non competit.

nec Emptores hujusmodi pactionibus, ut venditor sarcinam collationis retineat adjuvari debeant, sed omnes pro agris vel prædiis à se possessis publicas pensitationes agnoscere teneantur

l. 2. l. 3. C. d. t. ibi Dd. Tulden *ad Cod. d. t. num. 2. 3.* Coll. Jur. Argent. *ad tit. ff. de action. empt. vend. th. 61. seq.* Rhet. *pec. Disp. de Censu fund. cohærent. cap. 3.* Dn. Collega D. Harpprecht. *Disp. de Pact. privat. collect. in al. devolutivo. th. 7.*

Und obwohl der Titulus Cod. sine censu 17
fundum comparari non posse und die darunter begriffene Leges principaliter de oneribus publicis, tributis nempe, collectis, censibus & pensitationibus, quæ Fisco & Reipubl. ad publicam utilitatem promovendam, necessitatemque sublevandam præstanda, primitus quidem militiæ conservandæ causa, deinde quacunque alia in recognitionem universalis dominii & in auxilium tuitionemque Reipubl. indicia solita sunt, reden, in quorum numerum non venit annuus canon ex prædio Emphyteutico solvendus, hic enim refertur tantum inter privatas pensiones licet Principi debeatur;

Rhet. *d. Disp. cap. 1. n. 16. & 47.*

So kan doch per consequentiam das Ar- 18
gumentum daraus auff selbigen gezogen werden.

arg. l. ultim. C. de fund. rei privat. l. ultim. C. de fundis patrimon. ibi Rebuff. & alii Dd. *l. 3. C. de collat. fundor. patrimon. & emphyteut.* ibi: pro rata portione. Conf. Dn. Collega D. Harpprecht. *d. Disp. th. 19.*

Wegen der andern hernach zu der Mühlen successive gelegten und an ihren Ehemann verkauften Stücke aber, kan Beklagtin mit Recht nicht angehalten werden zu dem constituirten Canone der 2 fl. 4 Scheffel Mühl-Korn zu concurriren, und derentwegen etwas nachzutragen, wann sie die solchen Gütern specialiter aufferlegte Beschwerdten übernommen und abgetragen, ne duplici onere eo- 19
rundem nomine gravetur

l. 34. §. 5. de leg. 2. Valasc. *de Jure Emphyt. q. 17. n. 21.*

20 Letzlich haben wir die Unkosten compensirt, weil die Sach doch ziemlich specioſe utrinque ventilirt.

Coronidis loco ſollen wir ratione Proceſſus noch dieſes erinnern, daß, weil die Müllerin Meyerin verſtorben, und ihre hinterlaſſene Kinder an der Mühlin Mit-Participen werden, denſelben ante publicatam ſententiam Tutores oder Curatores zu conſtituiren ſeyn, und dieſelbe nomine ihrer Pfleg-Kinder werden litem zu reaſſumirn, acta und actitata in hac cauſa zu ratificiren und ad ſententiam auch zu ſubmittiren haben.

Welches wir ꝛc.

Actum in Collegio noſtro d. 25. Junii 1697.

CONSILIUM LXII.

DE

Mutuo à filiofamilias accepto.

SUMMARIA.

1. uſque 12. Brevis relatio caſus.
13. Qualis actio ſit inſtituta explicatur.
14. Principalis finis & effectus chirographi eſt, ut legitime conſtitum debitum probet.
15. Chirographum autem privatum a debitore non recognitum nec verificatum nullam facit probationem, ne ſemiplenam quidem.
16. Quod ampliatur.
17. Ex alterius contractu nemo obligatur, niſi proprium conſenſum adhibeat.
18. Unde nec filius pro Patre nec Pater pro filio.
19. Excipitur caſus.
20. Ex ratione hic allegata.
21. uſque 25. Ad rationes ab Actore propoſitas reſpondetur.
24. Ad probandam Patris voluntatem non ſufficit produxiſſe chirographum cum ſubſcripto Patris nomine, quod ſe ſcripſiſſe aut ſubſcripſiſſe ipſe conſtanter negat.
26. Nova ab actore adducta argumenta ad fundandam ſuam intentionem. Quorum conſideratione probatio ei per ſententiam injuncta eſt.
27. Tacitus omnino Patris conſenſus in contractum filii inde præſumitur ac inducitur, ſi filiusfamil. ſolitus ſit mutuum accipere & Pater illud ſolvere conſueverit.
28. Sententia.

1 ALs uns Decano und andern Doctoribus der Juriſten Facultät bey gemeiner Hoch-Fürſtl. Würtenbergiſchen Univerſität Tübingen hiebey wieder zurückkommende Acta in Sachen ſich haltend zwiſchen Herrn Pierre Gontard Kauffmann in Franckfurt Klägern eines, entgegen und wider Jacob Stahleckern von Honau Uracher Amts Beklagten andern Theils vor einiger Zeit zugeſchickt worden, um unſer rechtl. Gutachten zu erſtatten; So haben wir, ſo bald es anderer Geſchäfft halber ſeyn können, dieſelbe mit Fleiß durchleſen, reifflich erwogen,
2 und befunden, daß wohlgedachter Hr. Pierre Gontard durch ſeinen Anwald klagend vor- und anbringen laſſen, was Maſſen er ihm Stahleckern auff ſein bittliches Erſuchen in Franckfurt den 1 May 1693. mit Geld auffgeholffen, und demſelben laut des in vidimatis Copiis ſub Num. 1. beygelegten Scheins 700. fl. Reichs-Geld vorgeliehen, dergeſtalten,
3 daß Debitor in Schaffhauſen gleich bey ſeiner Dahinkunfft Hrn. Hurter und Hrn. Otten 393. Rthlr. 56 Kr. in ſpecie bezahlen ſolle. Ob nun zwar der Beklagte dieſen Dienſt erkennen, und die zu ſeiner Reiß ihme vorgeſtreckte Gelder, nach ſeinem Verſprechen, ohne Anſtand, wieder bezahlen und abſtatten ſollen; ſo habe er doch dieſes gantz ohndanckbarer Weyß nicht allein nicht gethan, ſondern auch in Güte ſich zu nichts verſtehen wollen, mithin cauſirt, daß dieſe Klage müſſe geführet werden. Angeſehen aber das debitum liquid, und daher Kläger befugt, das Geld neben dem behörigen Intereſſe daraus zu erfordern, als ſey des Klägers dienſtrechtl. Bitte, ihn Stahleckern zu Bezahlung obgemeldter Summ der 393. Rthlr. 4
56. Kr. oder der 700 fl. ſammt den Uſuris zu condemniren, und zugleich darzu gebührend anzuhalten, mit Abtrag alles Koſtens u. Schadens, Implorato Judicis Nob. officio.

Worauff beklagter Stahlecker litem nega- 5
tive conteſtirt, widerſprechend, daß er den Kläger bittlich erſucht, ihme mit Geld auszuhelffen, weniger daß er demſelben würcklich eine ſolche groſſe Summ Geldes à 700. fl. vorgeſtreckt, oder aber dem Kläger einen Schein zu mehrer der Schuld Verſicherung eingehändiget, darinnen ihne zu Schaffhauſen wiederum zu bezahlen verſprochen haben ſolle, und
des Factum folgender Geſtalt erzehlend: Er 6
ſey in Anno 1693. mit ſeinem Sohn Johann Martin, wie öffters geſchehen, naher Franckfurt, daſelbſt einige Kauffmanns-Waaren auffzunehmen, und hernachmals zu Schaffhauſen abzuſtoſſen, gefahren, zu dem Intent er zwey ſeiner Wägen jeden mit 8 Pferdten beſpannt, würcklich beladen, ſelbige in gedachten Ort abzuführen, wehrender Zeit ſey obernandter des R. Sohn ohnwiſſend ſeiner zu

dem A.

dem A. hingegangen, und ihne um Vorlehnung eines Stück Geldes ersucht, deme er hierinn ohn Vorwissen und Befragung des Vatters gleich willfahrt, und eine Summ, nicht wie A. vorgebe, von 700. sondern 600. fl. vorgestreckt, worüber derselbe gantz heimlich, ja, so zu reden, betrüglicher Weyse einen Schein zu Papier gebracht, seines Vatters Name, der doch dazumalen von solchem Contractu die geringste Wissenschafft nicht gehabt, darunter geschrieben, darinnen zur Schuld gantz allein, und wie schon gemeldt, absque consensu Patris sich verstanden, den creditorem zu Schaffhausen nach Innhalt des von ihm extradirten Scheins
7 wiederum zu contentiren versprochen: Als nun der Vatter dieses Contracts halber einige Wissenschafft erlangt u. vernommen, daß der Sohn eine solche grosse Summ Gelds auffgenommen, hab er hierüb nicht allein seinen dissensum in continenti declarirt, sondern auch gemeldt, weil gedachte Schuld allzugroß, und die Auffnahm des Gelds wider sein Wissen und Geheiß geschehen, könne er sich deßwegen zur Bezahlung keineswegs verstehen, und so fort im Unwillen den Wägen nachgeritten.

8 Nachdem sie zu Heidelberg angelangt, sey er zu seinem unersetzlichen Schaden, ja gäntzlichen Ruin, von dem damaligen Commendanten, aus keiner andern Ursach, als die dem R. anvertraute Kauffmanns-Waaren dem Feinde in die Hände zu spielen, so lang angehalten worden, biß endlichen der Feind in die Stadt eingedrungen, und er leider um alle seine geführte Waaren, 17 seiner eigenthumlichen Pferdten, der Sohn aber das entlehnte Geld gekommen.
9 Aus welcher facti narratione erhelle, daß dem Kläger wider den Beklagten keine actio zukomme, und demnach demselben optimo jure exceptio non competentis actionis opponiret werde. Und daß dieselbe diß Orts gegründet sey, erbreche sich klar aus nachfolgenden Fundamentis, denn es sey bekandten Rechtens, quod contractus alterius alterum non obliget, nun habe A. nicht dem R. sondern seinem Sohn. seiner unwissend, das quæstionirte Geld vorgelehnet, welches ihm keineswegs geziemet, indem R. zur selben Zeit zu Franckfurt und bey A. selbst im Hauß gewesen, welchem er es billig offenbaren, und ihne, ob die Anlehnung auff sein Geheiß und Befehl geschehen, befragen sollen, und diß um desto mehr, weil R. Sohn tempore contractus annoch unter vätterlichem Gewalt gestanden, dergleichen Söhnen ohne dem so wohl das Jus commune als Provinciale Würtemb. ernstlich sub pœna & jactura actionis verbiethen, ichtwas vom Geld ohne Vorwissen und Willen des Vatters vorzustrecken, wie solches deutlich behärte

l. 1. C. filius pro patre vel Pater pro filio &c.

deme gleichförmig beyflichte das Fürstl. Würtembergische Landrecht. *p. 3. tit. 28.* §. ferners ordnen ꝛc.

Wann nun aus dieser deductione juris & facti erscheine, daß von dem beklagten Vatter der 10
contractus quæstionis gar nicht, sondern allein von dessen Sohn propria authoritate, inscio & invito plane Patre, sey getroffen und geschlossen worden, als ergebe sich von selbst, daß dem A. wider ihne weder realis noch 11
personalis actio competire, und gelange demnach an das Löbliche Judicium R. gehorsame rechtliche Bitte, ihne Klägern ex capite non competentis actionis à limine judicii abzuweisen, & quidem cum refusione expensarum, & imploratione solita &c.

Auff welches hin beede Theile ferner so 12
schrifft- so mündlich replicando duplicando, anfangs cum oblatione vel conditione si quid facti nachgehends pure & finaliter concludendo verfahren, und ad definitivam submittirt.

Hierüber nun unsere beywohnende rechtliche 13
Gedancken kürtzlich zu eröffnen, so ergibt sich daß Kläger in seinem Klag-Libell an Beklagten condictione certi ex mutuo 700 fl. cum interesse fordere, welche er ihm den 5 May 1693. in Franckfurt vorgeliehen, und er Debitor in Schaffhausen gleich nach seiner Dahinkunfft an die beeden Kauffleute Herrn Hurter und Hrn. Otten an 393. Reichs Thaler in specie und 65. Kr. zu bezahlen, versprochen, wie er solches durch die Vidimatas Copias deren à R. von sich gestellten Obligation sub Num. Act. 3. erweisen wollen, inmassen selbige ausdrücklich dahin laute: **Ich Ends-unterschriebener bekenne, daß ich von Herrn Peter Gontard allhier sieben hundert Gulden, sage, sieben hundert Gulden Reichs-Geldt empfangen habe, vor welche verspreche 393 Rthlr. 65. Kr. in specie an Herrn Hurter und Hrn. Ott in Schaffhausen bey meiner, GOtt gebe, glücklichen Ankunfft zu bezahlen, gegen Verpfändung aller meiner Pferd, Wagen und Geschirr.**

Franckfurt den 5 May 1693.
Jacob Stahlecker.

Wodurch dann so wohl die Anlehnung sein Hrn. Peter Gontards, als von ihm Jacob Stahleckern beschehene Versprechung der Wiederbezahlung sothaner vorgestreckten 700 Gulden zur Gnüge erwiesen zu seyn scheinet.

Cum principalis finis & effectus chiro- 14
graphi sit, ut legitime constitutum debitum probet, & securus reddatur creditor de numerata debitori pecunia, eandemque aliquando absque difficilioribus probationibus repetere queat. Si enim sibi legitime confici chirographum procuravit creditor, eo ipso, sine ulterioribus ambagibus, jure optimo probare poterit creditum

l. 4. ff. de pignor. l. 59. de legat. 3.

15 Allein weil Beklagter das Chirographum nicht recognoscirt, noch gestehet, daß er von Klägern einiges Geld Lehnung-Weyß empfangen, und ihm davor einen Schein oder Handschrifft gegeben oder ausfertigen lassen, sondern sein beklagten Sohn, seiner unwissend, ohn, ja wider seinen Willen, eine solche excessive Summ Gelds auffgenommen, und unter sein des Vaters Namen berührte Handschrifft auffsetzen lassen, als hätte es der Vater selbst empfangen, da er doch nichts darum gewußt, und so bald er es erfahren, seinen Dissensum und gefaßten Unwillen darüb bezeuget; So hat sothane Obligation und Handschrifft keine vim probandi prætensum debitum wider den Beklagten.

Chirographum enim à debitore non recognitum & non verificatum nullam facit probationem, ne semiplenam quidem

Cravetta *de antiquit. tempor. part. 1. §. viso. n. 6.*

Instrumentum namque, de cujus fide non constat vel disputatur, nullam habere potest vim & virtutem probandi, cum scriptura privata ante recognitionem non faciat ullam fidem.

c. 2. x. de fide instrum. l. 13. l. 14. C. de probat.

16 In tantum, ut nec probet Chirographum non recognitum etsi partes inter se convenerint, ut eidem sine prævia recognitione stetur. Scriptura enim privata nunquam plenam facit fidem contra scribentem, nisi accesserit recognitio, quæ est confessio, qua debitor chirographum à creditore coram judice productum sua manu scriptum vel subscriptum vel sigillatum affirmat & agnoscit. Hac igitur facta chirographum plene contra scribentem probat, quia debitor illud recognoscendo contenta ejus omnia fateri intelligitur, & hinc instrumentum privatum recognitum æquiparatur instrumento publico, quod est probatio probata.

Coler. *de Proceff. Execut. part. 3. c. 1. num. 100.*

ac proinde contra debitorem post factam chirographi recognitionem executive procedi potest

Carpzov. *p. 1. c. 17. d. 12. n. 6.* Coler. *d. l. n. 103.* Moller. *lib. 4. semestr. cap. 43. n. 1.*

Illa autem non facta scriptura privata ab eo, contra quem producitur, non recognita, non probat.

Carpzov. *p. 3. c. 17. d. 12.* Berlich. *p. 1. concl. 44.* Dom. Gait. *de credit. cap. 2. tit. 7. num. 1599.* Dn. D. Bard. *Diss. de recognit. Instrum. th. 7.*

Und zwar mag der unter dem Namen des beklagten Jacob Stahleckers ausgefertigten und wider ihn producirten Obligation hier so weniger einige Krafft und Würckung des Beweises, daß er zur Restitution der an ihn geforderten 700. fl. obligirt seyn sollte, zugeschrieben werden, weil Kläger selbst nicht in Abrede seyn kan, daß er das Geld nicht ihm Jacob Stahleckern selbsten, sondern seinem Sohne gegeben.

Juris enim est notissimi & conclusio indubitata, regulariter ex alterius contractu neminem obligari, nisi proprium consensum adhibeat 17

per tx. expressum *in l. 3. C. ne uxor pro marit.* Carpzov. *p. 2. c. 4. d. 18. n. 8.* in tantum, ut nec filius ex contractu Patris, 18
aut ad debita matris

tot. tit. C. ne filius pro patre. Joh. Peter Surd. *Cons. 367. n. 31.* Tiber. Decian. *vol. 5. Resp. 5. n. 19.* Franc. Vivius *dec. Neap. 31. n. 15.*

nec Pater ex contractu filii aut ad debita absque ipsius jussu à filio contracta teneatur, ne quidem ratione legitimæ filio post patris mortem debitæ

l. 1. C. ne filius pro patre. Casp. Ant. Tessaur. *quæst. for. lib. 4. quæst. 79. per tot.* Paul. Christin. *ad LL. Mechlin. tit. 9. art. 14.* Joh. Vinc. Honded. *vol. 2. Cons. 34. n. 22.*

nisi forte filius ad se alendum pecuniam mutuo accepisset, vel debita contraxisset, horum enim exsolutio ad patrem pertinet 19

l. fin. ff. de in rem vers. arg. l. 5. C. ad SCt. Maced. Matth. de Afflict. *dec. 10. n. 4.* Steph. Gratian. *discept. for. c. 60. n. 22. seqq.* Mar. Giurba *ad Consuet. Messan. c. 7. gl. 15. n. 8.* Herc. Mareschott. *2. var. resolut. c. 83. n. 3.* ubi ita judicatum testatur in Auditorio Romano.

cum & ipse genitor teneatur ad alimenta 20
filio ab alio præstita, se ipse alenti non intimaverit, ne aleret.

Carpz. *p. 2. c. 10. d. 24.* Hippol. Riminald. Jun. *Cons. 132. n. 31. seqq.*

Ob wohl aber Kläger vermeynt nichts desto 21
weniger wider den beklagten Vatter fundatam intentionem zu haben, um willen 1) Beklagter den Sohn als einen gestandenen Menschen zu seinem Fuhrwerck und Gewerb gebraucht, auch dazumahl mit zwey Wägen nach Franckfurt geschickt. 2) Daselbsten gleich Nachricht von der Auffnahm des Gelds bekommen, aber das geringste nicht dawider eingewandt, also tacite approbirt oder ratificirt, dazu 3) solch Geld auff seine Wagen, Roß, Zehrung und Reiß-Kosten verwendet, und er gewiß dasmal ohn Arrest nicht wohl aus Franckfurt gekommen, wann er nicht das Geld empfangen; So hat doch Beklagter dawider 22
mit gutem Bestand Rechtens eingeführet, daß ob er gleich den Sohn zu seinem Fuhrwerck als einen Knecht gebraucht, und zu seinen zwey Wägen mit auf Franckfurt genommen, so hab er ihm doch damit keine Macht und Gewalt gegeben einigs Geld, zumahl eine solche excessive Summ, ohn sein Vorwissen und Willen, auf-

auffzunehmen, insonderheit da er selbst, wie A. eingestehen muß, in Person zugegen gewesen, und seinem Fuhrwerck vorgestanden, deßwegen weder der Sohn noch der Creditor des Vatters Consensum so schlechter Dingen hindansetzen, und dieser jenem nicht das Geld gegen einer von ihm falsch aufgerichteten Schuld-Bekänntniß, darunter er seines Vatters Namen, als wann derselbe das Geld auffgenommen, der doch im geringsten nichts davon gewust, fälschlich geschrieben, so gleich abfolgen lassen sollen, ehe und dann er den Vatter, unter dessen vätterlichen Gewalt der Sohn noch gestanden, darum gefragt, und sich bey ihm erkundiget, ob es mit seinem Willen geschehe, daß der Sohn eine so grosse Summ Geldes aufnehme, wegen dessen Unterlassung also Beklagter keines weges belanget werden kan zur Restitution des jenigen, was Creditor seinem Sohn, den er nicht anders als einen Knecht gebraucht, und noch unter seiner vätterlichen Gewalt gehabt, seiner ohnwissend contra Senatus Consultum Macedonianum geliehen und gegeben,
23 bevorab weil Kläger den im andern Puncten vorgeschützten Einwand, daß Beklagter da ers erfahren und Nachricht davon bekommen, nichts dawider gesagt, sondern tacendo approbirt u. ratificirt, nicht erwiesen, wie ihm solches zu thun de jure obgelegen, zumahl da Beklagter sothanen Umstand beständig widersprochen, sagend, daß so bald ers erfahren, er gleich seinen Dissensum und Unwillen darüb, daß der Sohn eine so grosse Summ Gelds auffgenommen, und Kläger ihm solche seiner ohngefragt gegeben, gegen Klägern selbst bezeugt, adjecta protestatione, daß er sich zur Bezahlung keines wegs verstehen werde.

24 Neque ad probandam Patris R. voluntatem sufficit produxisse chirographum cum subscripto patris nomine, quod se scripsisse aut subscripsisse ipse constanter negat
arg. l. 2. C. de reb. alien. non alien. Faber. *Cod. Sabaud. lib. 4. tit. 20. d. 3.* Carpzov. *p. 2. c. 10. d. 16. n. 2.*

25 Den dritten Einwurff belangend, widerspricht Beklagter gleicher Gestalt, daß er einer so grossen Summen Gelds auff seine Wagen und Roß, zur Zehrung und Reiß-Kosten benöthiget gewesen, und sein Sohn zu dem Ende eine so excessive Summ Gelds aufnehmen dörffen, indem er Beklagter noch mit andern Sorten versehen gewesen, und würde er, weil er ja selbst in loco und bey den Fuhren gewesen, schon selber, was er nöthig gehabt, aufgenommen haben, welches Kläger, wann er weislich und prudenter handlen wollen, bedencken, und nicht dem Sohn, ohngefragt des Vatters, solche grosse Summ Geldes hingeben und leihen sollen, ja weil Beklagter bey dem Creditore selbst in seinem Hauß gewesen, hätte er ihm ja billig von der von dem Sohn begehrenden Anlehnung was entdecken, und selbige nicht so gantz still und geheim vor ihm halten sollen, biß der Sohn mit dem Geld und Fuhren hinaus gewesen, da er ihm, was geschehen, erst offenbahret und gesagt, daß er dem Sohn 700. fl. gegen vorgezeigte Handschrifft auf ihn geliehen, dawider er gleich protestirt, und im Unwillen den Fuhren nachgeritten.

Wann demnach, Beklagters beständigem Vorgeben nach, dessen unter seiner vätterlichen Gewalt noch constituirten Sohn, ohn ihm vom Vatter gegebenen Macht, Freyheit und Gewalt so viel aufzunehmen, deßgleichen ohn dessen Vorwissen und Willen, ja wider sein Belieben und Gefallen, Kläger die geklagte 700. fl. als eine Anlehnung gegeben, da Beklagter deren zu seiner Reiß und Fuhrwerck, weil er sonst mit Sorten versehen, nicht bedürfftig gewesen, selbige auch von dem Sohn in sein des Vatters Nutzen nicht verwandt, (noch allem Ansehen nach der Intention, aufgenommen worden,) sondern grösten Theils verlohren gangen, und den Frantzosen in die Hände gekommen, denen sie leider! müssen zusehen, wie sie nicht nur die Gelder getheilt, sondern auch alle geführte Waaren, und seine 17 vor den Wägen gehabte Pferdte, zu seinem unwiederbringlichen Schaden und äusserstem Ruin, weggenommen, Kläger aber das Wi-
„drige biß dato nicht erwiesen; so kan Beklag-
„ter zu deren von seinem Sohn sine ipsius præ-
„scitu & consensu auffgenommenen 700 fl.
„Restitution und Bezahlung keines wegs
„angehalten, und condemnirt werden, son-
„dern wir müssen ihm vielmehr nach dem, was
„bißhero in diesen Actis verhandelt worden,
„absolviren, wann nicht Klägers Anwald in
seinem mündlichen Eventual-Conclusions- 26
Recess sich ausdrücklich vernehmen lassen, daß des Beklagten Sohn unterschiedlich mal zuvor eben auch auf solche Art und Weiß, wie diesermahlen bey Klägern Geld auffgenommen, so er Beklagter nachmals ohn einige Widerrede gutwillig bezahlt, und möge wohl seyn, daß dafern ihme dieser Zufall in Heydelberg nicht geschehen, er diesen Posten ebenmäßig bezahlt hätte; so sey vorberührte Anlehnung auf sein des Vatters ausdrückentliches Begehren an ihne klagenden Gontard geschehen, als den er selbigmahl zuvor darum angesprochen, welche beede Umstände Klägers Anwald, falls die andere in Actis angeführte Motiven zu Fundirung A. Intention nicht sollten gnugsam seyn, wie sie unsers Erachtens durchaus nicht sind, rechtlich zu beweisen und darzuthun sich erboten, und per expressum vorbehalten.

Weil nun Klägers Intention dadurch ziemlicher Massen bestärcket und fundiret würde, wann er in specie beweisen könnte, daß Beklagten Sohn öffters vorhero dergleichen starcke Summen Gelds auff solche Weyse, wie dermahlen, ohn requirirten expressen Consens des Vatters auffgenommen, und der Vatter selbige doch ohnweigerlich bezahlt,

Cum utique tacita Patris voluntas seu tacitus illius consensus in contractum filii

inde præsumatur ac inducatur, si filiusfam. solitus sit mutuum accipere & pater illud solvere consueverit

arg. l. fin. ff. quod cum eo, qui in alien. pot. Mantic. *de tacit. & ambig. convent. l. 8. t. 7. n. 30.* Trentacinq. *3. var. resol. tit. de solut. res. 29. n. 13.*

und noch mehr, wann er dociren und probiren könnte, daß die Anlehnung der 700. fl. auf des Beklagten ausdruckliches Begehren geschehen, und Reus Klägern zuvor angesprochen, ihme eine Summ von 700 fl. vorzustrecken, denn da hätte er optime fundatam intentionem selbige von Beklagten wieder zu fordern, ungeachtet der Sohn das Geld em„pfangen; So sind wir gemüßiget worden, „den beschehenen Beschluß ex officio zu re„scindiren und die Beweisung dessen durch „nachstehenden Bescheid zu zuerkennen

Bescheid.

In Sachen Rechtens sich haltend zwischen Hrn Pierre de Gontard Kauffmann in Franckfurt Klägern eines, entgegen und wider Jacob Stahleckern von Hanau allhiesigen Ammts Beklagten, andern Theils wird der beschehene Beschluß hiemit ex officio rescindirt und ferner erkandt, was Kläger zu Fürstand seiner Rechten darthun und beweisen wolle, daß solches gehört werden, und darauf alsdann ferner ergehen und geschehen solle, was recht ist.

Welches zu verlangter rechtlichen Nachricht, salvo cujusvis melius sentientis judicio, wir nicht verhalten sollen.

Actum in Collegio nostro den 14. Julii 1697.

CONSILIUM LXIII.

De Juramento manifestationis ad accepta à Parentibus in hereditatem conferenda.

SUMMARIA.

1. usque 14. Facti Species.

15. Cum tribus quæstionibus decidendis.

16. Quarum prima quoad primum membrum affirmatur.

17. Non attento eo, quod non liceat pluribus sua testamenta conferre in unum Codicem, unis iisdemque testibus septem ad eam rem convocatis, unoque contextu adhibito.

18. Contraria enim sententia Communiori Dd. calculo recepta usuque probata est.

19. & 23. Quoad alterum vero negatur.

20. Nemo ex paganis duobus testamentis decedere potest.

21. Excipitur tamen casus.

22. Testamentum à duobus vel tribus in una ea charta & scriptura subque iisdem solennitatibus confectum, per unum revocari potest, modo revocetur quoad partem duntaxat revocantis, quia quoad alios non revocantes firmum remanet testamentum.

Tot enim censentur esse testamenta quot sunt personæ testantium.

24. Secunda quæstio.

25. usque 28. Ex adductis rationibus affirmatur.

Liberi enim salva iis manente legitima ultimam Parentum voluntatem exacte adimplere debent.

29. Hoc saltim casu Juramentum manifestationis locum habet, ubi de quantitate aliunde non constat, certum autem est, me aliquid accepisse, quod conferendum veniat.

Per LL. & Dd. tradita.

30. & 31. Applicatio ad casum præsentem juncta decisione.

32. 33. Et Ultima Quæstio affirmative deciditur.

34. Remissio enim collationis acceptorum à Parentibus non tantum verbis formalibus eo tendentibus sed etiam æquipollentibus eam voluntatem ipsorum significantibus fieri potest & facta censetur liberis.

I Als uns den zur Juristen Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Würtenbergischen Universität Tübingen verordneten Decano und andern Doctoribus hiebey wieder zuruck kommende Acta in Sachen Hannß Höffelins, weyland geweßten Inhabers des Klösterleins-Hoffs zu Steinheim, Königsbronner Kloster Amts, und seines Eheweibs Margarethä, beeder seeligen, hinterlassenen Erben, benandtlichen Peter Höffelins, Hannß Roßnagels uxor. nomine & consort. in Actis benandt Aa. an einem, entgegen und wider ihre Mit-Erbin Annam Mariam Georg Kellenbentzen Schultheissen zu Ober-Eißlingen Göppinger Amts, Eheweib, mit erstermeldtem ihrem Ehewirth, als curatore legitimo, Beklagte am andern Theil, zugesandt worden, um unser rechtl. Gutachten darüber zu erstatten, wie fern und weit Klägere sich des rechtl. Ausgangs zu erfreuen oder zu befahren haben möchten,

ten, und ob der Kellenbentz und dessen Eheweib das prætendirte Jurament ihres Empfangs oder des von den Eltern verlassenen Vermögens abzuschwören gehalten sey; So haben wir solche, so bald es anderer unter Handen gehabten Amts-Geschäfften und Verhinderungen halber immer seyn können, vorgenommen, mit gebührendem Fleiß durchlesen, reifflich erwogen und befunden, daß gedachten Hannß
2 Höffelins geweßten Inhabers des Klösterleins-Hoffs zu Steinheim Eheweib Margaretha beeder litigirender Partheyen Mutter seel. in Anno 1685. **eine Testamentl.** Disposition auffgerichtet, solche aber den 20. April 1688. durch **eine anderwärtige** neben erstbesagtem ihrem Marito, als sie bey denen Beklagten sich auffgehalten, aufgerichte letzten Willens Verordnung wieder auffgehoben, in welcher letztern sie unter andern §. 7. disponiret, **daß keines von den Kindern das andere bey vornehmender künfftiger** Inventur **und Erbtheilung, auch Anzeigung des verlassenen Vermögens, und was dieses oder jenes in die Erbschafft selbst schuldig seyn möchte, weder zu Erstattung würcklichen Eydes, noch Ablegung der Handtreu treiben, sondern derselben in Krafft sothaner** Disposition **gäntzlich befreyet seyn, dagegen aber den vorhandenen schrifftl. Documenten Glauben zugestellet wer-**
3 **den solle.** Als nun der Vatter zu Klein Eißlingen verstorben, hat die Mutter den 19 Octob. 1691. die **dritte** Disposition zu erstermeldtem Klein Eißlingen gemacht, nach deren Ausfertigung sie sich zu ihrer ältesten Tochter auff den so genandten Herbenhoff führen lassen, woselben sie ihr Leben seelig beschlossen.

4 Als nun Krafft ergangenen Hochfürstl. Befehls und Rescripts die Publicatio Testamentorum und Inventur der Mobilien zu Klein-Eißlingen geschehen, und die Haupt-Theilung den 26 April 1694. zu Steinheim unter Handen genommen werden sollen, haben vermög
5 damahls gehaltenen Protocolli zwey von den itzigen Klägern sich erklärt, bey denen Testamentlichen Dispositionibus zu verbleiben, wann ein jedes, und also sammtliche Interessenten den Empfang von den Eltern mittelst würcklichem Eyde bey den erstatteten Pflichten anzeigen
6 würde, welches die Beklagte zu thun wegen obiger Elterlichen Disposition sich geweigert, dahero weil kein Theil, auf gütlichen Zuspruch, von seiner gefaßten Meynung weichen wollen, die Sach differirt, und so **wohl von itzt Beklagten Partie, als dem Theil-Richter darüber: Ob nach Absterben der Mutter Margarethä Höffelinin dero hinterbliebene Kinder als Erben einander die eydliche Anzeigung zumuthen können, und sie solcher statt zu thun gehalten**
7 **seyn?** Ein rechtliches Bedencken eingeholet worden, welche beede Responsa **gantz widrig ausgefallen,** indem das von Beklagten erhaltene sie davon **frey spricht,** daß man „ihnen contra claram dispositionem Paren- „tum nicht zumuthen könne, daß sie das Em- „pfangene von den Eltern eydlich anzeigen sol- „len, sondern sie sich Krafft solcher Testament- „lichen Verordnung mit Recht so wohl des „würcklich ablegenden Eydes, als Erstattung „der Handtreu an leiblichen Eydesstatt ent- „schütten mögen, es wäre dann, daß ein oder „ander Kind durch in Rechten gnugsame præ- „sumptiones zu bescheinigen vermöchte, daß „durch sothane Elterliche Verordnung es in „seinem Pflicht-Theil um viel oder wenig ver- „kürtzet oder vernachtheilet; **das vom Theil-** 8
„**Richter** aber eingeholte Gutachten ist da- „hin gegangen, daß die itztbeklagte Anna Ma- „ria Kellenbentzin und ihr Ehemann, wo sie der „eydlichen Anzeig nicht erlassen werden woll- „ten, dieselbe sammt den übrigen Erben, so „sich dazu willig erboten, zu thun schuldig und „gehalten seyn; Deme zu Folge dann von 9
dem Theil-Richter den 6ten Septemb. 1694. der **Bescheid** gegeben worden, **daß die gesammte Erben allesammt und insonderheit, dasjenige, was sie so wohl bey der Verheurathung als sonsten empfangen, getreulich und aufrecht anzeigen, zu dem Ende sie ihre Treu mit Abschwörung leiblichen Eydes behaupten, folglich keines deroselben des** Juramenti Manifestationis **erlassen werden solle,** von wel- 10
chem Bescheid beklagter Theil gleich stante pede an das Hoch-Fürstl. Hoff-Gericht appellirt, von dem die Sach in po. formalium als dahin nicht erwachsen abgewiesen, und hernach mittelst ergangenen Hochfürstl. Rescripts 11
an Löbl. Stadt-Gericht zu Canstatt remittirt, daselbst auch in gewechselten Schrifften durch Klag, litis Contest. Replic. Dupl. ausgeführt, und endlich nach gethanem Rechtsatz u. gehabtem Rath mit **Urtheil** dahin entschieden worden, **daß die beklagte Eheleuthe das nach der** 12
Mutter seel. Tod hinterbliebene vermög mittelst leibl. Eydes nach allen Rubriquen **anzuzeigen schuldig, von übrigem Begehren aber** (nemlich auch alles, dasjenige, was sie so wohl bey der Verheurathung, als sonst hernach, von den resp. **Eltern und Schwieger-Eltern empfangen,** mediante juramento **getreulich anzuzeigen und zu** conferiren) absolvirt, **und sämtliche Erben hierauf ihrer Eltern** seel. letzten Willens Verordnungen gemäß zu theilen gehalten, jedoch denen Klägern, da sie wegen Ergäntzung ihres Pflicht-Theils an die Beklagte Spruch und Forderung zu haben, vermeynen möchten, solches wider sie auszuführen reservirt, die Unkosten aber aus Beweg-

niß gegen einander compensirt und verglichen seyn sollten.

13 Von welcher Urtheil itzo Klägere wieder an das Hoch-Fürstl. Hoff-Gericht provociret, und deßwegen von unserm Collegio rechtsgründlich belehret zu werden verlangen, was „sie sich vor eines Ausgangs in der Sache zu „getrösten, oder zu befahren haben werden, „um nach Befindung den Hoffgerichtlichen „Processs entweder zu continuiren, oder zu „Hemmung kostbarlicher Ungelegenheit und „mühseeligen Erwartens des zweiffelhafften „Ausgangs, die gebührende Resolution er„greiffen zu können.

14 Hierauff nun sollen wir zu verlangter rechtlichen Nachricht nicht verhalten, daß wir nach reiffer der Sachen Uberlegung und gepflogener sorgfältiger collegialischen Deliberation beständig dafür halten, daß Klägere schwerlich mehr in secunda appellationis instantia erhalten werden bey Hoff-Fürstl. Hoff-Gericht, als sie bereits per sententiam in prima instantia erlanget haben, und also sie des Obsiegs und eines erfreulichen Ausgangs der Sache nach ihrem Wunsch durchaus nicht versichern können, sondern vielmehr glauben, daß sie in altera hac instantia ebenmäßig succumbiren, und die vorige Urtheil wieder werde confirmiret werden, gestalten das Hauptwesen in dieser Sache insonderheit darauff hinaus lauffet

15 1) Ob das von beeden Eltern Anno 1688. aufgerichtete Testament, darinnen die Versehung geschehen, daß kein Kind der Testatorum das andere bey Vornehmung der Theilung und Anzeigung des verlassenen Vermögens, auch was dieses oder jenes in die Erbschafft selbsten schuldig seyn möchte, weder zu Erstattung würcklichen Eydes, noch Ablegung der Handtreu treiben, sondern derselben in Krafft deß gäntzlich befreyet seyn, dagegen aber denen vorhandenen schrifftlichen Documenten Glauben zugestellet werden solle, annoch bestehe, oder durch die Anno 1691. von der damahls noch überlebenden Mutter gemachte letzte Willens-Verordnung aufgehoben worden seye?

2) Ob die Eltern in sothaner ihrer Testamentlichen Disposition zu rechtlichem Bestand verordnen und caviren können, daß unter ihren samt und sonders zu Erben instituirten Kindern keines das andere also bey Vernehmung der Theilung und Anzeigung des verlassenen Vermögens, auch was dieses oder jenes in die Erbschafft schuldig seyn möchte, weder zu würcklicher Prästirung eines Eydes, noch Ablegung der Handtreu treiben, sondern Krafft solcher Testamentlichen Verordnung, dessen gantz befreyet seyn, hergegen den vorhandenen schrifftlichen Documenten Glauben zugestellet werden solle?

3) Ob davor gehalten werden könne, daß die Eltern eo ipso, daß sie disponirt, daß wegen deß, was diß oder jenes Kind in die Elterliche Erbschafft schuldig seyn möchte, keines das andere zu Erstattung würcklichen Eydes, noch Ablegung der Handtreu urgiren solle, derentwegen den vorhandenen schrifftlichen Documentis Glauben zugestellt werden solle, die Kinder haben von der Collation dessen, was sie, über das in den negst gedachten schrifftlichen Documentis als empfangen auffgezeichnetes, etwann erhalten haben möchten, liberiren und befreyen wollen?

16 Da wir, so viel den ersten Puncten oder die erste Frage concernirt, der beständigen rechtlichen Meynung seyn, und auser Zweiffel setzen, daß 1) das von beeden Eltern Anno 1688. auffgerichtete Testament, darinnen sie communi voluntate die erwehnte Versehung gethan, daß kein Kind das andere zu eydlicher Anzeige dessen, was dieses oder jenes von den Eltern empfangen, und in die vertheilende Erbschafft schuldig sey, treiben, noch deßwegen zu erstattender Handtreu urgiren, sondern darinn den hinterlassenden schrifflichen Documenten Glauben zugestellt werden solle, in allwege bestehe, und zu recht kräfftig und gültig seye.

17 non attento eo, quod

post Viglium & Hottomannum Vinnius *ad §. 13. Instit. de testament. ordinand. num. 1.*

statuat, non licere pluribus sua testamenta conferre in unum codicem, sive in unius chartæ volumine suprema ordinare unis iisdemque testibus septem ad eam rem convocatis, unoque contextu adhibito, quia ut unius cujusque testamenti propria contestatio est, ita & proprium ac separatum instrumentum esse oportet, admissaque illa diversorum testamentorum conjunctione corrumpatur necesse est subtilissimum testamenti negotium, quod totum uno perpetuoque contextu ac tempore perfici atque absolvi debet, nec alienos aut extraneos aliorum actus intervenire patitur

l. 21. §. ult. ff. qui testam. fac. poss. l. 21. l. 28. C. de testam.

Con-

18 Contraria enim sententia, quod omnino plures in eadem charta, unis iisdemque testibus adhibitis & specialiter ad hoc rogatis, unoque contextu, valide testari possint, communiori Dd. calculo recepta usuque probata est, agnoscente id ipsomet

Vinnio *d. l.* de quo etiam testatur Joh. del Castillo *controv. jur. quæst. part. 2. c. 18.* adducens Suaretz, qui dicat, *se nunquam de hoc dubitasse.* Anton. de Gamma *dec. 258. num. 2.* Carpzov. *p. 3. c. 7. d. 22. n. 1.* Gail. *2. O. 122. num. 2.* Brunnemann. *ad l. 19. C. de pact. num. 4.* Mev. *ad Jus Lubec. p. 2. tit. 1. artic. 10. n. 2.* Grat. *tom. 5. discept. forens. c. 908. ubi in terminis de duobus fratribus.* Marci *dec. Delph. 186. part. 2. n. 1.* Alphons. de Azeved. *Cons. 3. n. 1.*

19 noch 2 durch die Anno 1691. von der Mutter nach des Vatters Tode gemachte letzte Willens-Verordnunge auffgehoben worden, denn ob wohl sonst, wann jemand zu zerschiedenen Zeiten zwey unterschiedliche Testamenta macht, das letztere ipso jure das erste auffzuheben pflegt,

20 cum nemo ex paganis cum duobus testamentis decedere possit, sed unius hominis unum tantum testamentum esse queat, hinc prius semper rumpitur à posteriore, ultimumque tollit omnia præcedentia, etiamsi quis mille dispositiones fecisset

§. 2. Inst. quib. mod. testam. infirm. verbis: posteriore testamento quod jure perfectum est superius rumpitur &c. *l. 2. ff. de inj. rupt. irrit. test. l. 16. eod. l. 29. ff. ad SCt. Trebellian.* Barbos. *l. 19. c. 41. ax. 19.*

21 So ist doch ein anders, wann die testirende Person in dem letztern auffgerichteten Testament ausdrücklich exprimiret, und sich dahin erkläret, daß sie wolle, daß ihr ersteres Testament auch gelten solle, dann da wird neben dem letztern auch das erstere vel in vim fideicommissi sustenirt.

per §. 3. Instit. d. t. quib. mod. testam. infirm.

Daß aber beeder litigirenden Partheyen Mutter, Margaretha Höffelinin, ob sie wohl ihr in Anno 1688. mit ihrem Mann zugleich

22 auffgerichtetes Testament de Jure auffheben können, zu ihrem Theil nemlich,

quia quando duo in eadem charta & scriptura, subque iisdem solennitatibus testantur, duo testamenta esse censentur, hinc nihil obstat, quo minus eorum alter suum testamentum revocare possit.

Quamvis enim communi consensu & de utriusque bonis simul testentur, disponere tamen intelliguntur juxta naturam actus, quem efficiunt, & juxta jura, quæ de ea re sunt, atque ita, ut semper integrum cuique ac liberum sit ab ea dispositione discedere ac quocunque tempore illam revocare, nec refert an in vita alterius, qui cum eo simul disposuit, sive post illius mortem fiat revocatio, nam utroque casu jure permittente fit

Gratian. *d. c. 908. num. 6. 7.* del Castillo *d. c. 18. num. 16. seqq. ubi tradit,* quod si tres fratres simul testamentum fecerint, per unum revocari possit, modo revocetur quoad partem duntaxat revocantis, quia quoad alios non revocantes firmum remanet testamentum, cum tot testamenta videantur, quot sunt personæ testantium. B. D. Bardili *de revocat. ultim. volunt. th. 29.*

Dennoch solches durch die nach ihres 23 Mannes seeligen Tod Anno 1691. auffgerichtete letzte Willens-Verordnung nicht auffgehoben, sondern ausdrücklich haben wollen, daß selbiges zugleich neben dieser letztern Disposition gelten und subsistiren sollte, zeigen klar im Anfang die Worte:

Ein Mütterliche Disposition, wie es nach ihrem, ob GOTT will, seeligem Abscheiden NB. über die in schon längst auffgerichtetem Testament versehene Ordnungen ihrer zeitlichen Verlassenschafft haber gehalten werden solle, auffrichten und zu Papier bringen zu lassen ꝛc. und im §. 8. sequentia verba: **wolle sie verordnet haben, daß dieselbe (ihre Kinder) ihr und ihres Manns seel. verlassendes Vermögen,** NB. **über Abzug obig und deren in letztern verfaßtem Testament versehenen Legaten gleichlichen in gutem Frieden und Einigkeit mit einander in die Stämme vertheilen sollen.**

Derowegen die beede letzte Willens-Verordnungen de Anno 1688. & Anno 1691. ex voluntate Testatricis, quæ in ultimis voluntatibus omnem facit paginam & ubique prædominatur, **mit einander zu recht beständig seyn, und keine die andere auffhebt, daher obige Versehung daß keines das andere wegen des was dieses oder jenes von den Eltern empfangen, und in die Elterliche Erbschafft schuldig, zu Erstattung leiblichen Eydes oder gebender Handtreu an Eydesstatt treiben, sondern sie davon gäntzlich befreyet seyn, dagegen den vorhandenen schrifftlichen Documenten Glauben zugestellet werden solle, annoch in ihren Kräfften stehet.**

Aller massen, daß wir itzo zum andern Punct schreiten

Ob die Eltern in sothaner ihrer Testamentlichen Disposition Rechts-be- 24

ständig verordnen können, daß keines das andere von ihren Kindern treiben solle, mediante juramento, oder mittelst gebender Handtreu, an Eydesstatt, anzuzeigen, was dieses oder jenes empfangen, und in gemeine Erbschafft schuldig sey, sondern dessen, Krafft solcher Testamentlichen Verordnung gantz befreyet seyn, hergegen den vorhandenen schrifftlichen Documenten Glauben zugestellet werden solle?

bey uns der geringste Zweiffel nicht waltet, daß die Eltern nicht ein solches zu verordnen und zu disponiren optimo maximo jure befugt gewesen seyn sollten, so, daß wider sothane ihre Verordnung mit Bestand Rechtens nichts opponiret werden möge, sondern der
25 Eltern Wille, darinn von denen sammt und sonders zu Erben instituirten Kindern exacte ad unguem adimplirt werden müsse, wann sie nur ihre legitimam salvam haben, und nicht ein oder anders derselben vel per præsumptiones bescheinigen kan, daß es durch solche Verordnung in seiner legitima um viel oder wenig verkürtzet und vernachtheilet sey.

26 Denn können die Eltern nicht nur ein Kind vor dem andern mit starcken und ansehnlichen Prælegatis und Vermächtnissen bedencken, wann es ohne Schmählerung und Verringerung ihres gebührenden Pflicht-Theils geschicht

Fürstl. Würtenbergisches Land-Recht. p. 3. tit. 5. §. Sonsten stehet den Eltern &c. ibi: *Ein Kind vor dem andern doch ohn Ringerung des Pflicht-Theils, zu bedencken, & §. Es soll aber solch mündliche Anzeig &c. in fin.* add. Mev. *part. 9. dec. 1.* Carpz. *p. 3. c. 4. d. 21. 22. & lib. 6. Resp. 43. per tot.* Christin. *volum. 2. dec. 197. num. 5.* Blas. Michalor. *de fratrib. p. 3. c. 40. num. 4. seqq.* Harpprecht. *ad §. 3. & 4. Instit. de Testam. ordin. num. 207.* Gail. *2. O. 116. num. 3.* Finckelthaus. *Obs. 78. n. 9. seqq.*

sondern auch das Ihrige alles, was über den denen Kindern verlassenen Pflicht-Theil ist, nach ihrem freyen Willen gantz Fremden vermachen

l. 8. C. de inoffic. testament. l. 10. Cod. famil. erciſc. Novell. 18. c. 1. verb. integrum erit illi de reliquo besse aut semisse, quem adhuc habet, quoad usque velit, liberalem esse, sive in liberos suos sive etiam in aliquos extraneos, *& c. 2. ibi:* reliquo quadrante suo arbitratu à parente disponendo.

Warum sollten sie nicht auch Macht haben 27
dergleichen Disposition zu machen, daß wann irgend ein Kind vor den andern was mehrers von ihnen aus sonderer Affection bey ihren Lebzeiten empfangen, erwehntes Kind nach ihrem der Eltern Todt, dasselbe was es empfangen, weder mittelst würcklicher Abschwörung eines leiblichen Eydes, noch Erstattung der Handtreu an Eydesstatt anzuzeigen schuldig und gehalten seyn soll, sondern seine Geschwistrigte die ihren Pflicht-Theil vollkommen erlanget haben, es bey denen von den Eltern schrifftlich verfaßten und hinterlassenen Consignation schlechter Dingen bewenden lassen sollen; welches mit mehreren deducirt 28
und bewehret ist, in dem von denen Beklagten eingehohlten und beygelegten Responso Juris, uns darauff beziehend, und unnöthig achtend, solches hier weiter zu bestärcken, ausser diesem einigen beyzufügen, daß ohne dem die Kinder sonst ihr à Parentibus in ipso- 29
rum vita empfangenes, mediante Juramento, vel solenni loco jurisjurandi facienda asseveratione, ererst alsdann anzuzeigen verbunden, cum de quantitate ejus aliunde non constat, certum autem est, eos aliquid accepisse, quod conferendum veniat.

Sic enim quando certum est debitum, debiti autem quantitas incerta, recurri solet ad juramentum, & per hoc illa indagari ac exprimi.

Cap. literis. x. de jurejur. Cacheran. *dec. 96. numer. 3.* Vivius *dec. 108. num. 1.*

At ubi planè illiquidum est, an debeatur, non admittitur juramentum.

Cothmann. *vol. 2. Resp. 73.*

Atque ita quoque circa collationem servari, usuque receptum esse, ut si constet aliquem accepisse, unde collationi obnoxius sit, juramento quantitatem revelare teneatur, si quantitas aliunde haud appareat, testatur

Mev. *p. 1. dec. 85. num. 4.*

Ubi vero Parentes à liberis præcepta & conferenda eum in finem designaverunt, quo post obitum de iis constaret, & Parentum consignatio collationis regula esset, liberi à parentibus accepta designatione jurata detegere haud tenentur, sed Parentum consignatio ideo facta, ut collationis norma esset, plenam circa conferenda fidem facit, & à liberis pro regula & norma agnoscenda est ex reverentia istis debita

l. 9. ff. de obseq. patron. præst. Mev. *p. 4. dec. 233.*

Nun

30 Nun ist hier von der zuletzt verstorbenen Mutter gesamter litigirenden Partheyen zu dem Ende eine Consignation und Beschreibung dessen, was ein jedes Kind bey Lebzeiten der Eltern empfangen, und conferiren sollen, gemacht, oder auf ihr Angeben von ihrem Kriegs-Vogt in Gegenwart eines Geistlichen, der sie als ein Zeuge mit unterschrieben, begriffen und verfaßt, so der Beklagten Duplicis sub lit. A. beygefügt, daraus sie das quantum auch hernach ihrer letztern anno 1691. aufgerichteten Dispositionein gerückt, damit nach ihrem Tod nicht nur, was ein jedes an Heyrathgut und sonst bekommen hätte, dadurch probirt würde, sondern zugleich auch sothane Consignation die Norm und Richtschnur der Collation der vorempfangenen
31 und eingenommenen Güter wäre, deßwegen „keines das andere weder zur aydlichen, noch „mittelst Angelobung an Aydes statt beschehender Anzeig seines Empfangenen anzustrengen „und zu treiben, wider die offenbahre Prohi-„bition der beeden Eltern in ihrem gemeinsam-„lich anno 1688. aufgerichteten Testament, son-„dern sie samt und sonders nach dessen klarer „Maßgab berührter schrifftlichen Consigna-„tion, so die Mutter verfassen lassen, völligen „Glauben zuzustellen haben. Womit wir nun
32 auch auf den **dritten Puncten** kommen:

Ob davor gehalten werden könne, daß die Eltern eo ipso, **daß sie** disponirt, **daß wegen deß was diß oder jenes Kind in die Elterliche Erbschafft schuldig seyn möchte, keines das andere zu Erstattung würcklichen Aydes, noch Ablegung der Hand-Treu treiben solle, sondern sie deren gäntzlich befreyet seyn, und dagegen den vorhandenen schrifftlichen** Documenten **Glauben zugestellet werden solle, die Kinder von der** Collation **dessen, was sie über das in den nechst-gedachten schrifftlichen** Documentis **aufgezeichnetes etwan erhalten haben möchten,** liberiren **und befreyen wollen?**

33 Da sich aus obigem von selbst nicht ohndeutlich ergibt, daß dieser Punct ebenmäßig affirmativè zu resolviren. Denn weil die Eltern disponirt, daß kein Kind das andere zwingen und treiben solle, mittelst wircklichen Aydes oder Angelobung an Aydes statt anzuzeigen, was diß oder jenes empfangen und in die Elterliche Erbschafft schuldig sey, sondern sie davon gäntzlich befreyet seyn, und in dem Stück den vorhandenen schrifftlichen Documenten, nemlich der dißfalls von der Mutter angegebenen und verfaßten Consignation, die in hunc finem gemacht, Glauben zugestellet und die Collation darnach reguliret, im übrigen aber das von ihnen verlassende Vermögen, was über die abgestattete Legata und Prælegata bevor seyn werde, in gutem Frieden und Einigkeit ohn Zanck und Hader unter sie gleich in die Stämme vertheilt werden solle, was kan daraus anders vor eine Intention abgenommen werden, als daß ihr Will und Meynung gewesen, daß wann sie Eltern je einem oder andern, aus sonderer Affection, und von ihm bezeugter kindlicher Treu und Liebe halber, was mehrers, als in der Consignation aufgezeichnet und exprimirt, gegeben, es dasselbe, gleich dem im letzten Willen prælegirten, zum Voraus behalten und ihm in sein empfangendes und gebührendes Erbtheil nicht aufgerechnet werden solle?

34 Remissionem enim collationis acceptorum à Parentibus non tantum verbis formalibus eo tendentibus, sed etiam æquipollentibus eam voluntatem ipsorum significantibus fieri posse & factam censeri liberis, si quæ ipsos pro præcipuo habere debere voluerint & id quoquo modo significaverint, pluribus authoritatibus & rationibus firmatum fuit in Responso à Reis producto, quas hic repetere nolumus.

Und weil es diese rechtliche Beschaffenheit hat in denen dreyen Puncten, worauff, unsers Ermessens, die gantze Sache hafftet, und davon deren decision dependiren wird, so können wir nicht absehen, was Klägere weiter in secunda appellationis instantia erhalten werden, als sie per sententiam primæ instantiæ erhalten haben, deßwegen sie besser thun werden, wann sie die auf die prosecution der appellation anwendende Kosten spahren, denn solche allem Ansehen nach vergeblich werden aufgewendet werden. Welches wir salvo cujusque melius sentientis judicio zu verlangter Rechts-Belehrung dienstlich anfügen wollen. Actum in Collegio nostro den 15 Aug. 1697.

CONSILIUM LXIV.

DE

Sponsalibus publicis & clandestinis, quibus copula carnalis accessisse prætenditur, concurrentibus.

SUMMARIA.

Præmittitur facti species.

1. & 12. Sufficit tacitus etiam Parentum consensus in contrahendis liberorum sponsalibus.

2. & 3. Ex rationibus hic allegatis.

4. Sponsalia pura perfecta bina aut plura, quibus nullum aliud legale impedimentum obstat si concurant, priora semper præ-

præferuntur posterioribus.
Ratio hujus.

5. 9. 13. & 14. *Utrum defectus consensus materni sponsalibus à filio contractis officere possit? Affirm.*

6. & 11. *Consensus tacitus præsupponit plenam rei gestæ scientiam.*

Cum itaque nulla rei gestæ cognitio adsit, voluntatem ac consensum exulare necesse est.

7. *Sponsalia clandestina à liberis absque Parentum consensu contracta, ipso jure nulla & invalida sunt.*

8. *De Jure Civ. saltem Patrum liberos in potestate habentium consensus requirebatur.*

9. *Moribus vero nostris & matris consensus Patre præsertim defuncto necessarius est. Adducitur hujus ratio.*

10. *Quid si dissentiant Pater & Mater?*

14. *Verba:* Du bist eigen mein: Du bist auch eigen mein: *Promissionem conjugii omnino continent.*

Parum enim differunt ab iis: Ego te in meum recipio; & te accipio in meam: quibus consensum de præsenti exprimi notat Pontifex C. 31. X. de sponsal.

16. *Facta, ut amplexus & copula carnalis, consensum sponsalitium & conjugalem omnino indicant.*

17. & 27. *Sic pleraque sponsalia alias haud obligatoria per copulam carnalem aut concubitum obligatoria redduntur.*

18. *Ex. gr. licet ex tractatibus de sponsalibus, item sponsalibus clandestinis; item ab ebrio contractis, item verbis ambiguis dubiis, jocosis; &c. quis non obligetur, accedente tamen concubitu s. copula carnali quis ad consummationem matrimonii obligatur.*

19. *Sponsalia etiam conditionata per accedentem copulam carnalem purificantur.*

20. *Pro regula enim generali tradunt Dd. quod omnia sponsalia jure non prohibita per concubitum reddantur insolubilia.*
Ratio hujus.

21. *Cur hoc in substrato casu locum non inveniat, rationes adducuntur.*

22. *In matrimoniali causa probatio perfecta omnino requiritur, ad exemplum causarum criminalium.*

23. *Per tradita Doctorum.*

24. *Unde si una pars prætendat matrimonii promissionem, illam vero probare non possit, duobus vel tribus omni exceptione majoribus testibus, altera pars accusata mox absolvitur.*

25. *Sponsalia clandestina, etsi vel maxime probata, si cum publicis concurrant, publica clandestinis præferuntur.*

26. *Ex ratione hic allegata.*

28. *Si carnalis copula secuta sit, præcedente qualicunque matrimonii promissione, præsumptio omnino Juris & de Jure exsurgit pro sponsalitiæ affectionis in matrimonialis mutatione.*

29. *Verum si carnalis copula promissionem matrimonii præcesserit, ea nequaquam inducit præsumptionem contracti matrimonii, nec facere proinde potest, ut ea consummatum præsumi aut dici queat matrimonium, quod ante promissum nunquam fuit.*

30. *Quidam tamen statuunt parum interesse, an promissio matrimonii cuncubitum præcesserit, an concubitus sponsalia.*

31. *Quod vero refutatur.*

32. *Priori enim casu copula matrimonialis posteriori fornicativa præsumitur.*

33. *Etsi in matrimonialibus causis juramentum judiciale matrimonium neganti, ut & suppletorium actori deferri non possit: purgationis tamen juramentum judex reo matrimonium neganti deferre quandoque potest.*

34. *Cur in præsenti casu juramento purgationis opus non sit ostenditur.*

35. *Ubi enim versamur in casu matrimonii clandestini, neutiquam, aut sane haud facile deferendum est juramentum, cum imputare sibi debeat, qui clanculum contraxit.*

36. *Quicunque ad litigandum causam dedit, ille & ad expensas processus tenetur.*

37. *Qui ad interesse (German. Abtrag) vult agere, necesse habet, ut probet damnum, in quod facto ejus conjectus, à quo resarcitionem atque emendationem desiderat.*

FACTI SPECIES.

ES haben bey allhiesigem Ehe-Gericht jüngsthin Margaretha N. Obrigkeitl. constituirte Pflegere præsent. quoque interess. gebührlich vor- und angebracht, was gestalten ohnlängsten bey ihnen um besagt ihre Pfleg-Tochter, so bishero bey ihrem Bruder einem Bierbreu allhier in der Kost sich aufgehalten, Georgius N. mit Vorwissen seiner Mutter durch zwey ehrliche Männer seine Befreundte ehrlich werben lassen, denen sie auch in so fern das Jawort gegeben, falls der Margaretha N. Baaß zu N. in solche Verheurathung auch einwilligen werde, auff dieses hin dann gleich die Pfleg-Tochter mit einem Schreiben von ihnen Pflegern begleitet, nebenst dem Georgio N. und dessen Mutter nach N. sich begeben, und von der Baaß N. die verlangte Einwilligung eingeholt, in dero Abwesenheit aber bey ihnen sich Johann N. mit seinem Sohn Jacob angemeldt, mit Bedeuten, hätten vernommen, daß sie ihre Pfleg-Tochter Margaretha N. an Georgium N. zu verehlichen willens, dahero ihnen

ihnen unzuverhalten, daß bey erschollenem diesem Gerücht ihme Vatter Johann N. sein Sohn Jacob geoffenbahret, daß selbige sich bereits vorhin mit ihme versprochen, ja so gar schon mit ihro in Ungebühr zugehalten haben solle so alles der Sohn Jacob zugegen bejahet, weßwegen sie Pflegere die Pfleg-Tochter gleich nach ihrer Zurückkunfft alles Ernsts zu Red gestellt, welche aber auf güt- und ernstliches Anerinnern des Ehe-Verspruchs, weniger einig verübter Ungebühr geständig, bey solch der Sachen Beschaffenheit dann E. Löbl. Consistorio sie Pflegere das Wesen zu mehrerer erforderlichen Untersuchung anheim stellen wollen, der Hoffnung lebende, falls der angegebene Ehe-Verspruch und die zugemessene Ungebühr von Jacob N. nach Genüge nicht zu probiren, ihrer Pfleg-Tochter solcher Unzucht halber gebührliche Satisfaction, cum protestatione expensarum zugesprochen möchte werden. Bey welchen Contradictionibus dann für nöthig gehalten worden die Personas Principales hierunter prævia solita admonitione selbsten gegen einander zu vernehmen, und Jacob N. recensirt, daß er öffters in der Margaretha N. Bruders Gast-Herberg neben anderen gezehrt, dadurch Occasion bekommen mit ihr Kundtschafft zu machen und bekannt zu werden, welche ihm auch jederzeit wohl affectionirt gewesen, also zwar, daß, nachdeme man vor einigen Wochen dem Herkommen gemäß die Evangelische Schul-Jugend allhier auf den Schützen-Berg geführet, und damahlen in besagter Margaretha N. Bruders Gast-Herberg Spielleuth gehalten worden, er mit einigen seinen Cameraden gegen Abend sich dahin begeben, einen Trunck Bier gethan, und mit der Margaretha N. im Dantzen sich dergestalten belustiget, daß sie dessen aller müd worden, mit Vermelden, wolle anjetzo schlaffen gehen, auf dieses hin er so gleich sie in ihre Schlaff-Kammer begleitet, und sie Margaretha N. den Riegel an der Cammer-Thür selbsten zugestossen, inzwischen er sie an einer Truchen, bis sie sich ausgekleidet, geherzet und geküsset, folgends von ihme weg- und in dem Hemmet in das Bett begeben, deren er auch ohne einige ihre Widerred gefolgt, und sich zu ihr zwar in Kleidern in das Bett gelegt, sie wiederum geherzet, bis die Magd im Hauß so bey der Margaretha N. auch ihre Ligerstatt gehabt, vor die Thür kommen und angeklopfft, auf solches die Margaretha aufgestanden, die Thür eröffnet, und ihne entzwischen aus Beysorg es dörffte die Würthin etwann herein wollen, zwischen die Bettstatt heissen verbergen, so er auch gethan, nachdeme er aber wahrgenommen, daß es die Magd, seye er um so weniger unerschrocken wiederum herfür gangen, weilen er schon verschienene Fronleichnams-Fest bey ihnen beeden in dem Bett aber ohne einige verübte Ungebühr übernachtet, mithin sich wiederum zu ihnen in die Mitte gelegt, und unter allerhand Geschwätz die Margaretha im Arm habend zusammen entschlaffen, bald hinnach er neben der Margaretha wiederum erwachet, sie gleich vor geherzet, ihr das Hemmet aufgehoben, sich von der Seiten auf ihren entblößten Leib gelegt, semen emittirt, ob er ihr aber wegen angehabter Kleider eigentlich zukommen und sie imprægnirt, könne und wisse er nicht zu sagen, nach diesem sie beede wiederum entschlaffen, gegen anbrechendem Tag aber die Margaretha N. erwacht, ihne aufgeweckt und zu ihm gesprochen, Hannß bist du noch da, wogegen er gemeldt, ich bin nicht Hannß sondern heiß Jacob, darauff sie zu ihme; Du bist doch eigen mein, und er hinwiederum zu ihr, du bist auch eigen mein, mit diesem dann wegen angebrochenen Tags er sich von ihr weg- und nach Hauß begeben, folgenden Tags gegen Abend seye er wiederum zu ihr in ihres Bruders Gast-Herberg auf einen Trunck Bier kommen, da sie ihne dann auf die Seiten unter ein Fenster genommen, und ihme erzehlt, der Georgius M. habe sie heut immer vexiren und bezüchtigen wollen, er Jacob seye bey ihr Margaretha über Nacht in der Cammer gewesen, sie habe es aber nicht gestanden und gesagt, sie halte denjenigen der solches ausgebe für einen s. v. Schelmen, habe dabey den Georgium N. sehr gegen ihme ausgescholten, vorab gemeldt, seye ein schöner Kerl, habe bey der Henckerin Tochter so schon einige Zeit bey ihrem Bruder beherberge, schlaffen wollen.

Margaretha N. contradicirt all dieses wider sie von dem Jacob N. des Ehe-Verspruchs, verübter Ungebühr, Riegelstossens und anderes Angebrachte, und ist allein geständig, daß er wider ihren Willen und gegebenen Anlaß einmahl mit ihres Bruders Breuknecht in ihre Cammer kommen, und sich zu ihr ins Bett legen wollen, habe ihn aber abgewiesen, das zweytemahl wäre er zwar in die Cammer vom Dantzboden ihr nachgefolgt, den Riegel an solcher stossen und ihro Unzucht an der Truchen daselbst zumuthen wollen, welchem sie aber nicht eingewilliget, in der Cammer zwar geblieben, und auf die Magd gewartet, indessen er sich in ihr Bett gelegt, eingeschlaffen, und nachdeme die Magd kommen, sie zumahlen ihne nicht erwecken können, wären sie beede schlaffen gangen, und haben ohne Bedencken ihn in der Mitte bey sich ligen lassen, der auch die gantze Nacht durch bis an Tag vermuthlich geschlaffen, da sie Margaretha N. ihne erwecket und erinnert soll aufstehen und nach Hauß gehen, welchem er auch ohne einige gegen sie tentirte Ungebühr gefolgt,

sich mithin auf ihres Bruders Breuknecht und Magd referirende, welche dann auch verhört und forderist ein jedes ernstlich erinneret die Wahrheit also zu sagen, daß in Bedörfungs-Fall selbiges was es aussagt, aydlich behaupten könne, worüber der Breuknecht deponirt, daß er verschienen Fronleichnams-Abend dem Jacob N. auf sein Begehren in der Margaretha N. Cammer mit einem Licht geleuchtet, im Hineingehen aber nechst dem Bett an einem Hemmet was wahrgenommen, daß er zu ihme gemeldt: Bruder sieh dorthin, es ist heut nicht gut da buhlen, darauff auch beede kein Viertelstund in der Cammer sich aufgehalten, mehrers seye ihm nicht wissend, auf diese Aussag nun hin der Jacob N. mit dem Breuknecht, so Päbstlicher Religion, confrontirt, welcher in Abred nicht ist, daß ihme auf Begehren der Breuknecht am Fronleichnams-Abend in der Margaretha N. und Magd Kammer geleuchtet, und beede im Bett ligend angetroffen, und er sich zur Margaretha auf die eine- der Breuknecht aber zur Magd auf die andere Seiten begeben, seye auch wahr, daß der Breuknecht bey selbigen nur auf eine Viertelstund, er aber bey der Margaretha bis gegen Tag geblieben, und nach seinem Fortgehen sich erst zu ihr in das Bett gelegt, so zwar der Knecht titubirend allerdings widerspricht, hingegen die Magd in ihrer Aussag sich allein vernehmen lassen, seye nicht ohne, daß der Jacob zu zweymahlen, und einmahl habe ihm der Breuknecht in die Kammer geleuchtet, kommen, und das letzteremahl seye er in ihrem Bett entschlaffen, so viel ihr aber wissend, nichts Ungebührliches von ihme geschehen, massen sie eine Dienst-Magd und wegen vieler harten Tags-Arbeiten, wann sie ins Bett komme, gleich entschlaffe ꝛc. Auf dieses bißhero Passirt- und Erzehlte dann der Jacob N. und Margaretha N. öffters einseitig fürgelassen und jedem so güt- als bedrohentlich zugesprochen, den wahren der Sachen Verlauff einzugestehen. auch ihnen über solches achttägige Bedenck-Zeit gegeben, welche aber gleich damahlen als noch nach verflossener achttägiger Dilation ihrer bereits hiebevorthanen Aussag quam constantissime inhæriren addirende, wollen sich auch bey solcher wohl und weh geschehen lassen.

Nachdeme nun auch Occasione dieses vorkommenen offt-ernannter Georgius N. sich bereits hiebevor mit einer ledigen Weibs-Person auch versprochen solle haben, als ist hierauff ex Officio inquirirt, und hat nach genauer der Sachen Untersuchung so viel sich geäussert, daß der Georgius N. vor ungefehr einem Jahr bey eines ehrlichen Burgers Hochzeit allhier, der Braut Schwester Ursula N. bedienet und aufgewartet, auch selbige folgenden Tags nach dem sogenannten Bierwarm gegen Abend nebst Begleitung seines Cameraden Christophori zu dem Wein geführt, und als sie zusammen ein Glaß Wein getruncken, habe der Georgius N. gegen besagt seinem Cameraden gesprochen, hörst du, ich und Ursula zugegen, geben auch ein schönes Paar Ehe-Volck zusammen, darauff zu ihr reiteratis vicibus gemeldt, ob sie ihne nehmen und haben wolle? Worüber zwar die Ursula N. dem Georgio nicht gleich eine Antwort und Resolution ertheilt, endlich auf sein öffter- und hefftigers Anhalten sie ihme das Ja-Wort, und die Hand gegeben, da so gleich der Georgius N. seinen Cameraden also angeredt, er müsse nun sein Bedienter seyn und zur Bestättigung dessen ihme und seiner neuen Frau Gemahlin Wein über die Hände giessen, welches er auch gethan, sich ferners zusammen lustig gemacht, und selbigen Abends über einen Thaler verzehrt, so der Georgius N. allein bezahlt, und nach solchem die Ursula nach Hauß begleitet, so des Morgens früh ihren Eltern all dieses Vorgegangene erzehlt, auch solches ihnen nicht mißfallen lassen, folgenden als dritten Hochzeit-Tags der Georgius N. nicht allein der Ursula wiederum aufgewartet, sondern ihrer Geschwey, als er die Ursula auf dem Dantz-Boden im Arm gehabt, anbefohlen, zu Vatter und Mutter in die Braut-Stuben hinein zu gehen, und ihnen anzuzeigen, daß sie beede einander genommen, sollen sich nur wieder mit der Ausstеur rüsten, auf Michaeli wollen sie Hochzeit halten, welches die Geschwey auch verrichtet, gleich bald darauf der Georgius der Ursula Mutter im Vorbeygehen auch also angesprochen: Seye ja zufrieden, er habe ihr Tochter genommen? Deme sie zur Antwort geben, ihre Tochter möchte für ihne zu mager seyn, er replicirte, das hindere nichts, er habe Geld genug, auch gleich damahlen als ex post, da sich die Gelegenheit ereignet, der Ursula schon lange Jahr verehelichte Brüder, Schwäger geheissen, dergleichen Vertraulichkeit dannen ebenmäßig sie gegen ihme gebraucht, und der Ursachen von der Ursula Eltern und Befreundten das Wesen bißhero nicht poussirt worden, weilen beede Personen nicht veraltet, zumalen sie Ursula ihrer Eltern Haußhaltung, und der Georgius seiner Mutter als einer Wittwe in dem Grautuscher-Handwerck wohl vorgestanden, auch dergleichen Leichtsinnigkeit bey ihme nicht verhofft.

Georgius N. contradicirt gantz erfrecht alle diese wider ihne beschehene und umständlich in faciem recensirte Denunciation, absonderlich daß er der Ursula

Geschwey

Geschwey dißfalls an dero Vatter und Mutter etwas zu melden befohlen, weniger mit dero Mutter deshalben selber gesprochen, oder dero Brüder seriò Schwäger geheissen, und was bey dem Wein in Beyseyn seines Cameraden passirt, seye nur Vexation, und er Georgius dabey gantz truncken gewesen, welches dessen Camerad selbsten contradicirt, und zwar um so weniger die vorschützende Trunckenheit glaublich, als er in seinen beharrlichen Contradictionen selbsten sich vernemmen lassen, seye nur ein kleines Gläslein gewesen, woraus ihnen beeden auf die Händ gossen worden, item: habe es am Morgen früh seiner Mutter selbsten erzehlt, und auf Befragen der Hrnn. Consistorial-Räthen, was ihme dann seine Mutter hierüber zur Antwort geben? sich vernemmen lassen, habe ihne deshalben zwar nicht gescholten, sondern allein erinnert, er müsse künfftig fleißig seyn, habe schon 3. Tag mit dem Hochzeit Gehen zugebracht, dessen aber die Mutter in ihrer Constituto nicht geständig seyn will, sondern vermeldt, ihre Magdt habe am Morgen früh ihr vorgebracht, man sage der Sohn Georgius seye bey vorgewesster Hochzeit mit der Braut Schwester Ursula ein Hochzeiter worden, welches sie aber für eine Vexation angenommen und gehalten, massen sie um die Ursula niemahlen für sich oder ihre Befreundte anhalten lassen, wolle auch nicht hoffen, daß wegen ihres deficirenden Willens, da all dieses wider ihren Sohn angebrachte, sollte passirt seyn, es für ein Ehe-Versprech zu erkennen.

Wie nun einem gesamten Consistorio bey so beharrlichen Contradictionen, und der Partheyen fovirter Obstinacität hierinnen zu sprechen, etwas bedenckliches gefallen, also hat man sich gemüßiget befunden, bey einer Löblichen Facultät über hiernach gestellte, aus bishero angeführten facto gezogene Fragen gründlicher informiren zu lassen,

Und erstlich zwar:

Ob das zwischen Georgio N. und der Ursula N. getroffene Ehe-Versprechen unterlauffenden Circumstantiis nach subsistiren könne, und denen erfolgten posterioribus derogiren?

2do **Ob zwischen Jacob N. und der Margaretha N.** propter concubitum **und nachgehends gefallenen Reden** hinc inde **ein formlicher Ehe-Verspruch abzunemmen, welcher denen beeden vorherigen** derogire? **so dieses, ob wegen beständiger Ablängnung der Reæ einigen** congressus carnalis **noch der angezogenen Worten, sie nicht** ad juramentum purgationis **zu** adstringiren?

Nebst diesem 3tio **wie die Partheyen** ratione expensarum litis **zu verfällen, vorab und ob wegen der ersten** getroffenen Sponsalien, **so selbige für ohngültig erachtet werden sollten,** Reus Georgius N. **der Ursula N. auf bereits beschehenes Nachsuchen einigen Abtrag schuldig, und wie hoch derselbe zu stellen, auch ob nicht über das und wie gegen den** Georgium **seiner Leichtsinnigkeit halben mit verdienter Straff zu verfahren?**

Demnach wir Decani und andere Doctores der Theologischen und Juristischen Facultäten bey gemeiner Hoch- Fürstlich Würtenbergischen Universität Tübingen freundlich ersuchet worden, über vorstehende Facti Speciem und deren angehengte Fragen unser in Göttlich und Weltlichen Rechten gegründetes Gutachten zu erstatten; So haben wir nicht ermangelt, dieselbe mit gebührendem Fleiß zu durchlesen, und so wohl anfangs ein jeder vor sich insonderheit, als hernach in angestellter Collegialischen Deliberation insgemein, allen Umständen nach, reifflich zu erwegen, da wir uns dann einmüthig dahin verglichen, wie bey einer jeden Quæstion absonderlich folget.

Und zwar so viel die

Erste Frage:

Ob das zwischen Georgio N. und der Ursula N. getroffene Ehe-Versprechen unterlauffenden Circumstantiis nach subsistiren könne, und denen erfolgten posterioribus derogiren?

belanget, möchte es ersten Anblicks das Ansehen haben, ob wäre selbige zu affirmiren.

„ Weil 1. in facto angebracht wird, daß „ Georgius N. die Ursulam N. nachdem er ihro bey ihrer Schwester Hochzeit des ersten „ Tags aufgewartet gehabt, und sie des andern Tags nach dem so genannten Bierwarm „ zum Wein geführt, bey gethanem Trunck „ in Beyseyn seines Cameraden Christophori, „ als er vor zu diesem gesagt: Er und „ die Ursula geben ein schönes Paar Ehe-„ Volck, repetitis vicibus gefragt: Ob „ sie ihn nehmen und haben wolle? Worüb sie ihm zwar anfangs keine Antwort und „ Resolution ertheilt, endlich aber auf sein „ inständiges Anhalten ihm das Jawort „ und

„ und die Hand gegeben, da Georg seinem „ Cameraden zu dessen Bestättigung ihm und „ seiner neuen Fr. Gemahlin Wein über „ die Hand zu giessen befohlen, so er ge„ than, drüb sie sich ferner lustig gemacht, und „ Georg die Zech à 1. fl. 30. kr. allein bezahlt, „ auch die Ursulam nach Haus begleitet, des ge„ folgten dritten Hochzeit-Tags ihr wieder auf„ gewartet, ihren Eltern, denen sie schon, was unter ihnen geredet worden, referirt, welche es ihnen wohl belieben lassen, durch die Geschwey der Ursulä sagen lassen, daß sie beede einander genommen, sollten sich nur wieder mit der Aussteur rüsten, auf Michaelis wollten sie Hochzeit halten, ja die Mutter der Ursula selbst angeredet: sie sey ja zu frieden, er hätte ihre Tochter genommen? und als sie zur Antwort gegeben, ihre Tochter werde für ihn zu mager seyn, geantwortet, das hindere nichts, er habe Geld gnug, auch der Ursulä Brüder Schwäger geheissen. Als dieses nun des Georgii Mutter zu Ohren kommen, hat selbige nichts dawider gesagt, sondern nur den Sohn erinnert, wieder fleißig zu seyn, und einzubringen, was er in den dreyen Tagen versaumt. Scheinet also nicht nur Consensus sponsalitius utriusque partis contrahentis, sondern auch utrinque consensus Parentum si non expressus, tamen tacitus zugegen seyn.

1 Sufficere autem vel consensum Parentum tacitum in contrahendis liberorum sponsalibus aut nuptiis, non ambigendum est ex mente & sententia Juliani, qui filiæ patrem consentire intelligi scripsit, nisi evidenter dissentiat

in l. 7. §. 1. de sponsal. add. l. 5. C. de spons.

2 Sicuti vicissim, quæ Patris voluntati non repugnat, consentire intelligitur ex sententia Ulpiani

in l. 12. ff. eod.

3 Vulgata enim est regula: Qui tacet consentire videtur

c. 43. de reg. jur. in 6. l. 13. §. 11. locat.

& patientia cum scientia conjuncta pro consensu habetur. Ac cum votum filiæ DEI factum ratum habeatur, si Pater illud cognoverit & tacuerit

Num. 30. vers. 4.

Quidni a pari etiam rata erit promissio matrimonii à filio fœminæ facta, si Parens eam cognoverit & tacuerit h. e. tacito consensu eandem approbaverit

Carpzov. *Jurisprud. Consist. lib. 2. def. 42.* Mev. *p. 8. dec. 40.* Cœppen. *lib. 1. Obs. 30. n. 7 seqq.* Dignis. Dn. Cancellar. Univ. nostræ D. Osiander, *Theol. Cas. part. 5. pag. 253.*

Wann nun so wohl der contrahirenden Personen als deren Eltern Consens vorhanden, auch sonst ratione subjecti sich kein Mangel erzeuget, so ist fast nicht abzusehen, warum nicht der zwischen ermeldten Personen vorgangene Ehe-Verspruch als gültig, bündig und kräfftig, so folgt, daß selbiger den hernach gefolgten Sponsalibas derogire.

Quando enim Sponsalia Pura perfecta bi- 4
na aut plura, quibus nullum aliud Legale impedimentum obstat, concurrunt, priora semper præferuntur posterioribus, quia post consensum sponsalitium semel pure declaratum, in neutrius partis arbitrio est cum alia persona sponsalia qualiacunque amplius contrahere, ubi ergo contra hæc factum est, cœteris paribus, locum hic invenit communis illa juris regula: qui prior est tempore, potior est jure.

arg. l. 2. §. 10. l. 11. pr. l. 12. pr. ff. qui pot. in pign. l. 2. l. 4. l. 12. §. 1. in fin. C. eod. c. 1. c. 3. x. de spons. duor. c. 54. de reg. jur. in 6. Facult. Theol. Rostoch. & Consist. Witteberg. ap. Dedeken. *vol. 3. Consil. Theol. lib. 2. Sect. 8. n. 4. 13. & 24.* Kizel. *in Synops. Matrim. cap. 5. theor. 12. lit. g.* Carpzov. *lib. 2. def. 63.* Berlich. *part. 4. concl. 28. & 63.*

Und wann gleich auch 2.) des Georgii N. 5
Mutter Consensus abgienge, scheinet doch solches kein Nachtheil zu bringen, in Ansehung, quod in Spiritualibus, quale juxta Canones est matrimonium,

c. 5. x. de bigam.

consensus matris non requiratur

c. ult. de judic. in 6.

Dessen jedoch unerachtet halten wir beständig dafür, daß solch zwischen Georg N. und Ursula N. (dieser Angeben nach,) beschehener Ehe-Verspruch, unterlauffenden Umständen nach, nicht subsistiren, noch den gefolgten derogiren könne, und diß insonderheit der Ursach, weil es ex parte Georgii Sponsalia Clandestina absque Matris ipsius, quam solam superstitem ex Parentibus habuit, consensu inita seyn, wann es anderst Sponsalia zu nennen seyn, woran nicht unbillig noch zu zweifflen, gestalten in facti specie referiret wird, daß Georg N. „ constanter geleugnet, daß er der Ursu„ lä Geschwey an dero Vatter und Mut„ ter etwas zu melden befohlen, weni„ ger mit dero Mutter derhalben selber „ gesprochen, oder dero Brüder serio „ Schwäger geheissen, waß auch bey dem Wein in Beyseyn seines Cameraden Christophori passirt, sey lauter Vexation gewesen, und hab er nie im Sinn gehabt, sich mit ihr Ursula ehelich zu verloben, welches à posteriori

auch

auch daraus abzunehmen, daß nicht gemeldet wird, daß sie einander etwas auf die Ehe gegeben, wie zu geschehen pflegt, wann zwey einander die Ehe serio versprechen, noch daß er Georg sich ihr der Ursulä nachgehends sonderlich mehr angenommen, und er ihro oder sie ihme nachgegangen. Auch hat des Georgii Mutter ex sage Facti Speciei nicht gewußt, noch jemahls geglaubt, daß zwischen ihrem Sohn und der Ursula sollte ein Ehe-Verspruch geschehen seyn, sondern behartet, daß sie von ihm nie nichts davon gehört, daß er sich mit ihr ernstlich versprochen haben sollte, als aber die Magd am Morgen früh zur Zeit der Ursulä Schwester Hochzeit ihro fürgebracht, man sage, der Sohn Georg sey bey vorgewesster Hochzeit mit der Braut Schwester Ursula ein Hochzeiter worden, habe sie es vor eine blosse Vexation aufgenommen und gehalten. Hat sie nun nicht gewußt noch geglaubt, daß zwischen ihrem Sohn und der Ursula ein Ehe-Verspruch geschehen, sondern als es ihro von der Magd referiret worden, vor eine blosse Vexation aufgenommen und gehalten, so hat sie, wann ein ernstlicher Verspruch vorgangen seyn sollte, so doch noch nicht rechtlich erwiesen, solchen weder expresso
6 noch tacito consensu approbirt, denn der tacitus consensus præsupponirt plenam rei peractæ scientiam, re gesta enim cognita cum quis tacet, & non contradicit ac protestatur, consentire & rem gestam probare videtur.

At cum nulla rei gestæ cognitio adest, voluntatem ac consensum exulare necesse est, ignoti enim nulla cupido, & cessante cognitione, quæ objectum voluntati proponit, dici nequit, id aliquem velle, quod an, aut quid sit, nescit. Qui ergò sponsalia contracta ignoravit, in ea consensisse dici haud potest.

Weil also die von der Ursula angegebene Sponsalia solcher Gestalt, (posita etiam promissione matrimonii à Georgio serio facta)
7 Sponsalia clandestina sine Matris Georgii consensu expresso ac tacito contracta wären, können selbige nulla ratione vor gültig, kräfftig und bündig gehalten werden, in Erwegung es vor eine klare und ausgemachte Sache gehalten wird,

quod sponsalia clandestina à liberis absque Parentum consensu contracta sint ipso jure nulla & invalida

pr. & §. 12. Inst. de nupt. l. 11. ff. de stat. hom. l. 2. l. 18. l. 36. l. 62. ff. de rit. nupt. l. 2. l. 12. l. 20. C. de nupt. Gerhard. *loc. de Conjug. §. 57. seqq.* Menzer. *de Conjug. sub rubr. quæ sunt sponsalia clandestina. pag. 156.* Müller. *in der ungerathenen Ehe. p. 1. c. 4. q. 4.* Bidenbach *de caus. matrim. c. 1. q. 1.* Beust. *de matrimon. p. 2. c. 45.* Kizel. *Synops. matrimon. cap. 4. th. 2.* Arnisæus *de Jure connub. cap. 3. sect. 10.* Havemann. *Gamolog. lib. 2. tit. 3. pos. 3.* Carpzov. *lib. 2. def. 40. & 50.* Cothman. *vol. 1. Resp. 1.* Oldendorp. *vol. 4. Cons. Marp. 2.* Richter *p. 1. dec. 8. n. 44. & 53.* Mev. *ad J. L. p. 1. t. 4. art. 2. n. 4. seqq.*

Licet autem de Jure Civili Rom. saltem 8
Patrum liberos in potestate habentium consensus ad liberorum in potestate eorum existentium nuptias ita requisitus fuerit, ut eo neglecto nuptiæ liberorum fuerint nullæ; Matrum vero consensus non ita fuerit necessarius, ut ob illum spretum sponsalia aut matrimonia à liberis citra vel contra earum voluntatem contracta fuerint nulla aut irrita

d. pr. Inst. de nupt. l. 20. l. 25. ff. de rit. nupt. l. 20. C. de nupt. Havemann. *Gamolog. lib. 1. tit. 2. pos. 3. & tit. 3. pos. 2.* Kizel. *Synops. Matrimon. cap. 4. theor. 2. & 3.* cœterique laudati Authores.

Attamen cum moribus nostris magis ad 9
reverentiam, quam patriam potestatem respiciatur, & matri non minus quam Patri reverentia à liberis debeatur,

l. 6. de injus voc. l. 4. ff. de curat. furios.

cum in quarto Decalogi præcepto de honorandis parentibus illico Patri addatur Mater

Exod. 20. v. 12. Deut. 5. vers. 22. add. Ephes. 6. v. 2.

hodie & Matris consensus, patre præsertim defuncto, adeo est necessarius, ut sponsalia sine eo contracta ipso jure nulla sint, aut irrita declarentur,

Carpzov. *lib. 2. def. 44.* Stuck *p. 1. Cons. 5. n. 19. 20.* Cothman. *v. 2. Resp. 86. n. 28. seq. n. 80. seqq.* Richter *vol. 1. part. 2. Cons. 4. n. 30. seqq. & p. 1. dec. 8. n. 47. 61.*

ita ut hac in parte nulla amplius inter Pa- 10
trem & Matrem sit differentia, præterquam, quod dissentientibus in conjugio copulandis liberis Patre & Matre, patris voluntas præferenda sit.

Cothmann. *vol. 1. Cons. 1. n. 686.* Pruckmann. *vol. 1. Cons. 5. n. 21.* Carpzov. *d. l.* Dn. Cancell. D. Osiander. *d. Part. 5. pag. 308. seq.*

Und damit empfänget zugleich der erste in contrarium pro validitate Sponsaliorum horum angeführte Scheingrund seine abhelffliche Maß, denn das meiste, waß darinn ratione facti enthalten, nicht nur von Georgio, sondern auch seiner Mutter aufs äusserste wider-

sprochen und negirt wird, insonderheit contradicirt und läugnet diese beständig, daß sie jemahls gewußt oder geglaubt, daß ihr Sohn Georg sich sollte mit der Ursula ehelich versprochen haben, quo stante, so wenig tacitus als expressus ipsius matris consensus zugegen zu seyn gesagt werden kan.

11 Nam si mater ignoraverit Sponsalia à filio contracta nulla ratione dici poterit consensisse, quia ignorans nequaquam velle aut consentire in id, quod ignorat, dici potest, ignorans enim nihil agere, & nec consentire, nec dissentire, neque confirmare aut approbare, neque improbare factum, quod ignorat, proprie dici valet.

l. 19. ff. de inoff. testam. l. 23. ff. de hered. acq. vel repud. JCt. Argent.. *vol. 1. Cons. 24. n. 87.* Paul. de Castro *lib. 2. Cons. 46. num. 2.* Alexand. *lib. 4. Cons. 2. num. 9.*

Werden dahero vergeblich die Jura de tacito Parentum consensu in Sponsalibus ac nuptiis liberorum sufficiente angeführt, an-
12 gesehen dieses, quod tacitus Parentum consensus ad nuptias liberorum sufficiat, in keinen Zweiffel gezogen wird, als welches sowohl von Theologis als JCtis gern zugegeben und eingestanden wird,

vid. Gerhard. *Loc. de Conjug. §. 88.* Bidenbach *de caus. matrimon. c. 1. qu. 1.* Havemann. *Gamolog. Synopt. l. 1. tit. 4. pos. 1.* Carpzov. *all. def. 42.* Pruckner *dec. matrim. cap. 3. n. 10.*

sondern das wird abgeleugnet, daß hier der tacitus matris Georgii consensus vorhanden und zugegen sey, um willen sie nichts von des Sohns Verspruch gewußt, noch jemals geglaubt, daß er sich mit der Ursula sollte ehlich versprochen haben, oder solches ohn ihr vorgethane Anzeig thun würde, deswegen sie auch sagt, daß sie nicht hoffen wolle, daß wegen ihres deficirenden Willens, da auch all dieses wider ihren Sohn angebrachtes sollte passiret seyn, solches für einen Ehe-Verspruch angenommen und erkennet werden sollte, massen sie, wann sie die Ursulam zu ihrer Söhnerin haben wollen, wohl für sich oder ihre Befreundte hätte um sie anhalten lassen.

Was aber 2do pro dubitandi ratione an-
13 geführt worden, quod defectus consensus materni non videatur officere posse sponsalibus à filio contractis, quia in spiritualibus, quibus matrimonium à Canonistis annumeratur, consensus matris non attendatur, kan keinesweges bestehen, weil Jura nostra Ecclesiastica in terris Protestantium ubique ferè den consensum Matris etiam in sponsalibus & nuptiis liberorum requiriren, convenienter juri divino, quod Patri matrem verbis satis claris conjungit

Exod. 20. v. 12. Deut. 5. v. 16.

& juri naturæ, quo eadem reverentia utrique præstanda est, nam pietas, eleganter ait Ulpianus, Parentibus, etsi inæqualis est eorum potestas, æqualis debetur

l. 4. ff. de curat. furios. l. 1. §. 1. de obseq. par. & patron. præst.

Et sapienter Salomo monet: Audi fili disciplinam Patris & directionem Matris ne repellas.

Prov. 1. v. 8.

in tantum quidem, quemadmodum supra dictum, ut etiam sine matris consensu sponsalia à liberis contracta irrita declarentur, nec ulla amplius inter Patrem & Matrem hodie in hoc articulo sit differentia, eo excepto, quod Patris voluntas matris dissentientis voluntati præferenda, quod recte in thesi ita asseritur, sed si ad hypothesin & speciales casus descendatur, prudentis Abigailis consilium stolidi Nabalis voluntati quandoque anteferendum, neminem facile negaturum dicit

Gerhard. *de Conjug. §. 87.* Havemann. *lib. 1. tit. 7. pos. 2.*

Ac quod matrimonium dicatur spiritua- 14
le, fit non quoad substantiam, sed quoad significationem, quatenus nempe magnum illud mysterium in DEO & Ecclesia designat

ad Ephes. 5. v. 32.

quod autem cum spirituali quodam comparatur, non statim spirituale propterea est. Repurgata igitur religione inter Errores Pontificiorum olim relatum, matrimonium esse rem Spiritualem, imo Sacramentum, in Ecclesiis nostris Augustanæ Confessioni addictis abrogatum est. Quamvis enim matrimonium vitæ genus divinitus institutum & commendatum esse agnoscamus, & signum infallibilis & indissolubilis conjunctionis Christi & Ecclesiæ esse concedamus, illud tamen organon applicationis & obsignationis promissionis de remissione peccatorum & vita æterna, Sacramentum & rem Spiritualem esse pernegamus, quia forma & proprietatibus seu essentialibus requisitis Sacramenti omnino destituitur:

vid. Gerhard. *de Conjug. §. 16. seqq.* Chemnit. *in Exam. Concil. Trident. p. 2. loc. de matrim. ad c. 1. §. hæc ampliss. doctrina.* Haveman. *Gamol. Syn. lib. 2. tit. 1. pos. 3.* Mev. *p. 2. dec. 365. n. 8.* Dn. Cancell. D. Osiander *Theol. Cas. part. 5. q. 1.*

Folget nun

Die andere Frage:

welche bimembris ist, und zwar wird

In primo membro

gefraget:

Ob

Ob zwischen Jacob N. und der Margaretha N. propter concubitum und nachgehends gefallenen Reden hinc inde ein formlicher Ehe-Verspruch abzunehmen, welcher den beeden vorherigen derogire?

Welches ebenmäßig zu affirmiren zu seyn scheinet, in Ansehung Jacob N. und Margaretha N. ihren Consens, daß sie einander zur Ehe haben wollen, nicht nur verbis voluntatem satis clare, ut videtur, exprimentibus, sondern auch factis declarirt, „gestalten er Jacob frey bekennet, daß weil er „öffters in ihr der Margarethä Bruders „Wirthshaus, darinn sie sich aufgehalten, „mit andern gezehret, er mit ihr bekandt worden, und sie ihme jederzeit wohl affectionirt „gewesen, dahero geschehen, daß, als die Evangelische Schul-Jugend letztmahls auf „den Schützenberg geführt, und hac occasione in besagter Margarethä Bruders Gast-„Herberg Spielleuth gehalten worden, er mit „einigen seiner Cameraden Abends dahin kommen, einen Trunck Bier gethan, und mit der „Margaretha im Dantzen sich dergestalt belustigt, daß sie gantz müde worden, und vermeldt, wolle jetzo schlaffen gehen, da er sie „dann in ihre Schlaff-Kammer begleitet, und „sie den Riegel an der Cammer-Thür „selbst zugestossen, entzwischen er sie an einer Truchen, biß sie ausgekleidet, gehertzet „und geküsset, folgends von ihm weg und „in dem Hemmet in das Bett begeben, „deren er auch ohn einige ihre Widerred „gefolgt, und sich zu ihr zwar in Kleidern „in das Bett gelegt, sie wiederum gehertzet, „bis die Magd im Haus, so bey der Margaretha ihr Lagerstatt gehabt, vor die Thür „kommen und angeklopfft, auf solches sie aufgestanden, die Thür eröffnet, und ihne entzwischen, aus Besorg, es dürffte die Wirthin etwan herein wollen, zwischen die Bettstatt sich heissen verbergen, so er auch gethan, „nachdem er aber wahrgenommen, daß es die „Magd sey, er um so weniger unerschrocken „wiederum herfürgangen, weil er schon verschienen Frohnleichnams-Fest bey ihnen „beeden im Bett, aber ohne einige verübte „Ungebühr übernachtet, mithin sich wiederum zu ihnen in die Mitte gelegt, und unter „allerhand Geschwätz die Maraaretham im „Arm habend zusamen entschlaffen, bald „hinnach er neben der Margaretha wiederum erwachet, sie gleich vor gehertzet, ihr das Hemmet aufgehoben, sich „von der Seiten auf ihren entblößten „Leib gelegt, Semen emittirt, ob er ihr „aber wegen angehabter Kleider eigentlich zukommen, und sie imprægnirt, könne und wisse er nicht zu sagen, nach diesem sie beyde wie„derum entschlaffen, gegen anbrechendem Tag „aber die Margaretha erwacht, ihne aufgeweckt, und zu ihme gesprochen, Hanß bist „noch da, wogegen er gemeldt, ich bin nicht „Hanß, sondern heiß Jacob, darauff sie zu „ihme: **Du bist doch eigen mein**, und er „hinwiederum zu ihr: **Du bist auch eigen „mein**, mit diesem dann wegen angebrochenen Tage er sich von ihr weg, und nach „Hauß begeben ꝛc. Welche von ihro gegen ihm, und von ihme gegen ihr wieder gebrauchte hier zu letzt referirte Worte: **Du bist eigen mein, du bist auch eigen mein**, also beschaffen zu seyn scheinen, ut juxta congenitam proprietatem & communem loquendi usum promissionem conjugii luculenter contineant, parum quippe differunt ab iis: Ego te in meum recipio, & te accipio in meam, quibus consensum de præsenti exprimi notat Pontifex

in c. 31. x. de sponsal. add. Joachim. à Beust *tr. de Jure connub. cap. 8. p. 11.* ubi sponsalia de præsenti contrahi dicit, si adolescens puellæ dicat, vis me habere in tuam conjugem & ipsa respondeat: ita volo te habere, vel si dicat: Tu debes mea esse, *du sollt mein seyn*, item: *Ich will dich nehmen, ich will dich nimmermehr verlassen*, & ipsa respondeat: *Ja ich will dein seyn, will dich hinwieder nicht verlassen* vel quibuscunque aliis verbis respondeat, dummodo constet de vero consensu. Georg. Beat. *de matrimonial. p. 1. c. 6. pag. 90.* ubi quærit an his verbis: *Ich bin dein, du bist mein, uns scheidet niemand, Ich nehme keinen andern denn dich*, firmiter contractum sit matrimonium? & affirmat contra rationes dubitandi ibidem adductas, quia hæc verba exprimunt consensum de præsenti, at qualiacunque verba, quæ hoc præstant, sufficere, probari textu *c. 31. x. de sponsal.* *deinde* verba *Ihr seyd mein, Ihr bleibt mein* notant consequentiam, qui autem vult consequens, etiam antecedens velle præsumitur, sine quo ad consequens honeste perveniri nequit &c. Joh. Kizel. *Synops. matrim. cap. 5. theor. 4.* ubi scribit promissionem matrimonialem citra ullam aliam solennitatem ex quibuslibet verbis colligi, qualia etiam sint: Volo te in uxorem vel places mihi in uxorem, item tenebo te pro uxore, quousque mihi terra ponatur super oculos, seu non deseram te, quamdiu terram pedibus calcavero, item ex conjunctione verborum de futuro & de præsenti puta: ducam te in uxorem & tu es mea, ac similibus formulis aliis, modo alter etiam ante revocationem suæ voluntatis

tis sese justo tempore & debita ratione declaret.

16 Worzu hier die facta eandem voluntatem indicantia, als die amplexus & ipsamet copula carnalis, gekommen, quibus non minus, quam verbis consensum sponsalitium ac conjugalem exprimi certum atque indubitatum est, ita, ut aliquando etiam facta ipsa verbis sint fortiora, & plus ponderis habeant, quam verba, cum nemo inficias ire queat, plus in re & facto, quam in nudis verbis deprehendi

l. 48. §. 3. ff. de ædil. edict.

Welches sich manifesto in dem zeiget

17 quod pleraque sponsalia alias haud obligatoria per copulam carnalem aut concubitum obligatoria reddantur. Ita namque

18 licet ex tractatibus de sponsalibus, quamdiu tales sunt, quis nondum obligetur, si tamen copula carnalis accesserit, illi quoque ad consummationem matrimonii obligant

Carpzov. *lib. 2. def. 37.* Richter *lib. 1. dec. 8. n. 6.*

Clandestina item Sponsalia etsi neminem ab initio ligent, si tamen copula carnalis accesserit, rata & firma habentur, ita, ut contrahentes per benedictionem sacerdotalem ea consummare teneantur, & aliis publicis sponsalibus etiam præferantur.

Beust. *de jur. connub. c. 14.* Carpzov. *l. 2. def. 36.* Dignis. Dn. Cancellarius Univ. nostræ D. Osiander *Theol. Cas. p. 5. pag. 65.*

Ac licet Sponsalia ab Ebrio contracta rata & valida non sint, nisi ebrius ebrietate excussa ea ratificaverit,

Dn. Cancell. D. Osiander *d. l. pag. 116. seqq.*

aliud tamen obtinet, si concubitus & copula carnalis accesserit

Brouwer *de jur. connub. lib. 1. c. 4. n. 14.*

Sic licet porro verba ambigua dubia & jocosa aliâs obligationem non inducant

Havemann. *lib. 1. tit. 7. pos. 7.* Stuck *p. 1. Cons. 6. n. 90.* Carpzov. *p. 4. c. 20. d. 9.*

illa tamen etiam ad consummationem matrimonii obligant, si concubitus intervenerit, non enim jocatur qui actu ipso seriam verborum interpretationem facit.

Kizel. *cap. 4. theor. 9. lit. c. & theor. 15. lit. e.* Brouwer. *l. 1. c. 20. n. 17.*

19 Sponsalia itidem conditionata per accedentem copulam carnalem purificantur & per concubitum is, qui conditionem adjecit, ab ea recessisse intelligitur

Bechstad. *de condition. sponsal. p. 1. c. 2. n. 7.* Carpzov. *l. 2. d. 25.*

20 Quin pro regula generali tradunt, quod omnia sponsalia (jure non prohibita scil.) per concubitum reddantur insolubilia,

Carpzov. *lib. 2. def. 36. n. 9. & def. 37. n. 5. def. 69. n. 8.*

quia scil. per concubitum contrahentes fiunt una caro

c. 18. c. 27. q. 2. c. 2. x. de convers. conjug.

adeoque insolubiliter conjuncti.

Matth. 19. v. 6. Pruckner. *decis. matrim. cap. 4. n. 31. seqq.*

Jedoch sind wir dessen ohnangesehen der beständigen Rechtlichen Meynung, daß aus dem von Jacob N. angegebenen concubitu mit Margaretha und zwischen ihnen gefallenen Reden kein formlicher beständiger Ehe-Verspruch abzunehmen, der dem legitimè cum consensu Matris superstitis & Curatorum ac Cognatorum, zwischen Georgio N. und Margaretha getroffenen Ehe-Verlöbnis derogiren könnte. Denn 1) hat besage Facti Speciei Margaretha dasjenige, waß Jacob wider sie des von ihr selbst beschehenen Beschliessens der Cammer durch vorgestossenen Riegel, mit ihro verübter Ungebühr und fleischlicher Vermischung, auch des beschehenen Ehe-Verspruchs halber angebracht und ausgesaget, rotundè & constantissimè widersprochen, ob sie wohl gestehen müssen, daß er einist wider ihren Willen in die Cammer gekommen, die Nacht hindurch geblieben, zwischen ihr und der Magd im Bett, jedoch in Kleidern, gelegen, und biß an den Tag die Nacht durch, ohn einige an sie tentirte Ungebühr und verübte fleischliche Vermischung, geschlaffen. Weil sie also beedes durchaus widerspricht, daß sie sich mit ihm Jacob fleischlichen vermischt, und die Reden zwischen ihnen gefallen seyn, daß sie zu einander gesagt: Du bist eigen mein, und mittelst deren die Ehe einander versprochen, er Jacob aber das Contrarium zu Rechtlicher Gnüge nicht erwiesen, kan auf seine blosse Relation zu Præjuditz der zwischen Georgio und Margaretha fürgegangenen offentlichen Ehe-Verlöbnis nichts erkandt werden. 21

Habetur namque causa matrimonialis pro maxime ardua & gravi causa, quippe in qua agitur quasi de statu hominis, cum matrimonium ineuntes se perpetuæ quasi servituti mancipent, & indissolubili vinculo ad utriusque adversæ nempe & secundæ, fortunæ communionem ac participationem socientur, unde perfecta in ea requiritur probatio, ad exemplum causarum criminalium, quibus in eo comparantur causæ matrimoniales, ut sicut in causis criminalibus probationes luce meridiana clariores requiruntur, 22

l. ult. C. de probat.

ita & in matrimonialibus perfecta itidem pro-

probatio duobus idoneis omni exceptione majoribus testibus suffulta exigatur.

post Glossam *in c. mulieri. de jurejur.* Baldum, Alexandrum, Socinum, Decium *in adductis ibi locis.* Besold. *part. 6. Cons. 261. n. 4. 5. seqq.*

23 Quæ suffragio suo eleganter confirmat Albericus Gentilis scribens: Non sunt hic (in causa matrimoniali) idonei, qui alibi essent idonei, sed requiruntur majores omni exceptione. Est enim causa matrimoniorum gravis & ardua, in qua agitur de statu hominis formaliter & substantialiter est ardua. In ea etiam de libertate agitur. Et scribit Baldus matrimonium esse gravem servitutem. Gravis est causa non modo si de impediendo & dissolvendo matrimonio agatur sed & de contrahendo & contracto probando, quicquid dicant alii, tum demum esse gravem, cum quæritur dissolutio
24 contracti &c. Quia igitur hic Margaretha N. plane negat promissionem matrimonii, & Jacob eam prætendens omni prorsus destituitur probatione, ad solam ipsius assertionem Margaretha condemnari nequit ad servandam fidem, quam se dedisse negat, & de qua data nec unico teste nedum pluribus victa est. Juxta ea, quæ apposite in eam rem tradit

Felix Bidenbach *de caus. matrim. cap. 2. quæst. 1.*

Hinc recte fit, quod si una pars prætendat matrimonii promissionem, illam vero probare non possit, (duobus vel tribus omni exceptione majoribus testibus) altera pars accusata mox absolvitur, idque juxta communem regulam: Actore (vel actrice) non probante reus absolvitur.

Es sey aber 2) damit, wie es immer wolle, gesetzt dem Fall, es hätte Jacob N. auf die Weise, wie er vorgibt, bey Margaretha die fleischliche Vermischung würcklich tentirt, und wie sie des Morgends darauff erwacht, und ihn aufgeweckt, zu ihm gesprochen, Hanß bist du noch da, wogegen er gemeldt, ich bin nicht Hanß, sondern heiß Jacob, darauff sie zu ihm: Du bist doch eigen mein, und er hinwiederum zu ihr: Du bist auch eigen mein gesagt; So könnte doch weder ex tentata, imò & consummata (posito etiam, quod consummata esset, quod tamen ne ipse dicere potest vel audet) commixtione carnali, noch aus den gegeneinander geführten Reden ein zu recht beständiger Ehe-Verspruch erzwungen werden, der dem zwischen Georg N. und der Margaretha offentlich und legitime cum superstitis ipsius matris & hujus Curatorum ac Cognatorum utrinque consensu geschlossenen Ehe-Verlöbnis derogiren möchte. Nicht 1. aus den untereinander des Morgends noch halb im Schlaff geführten Reden, als die also bewandt, daß sie præcise kein promissionem futuri inter ipsos matrimonii inferiren, sondern dubiæ & ambiguæ significationis, da-

zu nicht deliberato animo, prævia consultatione cum Parentibus & qui eorum loco sunt Curatoribus habitâ, eorumque voluntate & consensu requisito, uti in re tam ardua & gravi fieri decet, & Jura desiderant, sed iis plane insciis, prolata seyn, deswegen wann sie gleich auch zwischen ihnen beeden, ea intentione, daß sie die Ehe einander dadurch versprechen wollen, also ausgefallen wären, würden sie doch kein validam matrimonii promissionem machen und induciren, in Erwegung, es Sponsalia Clandestina 25
wären, quæ non tantum clàm, remotis omnibus arbitris ac testibus, sed etiam sine Parentum, & qui eorum loco sunt, Curatorum consensu contracta, adeoque ipso jure nulla & invalida essent, si vel maxime probata forent, præsertim cum hic concurrant cum iisdem Sponsalia Publica, legitime cum Consensu Parentum, & eorum, qui loco Parentum sunt, authoritate contracta, quod cum fit, publica clandestinis, etiam alias validis, præferri notum est ex

c. 2. x. de clandest. desponsat.

sive publica clandestinis ratione temporis sint priora sive posteriora.

Publica enim congruunt institutioni Con- 26
jugii & honestis legibus, quibus clandestina repugnant, illa igitur his meritò præferuntur, nec quicquam refert, sive publica Sponsalia præcesserint, sive secuta fuerint; nisi Sponsalibus clandestinis à personis sui juris initis absque testibus copula accessit, tunc eadem omnino convalescunt, & publicis præferuntur.

Gerhard. *de Conjug. §. 143. 145.* Cypræus *de Sponsal. cap. 10. §. 15.* Havemann. *lib. 1. tit. 9. pos. 7.*

Sine Parentum, tutorum & cognatorum consensu contracta quia non favore sed odio, non præmio sed pœna, non approbatione sed detestatione digna sunt, irrita manent, licet concubitus accesserit, si parentes justam & legitimam causam habeant, quare talem conjunctionem, quæ contra pietatis debitique honoris officium, & contra leges facta, etiamsi copula carnalis accesserit, rati habere nolint, ne lata porta delictis aperiatur & in arbitrio ejusmodi sponsalia illicita contrahentium sit, consensum parentum etiam ex urgentissimis rationibus denegatum per concubitum extorquere & parentum jus temere eludere, ex doctrina & sententia Theologorum & JCtorum longa serie adductorum

ab Hieron. Brucknero *Decis. matrim. cap. 2. num. 93.*

Noch 2) aus der vorgegebenen commixtione carnali, wann selbige gleich consummirt und probirt wäre, denn obwohl sonst die copula & commixtio carnalis, wann sie nach vorgegangenem Ehe-Verspruch zwischen denen, die vorher einander auf einige Weiß die

Ehe zugesagt, erfolget, eine grosse sonderbahre Würckung hat, indem sie in Sponsalibus eben dasselbe operiret, quod consensus de
27 præsenti declaratus

cap. 3. de condit. appos. ibi: nisi consensus de præsenti aut carnalis commixtio inter eos subsecuta.

Sponsalia imperfecta & alias non obligatoria obligatoria reddit, facitque ut Sponsalia de futuro & conditionalia interveniente copula carnali actutum transeant in matrimonium, ex tractatibus de sponsalibus ob accedentem copulam carnalem partes ad consummationem matrimonii per benedictionem sacerdotalem obligentur, ut valeant & adstringant, item ad consummandum matrimonium sponsalia ab ebrio contracta, cum errore personæ conjuncta, & sub verbis ambiguis & jocosis promissa, per superius tradita.

So ist es doch gantz ein anders, wann die copula carnalis vorher gehet, ehe einige promissio matrimonii geschehen, wie es hier ergangen, wann des Jacobs Vorgeben beständig und wahr wäre.

28 Nam si qualiscunque promissio matrimonii præcesserit & copula carnalis secuta est, ex hac præsumptio Juris & de jure exsurgit pro sponsalitiæ affectionis in matrimonialem mutatione, sicque sponsalia consensu sponsalitio in matrimonialem mutato, de quo testatur actus matrimonialis subsecutus, carnalis nempe commixtio, quæ inter eos, qui de matrimonio invicem contrahendo tractarunt, non potest non animo & affectu conjugali potius, quam meretricio peracta præsumi, in verum de præsenti copula consummatum transeunt matrimonium, quod licet non legitimum sit ob omissam hierologiam & benedictionem Sacerdotalem, ratum tamen & indissolubile est

c. 30. x. de sponsal. Conf. Carpzov. *lib. 2. tit. 2. d. 25.* Gerhard. *de Conjug. §. 132.* Cypræus *de sponsal. c. 8. §. 2. n. 5. seqq.* Johann Harpprecht. *ad rubr. Inst. de nupt. n. 32.*

29 At si carnalis copula promissionem matrimonii præcesserit, ea nequaquam inducit præsumptionem contracti matrimonii, nec facere proinde potest, ut ea consummatum præsumi aut dici queat matrimonium, quod ante promissum nunquam fuit. Copula enim talis promissionem matrimonii præcedens fornicaria & illicita est, non potest igitur ex ea dici matrimonium esse copula consummatum, perinde ut ea, quæ conjugali affectu & antecedentis promissionis matrimonialis exequendæ causa interveniisse intelligitur, nempe quæ promissionem matrimonii subsecuta. Sane quemadmodum Lege Tauri 52. disponente, quod sponsa lucrari debeat dimidium donatorum per sponsum, si ab eo fuerit osculata, id inde intelligitur, quando osculum intervenit post contracta sponsalia, secus si antea, quia osculum ante sponsalia est illicitum, & ideo propter illud sponsa nihil debet lucrari

post Gometzium, Matienso, Covarruviam, Gutieretz, Azevedum, Petr. Barbosa *part. 2. rubric. tit. solut. matrimon. n. 108.*

ita similiter si matrimonium sub conditione fuerit promissum & pendente conditione partes se carnaliter commiscuerint, sponsalia conditionata per copulam subsecutam purificata censentur, & partes per insecutum concubitum à conditione recessisse, eidem renunciasse & actutum matrimonium contraxisse intelligiuntur, non idem autem operatur copula, quæ sponsalia aut matrimonii promissionem præcessit

per c. 15. & c. 30. x. de sponsal. ex quo satis clarè probatur, quod ut per copulam sponsalia de futuro transeant in matrimonium de præsenti oporteat, quod copula subsequatur promissionem matrimonii, neque sufficiat illum præcedere.

Et quamvis regeri posse videatur, parum 30
utique interesse videri an promissio matrimonii seu sponsalia concubitum præcesserint, num concubitus præiverit Sponsalia, uti sic serio statuunt

Hyppol. de Marsil. *sing. 500. Sylva nupt. lib. 2. n. 12.* Bald. *in cap. fin. de translat. Prælat.* Gamma *dec. 124. n. 2.*

Attamen utut forte ratione legitimitatis 31
liberorum ex tali concubitu natorum parum interfit, utrum concubitus promissionem matrimonii, num hæc illum præcesserit, nihilominus alias maximum omnino inter casus istos est discrimen, posteriore enim casu, ubi copulam non præivit promissio matrimonii, per concubitum vere & formaliter committitur stuprum

Carpzov. *qu. 69. n. 51.*

& igitur ex eo non potest præsumi contra- 32
ctum matrimonium ut in priori casu, quando sponsalia concubitus subsequitur, ubi non copula fornicativa, sed matrimonialis & accessus ad Sponsam ceu ad uxorem, excluſa etiam omni in contrarium probatione, præsumitur.

Petr. Barbosa *ad rubr. ff. solut. matrim. p. 2. n. 107.* Covarruv. *de sponsal. p. 1. c. 4. §. 1. n. 13.* Menoch. *de præsumpt. lib. 3. præs. 1. n. 42.* Aug. Barbosa *ad d. c. 15. n. 2. x. de sponsal.* Alexand. *lib. 5. Cons.*

Quæ suffragio suo optime confirmat

Besold. *p. 6. Cons. 261. quæst. 1. n. 1.*

scribens: Quamvis namque per copulam subsecutam etiam sponsalia de futuro & quæ

quæ ſub conditione contrahuntur, transeant in matrimonium verum. *c. veniens.* & *c. is qui.* ubi hoc utrobique notant Canoniſtæ. *x. de ſponſal.* quod quidem omni prorſus conditione per copulam remota purificatur, & perinde eſt, ac ſi illud ipſum à principio per verba de præſenti fuiſſet contractum. *c. de illis. x. de condit. appos.* Aliud nihilominus reſponderi debet, ſi non interceſſerit amborum voluntas, (de contrahendo matrimonio nempe) & ita initiatus non fuerit mutuus utriusque & ſimultaneus legitimus conſenſus ſponſalitius. Tunc etenim licet inter eos ſæpius interceſſerit copula, ob id tamen matrimonium perfici non cenſetur

per tx. *in c. fin. x. de ſponſal.* & ita poſt Gloſs. conſuluit Ant. Galeatius Malvaticeus *inter Conſilia Matrim. Cons. 84. num. 9.*

Namque iſta copula præſumptum matrimonium facere nequit, cum non reperit materiam præjacentem, ſponſalia ſcil. de præſenti, aut futuro.

Woraus dann unſchwehr die oben in contrarium angeführte Schein-Gründe beantwortet werden können, ohne Noth zu ſeyn erachtend, daß wir uns weiter damit aufhalten, ſchreiten demnach zu dem

Andern Membro dieſer Quæſtion:

Ob wegen beſtändiger Abläugnung der Reæ Margarethä einigen congreſſus carnalis nach der angezogenen Worten ſie nicht ad Juramentum Purgationis zu adſtringiren?

Welches wir kürtzlich mit Nein beantworten. Denn ob wohl ſonſten in cauſis matrimonialibus pro ratione circumſtantiarum das Juramentum purgationis ſtatt finden kan:

per c. 10. x. de deſpons. impub. Carpzov. *p. 1. c. 22. d. 3. & in JPrud. Cons. lib. 3. d. 45.* Setſer. *de Juram. lib. 3. c. 11. num. 7.*

33 Tametſi enim in iisdem cauſis juramentum judiciale matrimonium neganti deferri non poſſit, ne in poteſtate & arbitrio partium ſit per juramentum matrimonium pro lubitu diſſolvere, ſicut nec ſuppletorium, ne reus nolens volens, ſi actor juraverit, in matrimonium detrudatur contra libertatem matrimonii, niſi præter ſemiplenam probationem adeſſet quoque magna & gravis præſumptio pro actore, quod exemplis aliquibus declarat

Conrad. Mauſer. *de nupt. lib. 1. §. 29. 30.* add. Bruckner. *Decis. matrim. c. 2. n. 6. ibique allegati.*

Purgationis tamen juramentum Judex reo matrimonium neganti deferre quandoque poteſt, ne reus ſimpliciter abſolvatur, ſed deterritus hoc juramento purgationis, matrimonium, quod actor contractum dicit, fateatur, atque in illud conſentiat.

Setſer. *d. l.* Mauſer. *cit. loc.* Carpzov. *d. l.* Bruckner. *d. l. num. 5. & ab ipſo allegati.*

So halten wir doch, daß dißfalls die Margaretha mit ſothanem Juramento purgationis nicht zu graviren, weil wir hier in caſu ſponſaliorum clandeſtinorum absque interventu teſtium, & ſine conſenſu Parentum ac Curatorum, qui loco Parentum ſunt, contractorum verſireten, poſito, daß ſolches wahr wäre, was Jacob N. zwiſchen ihm und der Margaretha vorgangen zu ſeyn vorgiebt, da entzwiſchen Georgius N. mit der Margaretha öffentliche Sponſalia cum conſenſu Matris & Curatorum cognatorumque legitime contrahiret, die indubitato juxta ſuperius deducta denen Clandeſtinis vorzuziehen ſeyn, würde alſo das Juramentum nur vergeblich exigirt, und könnten dadurch leicht die Sponſalia publica inter Georgium & Margaretham legitimè contracta turbirt werden, daß auch ſolche ihren etwan verhoffenden glücklichen Fortgang nicht gewünnen und vollzogen würden, worzu keines Weges Urſach zu geben, ſondern vielmehr in illorum favorem die Margaretha mit dem Juramento purgationis zu verſchonen, wann ſie gleich ſonſt damit könnte beleget werden, ſo doch dicta ex cauſa nicht iſt. Zumahlen da die Dd. communiter ſchlieſſen 34

quod ubi verſamur in caſu matrimonii clandeſtini, neutiquam aut ſane haud facile deferendum ſit juramentum, cum imputare ſibi debeat, qui clanculum contraxit, potuit enim cognatos, affines, neceſſariosque convocare, & iis præſentibus contrahere, præſertim cum id Jura præcipiant, quæ matrimonia & ſponſalia palàm & in hominum conventu celebrari volunt, exigente id 1) conjugii dignitate, quippe quod Sancta DEI ordinatio, ſtatus vitæ ab ipſo inſtitutus, ipſique placens & gratus, ideo de eo in præſentia honeſtarum perſonarum tractandum; 2) ipſorum contrahentium utilitate, conjugium ſiquidem maximam felicitatis humanæ partem complectitur, ideò non niſi accurato conſilio & deliberatione præmiſſa in aliorum teſtium præſentia & imprimis cum Parentum & eorum, qui loco iſtorum ſunt, conſenſu de eo conſtituendum; & 3) idem requirente publica honeſtate, pugnat enim cum publica honeſtate in angulo remotis arbitris de conjugio tractare, quæ namque ea ratione ac modo tractantur, non carent turpitudinis, fraudis ac doli ſuſpicione. Hinc clandeſtina matrimonia & ſponſalia omni jure odioſa ſunt, nec ſiniſtra carent ſuſpicione, in- 35

deque jura nunquam pro iis, sed imo contra illa præsumunt

c. 1. c ult. de clandest. despons. l. ult. ff. de rit. nupt. Besold. *p. 6. Cons. 261. n. 32.* Gerhard. *de conjug. §. 145.* ubi ex Cypræo adducit Responsum Wittebergensium in tali casu, ubi quidam affirmavit à virgine sibi fidem de Conjugio datam, & concubitum subsecutum esse, virgo autem negavit utrumque, quæsitum ergò an virgini juramentum purgationis imponendum? quod recte negatum esse dicit. Bidenbach *de caus. matrim. c. 2. q. 1.* ubi itidem notanter scribit: Nihil proderunt talia sponsalia & promissiones clam factæ. Et notandum, quia hæc expresse sunt prohibita nostratibus, ideoque non opus esse, ut altera pars juramento interposito testetur promissionem factam vel non factam esse. Propter levitatem enim hominum insignem innumerabilia essent perjuria. Satis igitur est simpliciter prohibita esse clandestina sponsalia ut nemo possit conqueri sibi factam esse injuriam & non servatam fidem. Quare enim non adhibuit testes?

Ist noch übrig die

Dritte und letzte Frage,

so drey Membra hat, deren

Das Erste ist:

Wie die Partheyen ratione expensarum zu verfällen?

36 Da wir paucis erachten, daß dieselbe Jacob, Georgius, und Margaretha ex æquis partibus zu tragen, weil eine Person von ihnen so viel als die andere Ursach gegeben zu selbigen, die Ursula aber bliebe billig verschonet etwas mit beyzutragen.

Das Andere Membrum tertiæ hujus quæstionis ist:

Ob wegen der Ersten mit Ursula getroffenen Sponsalien, so selbige für ungültig gehalten werden sollten, Georgius der Ursulä auf beschehenes Nachsuchen einigen Abtrag zu thun schuldig, und wie hoch dieselbe zu stellen?

Wollen wir der unvorgreifflichen Rechtlichen Meynung seyn, daß Georgius nicht angehalten werden möge der Ursulä einigen Abtrag zu thun, weil die von ihr vorgegebene mit ihr contrahirte Sponsalia nichtig, unkräfftig und unbündig seyn, per deducta ad primam quæstionem, und sie Ursula nicht erwiesen, daß sie dadurch ein ihr angestandenes Glück versaumet hätte, und in einigen Schaden gekommen wäre, daß sie dahero ein Interesse zu prætendiren, (id enim proprie denotat vocabulum Germanicum Abtrag, rectèque restitutio æstimationis vel damni dati nomine interesse comprehenditur, uti notat

Diether *in continuat. Thes.* Besold. *voc. ABTRAG lit. A. n. 13. in fin.*)

Qui autem ad interesse vult agere & ob- 37
tinere, adeoque indemnitatem consequi desiderat, vel damni dati restitutionem petit, necesse habet, ut probet damnum, in quod facto ejus conjectus, à quo resarcitionem atque emendationem desiderat.

arg. l. 2. ff. de probat.

Das letzte und dritte Membrum

Ob nicht über das, und wie gegen Georgium seiner Leichtsinnigkeit halber mit verdienter Straffe zu verfahren?

belangend, erachten wir daß Georgius nicht unbillig mit einig-Tägiger Incarceration oder einer geringen Geld-Straffe möchte und könnte angesehen werden, wegen der bezeugten Leichtsinnigkeit. Dergleichen auch Jacob wohl meritiret.

Welches wir zu verlangter Rechtlichen Nachricht, salvo semper melius sentientium judicio, dienstlich nicht verhalten sollen.

Actum in Collegiis d. 2. Septemb. 1697.

CON-

CONSILIUM LXV.

DE

Collectatione forensium, respectu situs bonorum immobilium. 2. De Gabella Emigrationis.

SUMMARIA.

Rationes Dubitandi.

1. 2. Non nisi Subditis ac Incolis collectæ imponi queunt. junct. n. 7. 8. 9. 10. & 16.

3. Uti indictio Collectarum Superioritatis, ita solutio illarum Subjectionis quasi possessionem probat.

4. 5. Unde communiter Dd. inferunt, quod Vasallus collectarum impositione gravari nequeat.

6. Nisi simul sit subditus.

11. 12. 13. Qui jure Civitatis, & cum eo omnibus emolumentis civilibus non fruitur, nec ad onera & munera civilia sufferenda pertrahi posse videtur.

14. 15. Solutio collectarum est effectus dominii.

17. 18. Rationes Decidendi. 1. Indubitatò Civitatibus imperii liberis jus collectandi competit.

19. Omnia bona in territorio sita, specialiter non exempta, ordinariæ jurisdictioni subdita sunt.

20. Collecta, ordinaria imprimis, qualis etiam est illa Civitatum Imper. collecta annua, onus reale & patrimoniale est.

21. Causa finalis est ipsa res, quæ principaliter adstringitur, non persona.

22. 23. Ergò rebus imponi potest, licet persona subjecta non sit. junct. n. seqq. 25. 26.

27. 28. Bona forensium in loco situs catastro inscripta, sunt & manent obligata quibuscunque oneribus & collectis. jung. n. 35. 36. 37.

29. Omnia bona Fisco vel Reipublicæ pro Collectis & Tributis tacita hypothecæ nexu obligata sunt.

30. Hæc tacita obligatio non potest separari à prædio etiam per Superiorem, in præjudicium publicum.

31. Bona tributaria, quæ acquisiverunt personæ privilegiatæ, non fiunt libera, sed manent affecta & tributoria. add. n. 32.

33. Confirmantur hucusque adducta usu & consuetudine totius Germaniæ, quamplurimis authoritatibus ac præjudiciis.

34. In materia collectarum consuetudo potissimum spectanda est.

38-43. Responsiones ad Rationes Dubitandi. Ad 1mam: Etsi forensis non absolutè ob solam bonorum possessionem dici possit subditus, potest tamen dici subditus secundum quid.

44. 45. 46. Resp. ad 2dam: Recessus Imperii de Anno 1542. & 1544. loquuntur de Collectis Turcicis, & quidem non hodie recepto, sed antiquitus usurpato & jam per integra duo fere secula non amplius exercito collectandi modo. Add. n. 47.

48. 49. Ad 3tiam: Quia cives ferunt & realia & personalia onera, forenses tantum realia, iniquum non est, si cives etiam quædam civitatis commoda præ forensibus habent.

50-53. Ad 4tam: Etiam usufructuarius & creditor antichresticus collectarum onus sustinet.

54. 55. Ad 5tam. L. 4. Cod. de Incolis. de personalibus saltem muneribus loqui, ipsa verba sensusque legis satis demonstrant. Ac non exemplis & auctoritatibus, sed legibus & rationibus judicandum & certandum est.

56. Respondetur ad Q. 2. In plerisque locis gabellam emigrationis introductam esse.

57. Ratio, ob quam gabella hæc ab emigrantibus exigitur, est futura vacatio pensitationum publicarum.

Ibid. Quando emigrans bona immobilia ibi retinet, ratione horum cessat.

59. Detractionis fundamentum. Interim ex his, quæ emigrans secum aufert, statim, verum de pretio immobilium ibi retentorum, tum deducitur gabella hæc, cùm venduntur.

60. Forensibus majora onera pro bonis suis imponi, quam subditis, jura eorumque Dd. non permittunt.

AUs desselben an uns Decanum und andere Doctores der Juristen Facultät bey gemeiner Hoch-Fürstl. Würtenb. Universität abgelassene Requisition-Schreiben sub dato Ysni den 13. Julii Anni currentis haben wir mit mehrerm ersehen, waß massen das von unserm Collegio d. 27. Augusti 1695. in causa Successionis in den Eberzischen Stamm-Gütern ertheilte Responsum Juris so viel gefruchtet, daß er nunmehro solch Fideicommiss ohn einige Widerrede und Contradiction ruhig besitze, daher die Confidenz zu uns trage, wir werden uns nicht entbrechen ihm in seiner fernern Angelegenheit, da es sich etwan ergeben möchte, daß er wegen einer Mariage oder anderer Ereigungs-Fällen alldasigen Ort quitiren thäte, mit unserm Rechtlichen Gutachten an die Hand zu gehen, und selbiges über beede nachfolgende Quæstiones noch zu ertheilen.

1. Ob Hr. Consulent als Usufructuarius der Eberzischen Fideicommiss-Güter bey Veränderung seines Domicilii und Renuncirung seines Burger-Rechts in Ysni der Obrigkeit alldar künfftig demnoch die Collectas davon zu bezahlen schuldig sey, in maß als es beschehen, da er noch Burger gewesen?

2. Wann gedachte Onera obiger Güter durch seinen Abschied in Ysni cessiren, werde ferner gefragt, ob er den gewohnlichen Abzug darvon zu bezahlen, oder wie er sich dißfalls zu verhalten habe? Worbey zur Nachricht angefüget wird, daß vermög Kayserlich. Allergnädigster Privilegien ein Bürger zu Ysni der Obrigkeit alldar zum Abzug drey Nachsteuren hinterlassen müsse, hingegen aber als ein Frembder alsdann verbunden sey, seine in der Stadt Ysni territorio situirte liegende Güter doppelt, jedoch des Jahrs nur einmahl, zu versteuren.

Wann wir nun obhabenden Pflichten und Profession nach jederman consulendo & respondendo de jure an Hand zu gehen verbunden; So haben wir unserm Hochgeehrten Hrn. darinn zu dienen uns so weniger entziehen können, und demnach zu Bezeugung schuldigster Dienstwillfährigkeit und Beförderung der lieben Gerechtigkeit, so bald die mit grossen Kosten allhier gelegene und auf ihre Expedition wartende Bothen aus Chur-Brandenburg. Braunschweig-Lüneburgischen und andern Landen abgefertigt gewesen, in versamletem Collegio von der Sache sorgfältig deliberirt und nach reiffer deren Erwegung uns des Schlusses dahin verglichen, wie bey jeder Frage absonderlich folget.

Und zwar so viel die 1

Erste Frage:

Ob Herr Consulent als Usufructuarius der Eberzischen Fideicommiss-Güter, bey Veränderung seines Domicilii und Renuncirung seines Bürger-Rechts in Ysni, der Obrigkeit alldar künfftig dennoch die Collectas davon zu bezahlen schuldig sey, in maß, als es beschehen, da er noch Bürger gewesen?

concernirt, so möchte es zwar dieser scheinbaren Ursachen halber das starcke Ansehen haben, ob wäre Hr. Consulent, wann er sein Domicilium mutirt, und das Burger-Recht zu Ysni aufkündet, der Obrigkeit allda keine Collectas von den Eberzischen Fideicommiss-Gütern mehr zu bezahlen schuldig. 1) Weil 2
die Collectæ ein solches Onus seyn damit allein die Unterthanen und Burger beleget und beschwehret werden können,

vi Recessus Imp. Ratisbon. de A. 1557. *§. So soll es derovvegen &c. 49.* ubi expresse dicitur: *So soll es derovvegen einer jeden Obrigkeit vvie Herkommen und Recht ist frey stehen und zugelassen seyn, ihre Unterthanen, Geistliche und Weltliche, sie seyn exempt oder nicht exempt, gefreyet oder nicht gefreyet, niemand ausgenommen, mit Steur zu belegen,* & Rec. Imp. August. de Anno 1566. *§. Dievveil nun &c. 41.* ubi idem verbotenus ita repetitur, *ac §. seq. 42.* ibi: *Und sollen die Unterthanen auf Ersuchung ihrer Obrigkeit jeder sein Gebührnis abzurichten und zu bezahlen schuldig seyn &c.*

Idque quod subditi saltem collectari possint, nec nisi subditis ac incolis collectæ imponi queant, vel inde sequi videtur, quod sicuti collectarum indictio & exactio in imponente est Symbolum & nota Superioritatis, ita in easdem præstante illarum solutio est character subjectionis, recognitæque Superioritatis tessera, quanquam earundem impositio non tantum fieri debeat in signum Superioritatis & Subjectionis, sed ob publicam necessitatem & gravissimas causas.

c. 2. x. de censib Bocer *de jure collect. cap. 1. num. 23.* Ming. *de Superior. territ. cap. 5. concl. 75.* Sixtin. *de Regal. lib. 2. c. 14. num. 17.* Vultej. *vol. 3. Cons. Marp. 35. n. 39.* Myler. *de statib. Imp. cap. 62. n. 1.* Knipschild *de Jur. Civit. Imp. l. 2 c. 17. n. 10. 11.*

& uti indictio Collectarum Superioritatis, ita solutio illarum subjectionis quasi possessionem probat.

c. licet causam. de probat. Rudinger. *cent. 4. Obs. 41.* Cardinal. Tusch. *lit. C. concl. 128.* Reincking *de R. S. & E. lib. 1. cl. 5 cap 4. n. 167.* Gail. *2. O. 52. n. 13.* Knipschild. *d. l. n. 12.*

Unde

4 Unde communiter quoque Dd. inferunt, quod Vasallus collectarum impositione gravari nequeat, cum Jus Vasallagii subditum non faciat, nec subjectionem operetur,

Mart. Magerus *de Advocat. armat. cap. 6. n. 689. seqq. ubi expressis textib. & multis Dd. authoritatibus id confirmat.* Carpzov. *lib. 4. Resp. 70. n. 24.* Richter. *p. 1. Cons. 41. n. 28. seqq.*

5 proinde nec Collectarum onere Vasalli gravandi, præprimis cum jam tum ex bonis feudalibus servitia præstare, & quandoque alia onera ferre teneantur,

Carpzov. *d. l.* Struv. *Synt. Jur. Feud. cap. 11. aph. 5. n. 16.* Klock. *de contribut. cap. 14. sect. 3.* Rosenthal. *cap. 5. concl. 78. n. 2.* Heig. *p. 1. q. 18. n. 17.*

6 nisi simul subditi sint, quos collectare justis de causis licet

Rosenthal. *d. l.* Berlich. *p. 3. dec. 322.* Heig. Carpzov. Struv. *dd. ll. ubi & alias limitat. tradunt.*

7 Wann nun die Steuren Krafft sothaner klaren Reichs-Constitutionen und Rechte allein auf die Unterthanen und Bürger gelegt werden können, so solt, daß selbige nicht mögen auf die Güter derselben, die unter anderer Obrigkeit wohnhafft seyn, mit Recht geschlagen werden, und consequenter Hr. Consulent, wann er durch treffende Mariage oder sonst sich an einem andern Orte Haus-hablich niederlassen, und also mit Aufkündigung seines Burger-Rechts sein domicilium mutiren und transferiren solte, zu Ysni seine allda lassende Stamm-Güter nicht mehr zu versteuren schuldig,

8 zumahl 2.) da ausdrücklich

in der Ordnung des Regiments de Anno 1500. rubr. daß ein jeder nicht mehr, denn da er seßhafft ist, von allem seinem Gut, wo es ligt, steuren soll.

cavirt und versehen, daß einer nicht mehr denn an dem Ende, da er (Burgerlich) gesessen von allem dem Seinigen, es lige wo es wolle,

9 Steur zu geben verbunden seyn solle. Et similiter

in Rec. Imp. Spir. de Anno 1542. §. dieweil aber &c. 68. nec non in Rec. Imp. Spir. de Anno 1544. damit man &c. 45.

wird gar ernstlich geboten, daß ein jeder allein an dem Ort, da er gesessen, seine Anlag geben solle von allen seinen Haab und Gütern, die sein Lehen oder Eigen, so er allenthalben hat, unverhindert, wie die inn- oder ausserhalb des Reichs seyn oder liegen, und daß kein Stand den andern oder desselben Unterthanen darwider dringe, noch auch andere, so unter ihnen nicht gesessen, Haab und Güter, ob die schon unter ihnen gelegen, der Anlag halber belege, hemme, noch aufhalte, alles bey Pœn und Straff Kayserl. Majestät und des Heil. Reichs Acht und Oberacht &c.

Wann nun diesemnach ein jeder in loco domicilii sui collectirt werden solle wegen aller seiner Güter, und also dem zu folge auch Hr. Ebertz an dem Ort, wo er sich setzet, tanquam in loco domicilii wird collectirt werden, würde es die höchste Unbilligkeit seyn, wann man ihn auch noch darzu zu Ysni mit Collectis und Steuren belegen, und also duplici onere graviren wolte, derentwegen er sich an höchsten Orten billig zu beschwehren Ursach finde.

Nemo enim de una eademque re bis collectandus

arg. l. 4. §. 2. ff. de L. Rhod. de jact. verbis: *quia non debet duplici damno onerari &c. l. 34. §. 5. de legat. 2.*

nec bona fides patitur, ut bis idem exigatur.

l. 57. de Reg. Jur. c. 83. eod. in 6. Petr. de Ubald. *de collect. n. 35.* Guilielm. de Cuneo *tr. de munerib. n. 18.* Adolph. Knoblauch ap. Kirchov. *vol. 4. Cons. 44. n. 17. seq.* Klock. *v. 1. Cons. 10. n. 545. seq.* Cothman. *vol. 4. Resp. 3. n. 280. seq.*

Hinc salubriter constitutum & provisum in

Rec. Imp. d. d. Ao. 1544. §. Und dieweil, &c. 68. sub fin. daß die Stände und sonderbahre Personen, so ausserhalb der Kayserlichen Erb-Landen gesessen, derer Güter und Einkommens halber, die sie in Kayserl. Erb-Landen haben, und daselbst versteuret und veranlaget vverden, an dem Orth, da sie vvohnhafft sitzen, zu veranlagen und zu versteuren zu der obbeschriebenen Anlag nicht schuldig seyn sollen, damit sie mit doppelter Anlag nicht beschvvehret vverden. Conf. R. J. de An. 1576. §. *Und nachdem &c. 25.* 10

3. Ist nicht zu zweiffeln, daß wann Herr Ebertz sein domicilium mutiren und sich, nach aufgekündetem Burger-Recht zu Ysni, anderswo setzen wird, die Obrigkeit zu Ysni ihn nicht werde mehr der Jurium und Privilegiorum, so der Stadt Ysni Burger haben, gaudiren lassen, wann sie ihn nun derselben nicht wollen cum civibus suis gaudiren lassen, so sollen sie ihn auch billig nicht oneribus cum civibus per omnia paribus oneriren. 11

Iniquum enim foret oneribus & incommodis eum gravari, qui de emolumentis & commodis non participat.

l. 10. de reg. jur. §. 3. Inst. de empt. vend.

Cives namque ob id, quod jure civitatis, & cum eo omnibus suæ civitatis commodis & emolumentis civilibus, quæcunque eo respectu honestè percipi queunt, fruuntur, communionis rerum civilium, bestehende in allerley Bürgerlichen Freyheiten, Handthierungen, Kauffmanschafft und Handwerck-treiben, Braur- und Schenck-Recht, Wonn, Weyd, Trieb und Trab, und anderer gemeinsamen Nutz- und Niessung, participes sunt, indeque fortunas suas adaugere & sic beate ac feliciter vivere queunt, in compensationem quasi ad munera & onera civilia, quorum species sunt collectæ & contributiones, subeunda & ferenda obligantur. Enimverò pactum quasi reciprocum inter civitatem & receptum civem initur, quo illa se ad conferenda civilia commoda atque emolumenta erga civem obligat, hic vero se vicissim & in redhostimentum ac compensationem ad munera & onera civilia pro salute ejus ferenda ac subeunda obstringit, juxta id, quod tradit 12

Bartol. *in l. 1. ff. ad municip. n. 16.*

13 Contrahitur quasi, inquiens, inter civitatem & civem, hic se ad onera, illa ad distribuenda commoda se obligat. Quibus gemina sunt, quæ scribit

Wesenbec. *Cons. 40. n. 16.*

Inter civitatem & incolam (qui pro cive recepto accipitur & originario opponitur) tacite intelligitur celebrari contractus ultro citroque obligatorius, quo incola obligatur ad munera, & rursus civitas ad defensionem & protectionem illius, imo & ad communicanda emolumenta civilia. Cui igitur ob factam juris civitatis renunciationem emolumenta & commoda civilia Civitas denegat, illum nec ad onera & munera civilia sufferenda pertrahere posse videtur.

14 Und zwar so weniger 4.) als Hr. Ebertz nur Usufructuarius der Ebertzischen Fideicommiss-Güter ist, wie er sich selbst also nennet,

Collectarum onus autem Proprietatis dominum sustinere debere, juri & æquitati consentaneum esse scribit

Myler. *de Princip. & Statib. Imp. cap. 97. n. 17.* quia solutio collectarum & rei tributariæ adscriptio sint effectus dominii, proinde earundem præstatio pertineat ad dominum; Inferens inde, quod si quis Dynastiam Imperio immediate subjectam Jure ἀνλιχρίσεως possideat, collectas Imperii minime solvere teneatur, sed illarum onus ad debitorem tanquam Dominum rei pignoratæ pertineat, in tantùm, ut si creditor antichresticus collectas solverit, eas à debitore etiam repetere valeat.

per l. 42. ff. de pact. Laud. Myler. *d. l.* cui consentit Lynckerus *in analect. ad D. Schvvederi Colleg. nostri Introduct. in Jus Publ. part. spec. sect. 1. cap. 26. n. 13. & in Disp. de Catastris. c. 3. §. 28.*

15 5.) Scheinet diese Meynung fest und aufs beste stabiliret zu werden

per textum rotundum & clarum in l. 4. C. de incolis. ubi Impp. Diocletianus & Maxim. rescribunt disertis verbis: Cum neque Originales, neque incolas vos esse memoratis, ob solam domûs vel possessionis, licet ex substantia Decurionis acquisita sit, causam, publici juris authoritas muneribus subjugari vos non sinet. *& l. 6. §. fin. in fin. ff. de munerib. & honor.*

16 Ex quibus txx. Dd. communiter probare solent, quod collectæ regulariter tantùm subditis, non autem extraneis vel forensibus respectu possessionum, quas habent in territorio collectantis, imponi possint, sed hi de omnibus suis bonis in loco domicilii collectas solvere debeant. Eamque sententiam, quod forensis (pro quo Dn. Consulens quoque habebitur, si domicilio suo, quod hactenus Isni habuit, renunciaverit, illudque aliò transtulerit) collectari non possit nisi in domicilio suo (ubi consuetudo non est in contrarium) de jure veriorem & communiorem esse testatur

post Bartol. *in d. l. 4. C. de incol.* Corneus *vol. 1. Cons. 22.* Jac. Philipp. Portius Imolensis *lib. 5. concl. cap. 3. ubi complures authoritates pro hac opinione accumulavit.* Maul. *de homag. tit. 9. num. 41.* Anton. Gabriel. *commun. concl. lib. 6. de jure immunit. concl. 2.* Petr. de Ubald. *de collect. n. 4.* Petr. Antibol. *de munerib. §. 1. n. 7. seqq.* Gail. *2. O. 52. n. 13.* Mynsi. *5. O. 22.* Adolph. Knoblauch. apud Kirchov. *tom. 4. Cons. 44. n. 11. seq.* Arnold. à Glauburg Assess. Camer. *ibid. seq. Cons. 45. n. 1.* Georg à Breitenbach *Ordin. Lipsi. ibid. tom. 5. Cons. 15. n. 31. seqq.* Joh. Fichard. *Cons. Germ. 134. n. 4.*

Aber dessen allen, und was sonst ferner noch scheinbarliches angeführet werden möchte, ohnerachtet, halten wir beständig dafür, daß, wann gleich H. Ebertz wegen einer Mariage oder aus anderer Ursache die Stadt Ysni quitiren, der Obrigkeit allda sein bißher gehabtes Bürger-Recht aufkünden und sein domicilium anderswohin transferiren thäte, er dennoch der Obrigkeit daselbst einen als andern Weg von den unbeweglichen allda liegenden zum Ebertzischen Fideicommiss- gehörigen und behaltenden Gütern künfftig die Collectas zu entrichten und zu bezahlen schuldig, in maß, als es geschehen, da er noch Burger gewesen. Denn obwohl Hr. Ebertz nach legitimè beschehender Aufkündung seines Burger-Rechts in Ysni, und Transferirung seines bis dahero allda gehabten domicilii an einem andern Ort, dahin er sich verheyrathet und haußheblich setzet, anders nicht dann pro forensi kan angesehen und æstimirt werden; So waltet doch bey uns kein Zweiffel, daß nicht auch die Forenses, zumalen wann sie vorhin Bürger und Unterthanen gewesen, von ihren Gütern die Steuren bezahlet, das Burger-Recht aber aufgegeben und sich an einem andern Ort gesetzt, doch die gehabte Güter behalten, wegen ihrer unbeweglichen Güter, die sie in alieno territorio besitzen, von der Obrigkeit, unter deren Iurisdiction, oder in deren Territorio selbe gelegen, existente justa collectationis causa, solten collectirt werden können, und sie so wohl als die Unterthanen und Bürger dergleichen Collectas und Steuren, so auf die unbeweglichen Güter zu Erhaltung des gemeinen Bestens gelegt werden, von ihren in alieno territorio besitzenden Gütern der Obrigkeit, darunter solche gelegen, zu entrichten nicht solten schuldig und gehalten seyn, wohlfolglich die Stadt Ysni hierfalls wohl befugt, die in ihrem Territorio gelegene Ebertzische Fideicommiss-Güter nach wie vor aufgekündetem Burger-Recht mit Steuren zu belegen, und Hr. Ebertz durch Aufkündung des Burger-Rechts und Transferirung des Domicilii von künfftiger Entrichtung der auf die in der Stadt Ysni Territorio liegenden und besitzenden Ebertzischen Stamm-Güter vom Magistrat allda legenden Steuren keines weges befreyet werde, sondern so lang er solche innhaben und behalten wird, die Collectas dann der Obrigkeit des Orts zu bezahlen schuldig und verbunden bleiben werde, gleich als wann er noch Bürger wäre. 17

Denn pro primo ist apud omnes in confesso, 18 daß nicht minder die Freye und Reichs-Städte,

als

als andere Stände des H. Röm. Reichs Teutscher Nation Krafft der Regalien, so sie von dem H. Reich haben, und tragen, oder in Krafft habender hohen Lands-Obrigkeit, in ihren Gebieten die Macht und Gerechtigkeit haben, die darinn gelegene Güter in Reip. utilitatem mit Steuren zu belegen.

Competit enim indubitato Civitatibus Imperii liberis Superioritas & Jurisdictio Territorialis cum sublimibus, quæ ei cohærent, juribus, exteris Statibus Imp. competentibus, vi

Instrum. Pac. Westphal. *art. V. §. Liberæ Imperii Civitates &c. 28. ubi dicitur*, Generaliter dispositа de Statibus Imperii sublimioribus etiam de Civitatibus Imp. liberis sub appellatione Statuum comprehensis dicta intelligi debere.

Unde non potest non Ipsis quoque tribui Jus collectandi, perinde ut aliis Imperii Statibus.

Gylmann. *Tom. 11. supplic. Camer. p. 2. t. 6. vol. 1. n. 33. 34.* Besold. *Thes. Pract. voc. Steuer.* Knipschild. *de Jurib. Civit. Imp. lib. 2. cap. 17. n. 4.* Myler. *de Stat. Imp. cap. 62. n. 2. seqq.*

19 2. Ist nicht weniger ausfündigen Rechtens, daß alle Güter der ordentlichen Jurisdiction, in deß Territorio sie gelegen, unterworffen, es haben dieselbe Güter gleich die Bürger und Einwohner oder Ausgesessene innen, sintemal man dißfalls auf die Güter, und nicht auf die Person, zu sehen, so vor sich wohl einer andern Jurisdiction zugethan oder sonsten gefreyet seyn mag.

Quod enim omnia bona seu prædia in territorio sita, specialiter non exempta, ordinariæ jurisdictioni subdita sint, patet ex iis, quæ tradit

Alber. *in rubr. de muner.* Boër. *dec. 69. n. 20.* Thomat. *de collect. §. subjiciunt. n. 16. ubi eleganter deducit*, quod Universitas habeat supra prædiis in territorio existentibus jurisdictionem. Et §um. 17. probat, Clericos ratione fundorum, quos possident, subjectos esse jurisdictioni seculari. *pag. 235. seq.* quod pluribus firmat §. *Videndum. n. 10. pag. 290.* Idem §. *Sane. n. 14. & 25. tradit*, Prædia forensium in alieno territorio sita subesse domino illius territorii, licet persona ipsius jurisdictioni sit exempta.

20 3.) Werden nicht nur die Reichs- und Crayß- sondern auch die ordentliche Jahr-Steuren die ex antiquissima observantia & longæva consuetudine in denen Reichs-Städten in ordinarios & extraordinarios ac quotidianos Reip. usus pflegen angesetzt zu werden,

teste Knipschildio *d. l. 2. c. 17. n. 31.*

insgemein denen Gütern, als ein munus vel onus reale, aufgelegt, und hangen denselben gäntzlich an, wird auch in Ansetzung deren die Absicht mehr auf die Güter, als auf die Person oder Besitzer solcher gericht, so daß alleweg einem jeden seine Anlag und Gebühr seinem Vermögen oder Gütern nach gemacht und zugeschieden wird.

Sane collectam ordinariam imprimis, qualis est illa Civitatum Imper. collecta annua,

teste Knipschild. *d. l. n. 31.*

onus reale & patrimoniale esse contra Jasonem ex professo multis probat

Thomat. *de collect. pr. n. 8. & §. Exactis. n. 10. in fin. & n. 35. n. 37. & passim.* Maurit. *in repet. l. un. C. de muner. ubi tradit*, collectam principaliter imponi rebus & possessionibus. Cothman. *v. 1. Resp. 11. n. 50. & 125. ubi dicit* collectam naturaliter & reipsa munus reale esse.

Imo causa finalis est ipsa res, quæ principaliter 21
adstringitur, non persona

Festas. *de æstim. p. 2. c. 3. n. 7.* Wesenbec. *Cons. 45. n. 3.*

Et quod onus collectæ res afficiat, rebusque im- 22
poni possit, licet persona subjecta non sit, late probat

Thomat. *§. exactis. n. 4. & §. Sane. n. 16. & 21.* Hartm. Hartman. *tit. de censib. obs. 5.* Tileman de Benignis *in Cam. Imp dec. Syntagm. 3. dec. 3. vot. 9. n. 10. & Syntag. 4. dec. 4. vot. 8. n. 25. seq.* Meichsner. *Dec. Camer. Tom. 2. lib. 1. dec. 6. n. 79.* Guilelm. Scipio *Decis. Camer. 174.*

Woraus also 4.) unwidersprechlich folgt, 23
daß eine jede Obrigkeit jure collectandi gaudens diejenige Güter, so in dero Territorio gelegen, mit Reichs- und andern Steuren wohl belegen möge, wohlfolglich auch dessen die Stadt Ysni in allwege befugt und berechtigt sey; Ferner folgt auch dahero, daß die Forenses, das ist, diejenige so Güter unter einer andern Herrschafft, unter deren sie sonsten häußlichen nicht assessen oder wohnhafft seyn, haben, sich solcher Collecten, als eines oneris realis, nicht entschütten mögen, sondern gleich andern Untersassen von ihren Gütern der Obrigkeit illius territorii, darinnen sie gelegen, dieselbe zu leisten und zu entrichten schuldig und verbunden seyn, aus Ursach,

quia ratione bonorum in alicujus territorio existentium specialiter non exemptorum Jurisdictioni illius quis subjicitur, & ratione illorum ibi conveniri potest,

per tradita Nattæ *Cons. 389. n. 2.* Roman. *cons. 361.* Meichsner. *tom. 2. dec. 6. n. 79.* Thomat. *d. tr. §. subjiciunt. n. 16. seq. §. Videndum. n. 9. 10. cum ibi cit.*

Derowegen wann Löbl. Obrigkeit zu Ysni 24
künfftig Steuer und Schatzungen auf die Güter leget, und solche auch von Hrn. Ebertzen in ihrem Territorio liegenden Gütern, deren Possessor er ist und bleibt nach aufgekündetem Burger-Recht und anders wohin transferirtem domicilio, fordert; Können wir nicht absehen, quo Juris prætextu er sich derselben mit Bestand Rechtens werde erwehren und entschütten können.

Nam licet nonnulli in genere statuant, quod 25
forensibus pro rebus vel possessionibus sub Jurisdictione collectantium sitis pensitatio vel collecta nullatenus imponi possit, eò quod collectantes in eos Jurisdictionem nullam habeant, per ea quæ tradit

Schurff. *c. 1. Cons. 59. n. 26.* Mynf. *5. O. 22.* Sixtin. *de regal. l. 2. c. 4. n. 72.*

26 Tamen plerique alii negativam illam tunc saltem locum habere rectè docent, si collectæ principaliter personis imponantur, non rebus, secus verò esse asserunt, si principaliter imponantur rebus, agris & ipsis possessionibus, tum enim etiam forenses de suis in collectantis territorio sitis prædiis eas solvere teneri tradunt.

per l. un. C. de mulier. in quo loco munera &c. verbis: Patrimonii vero munera necesse est mulieres in his locis, in quibus possident, sustinere. *l. 4. §. 2. ff. de censib. l. 6. §. fin. l. 18. §. 21. & seq. ff. de muner. & honor.* Bocer. *de jur. collect. cap. 9. n. 9. in fin.* Knipschild. *l. 2. c. 17. n. 55.* Petr. Frid. Mindani *de Mandat. l 2. c. 46.*

27 Zumahl 5.) da die Ebertzische Fideicommiss-Güter, von denen hier die Frage ist, vorhin in der Stadt Yßni catastro und æstimo als Steuerbahre Güter eingeschrieben, und so wohl vom Herrn Ebertzen als vorigen Besitzern die Steur und Schatzung davon gemeiner Stadt gereicht und bezahlet worden, derenthalben er sich hinkünfftig so weniger die darauf legende und ihm abforderende Steur und Schatzung gedachter Stadt zu entrichten und erfolgen zu lassen, wird wegern können.

Quando enim bona forensium in loco sitûs, ut omnia reliqua civium bona, catastro sive æstimo inscripta, & pro subeundis quibuscunque oneribus ordinariis & extraordinariis & pro collectis dicti loci allibrata & registrata sunt, atque priores possessores omnes indifferenter omnes collectas solverunt, talia prædia sunt & manent affecta & obligata quibuscunque oneribus & collectis, sarcinaque contributionum tum etiam ad forenses decurrit, nec hi talia habentes prædia oneribus & collectis dicti loci obnoxia ullâ ratione solutionem indictarum collectarum ibi declinare possunt, quia per catastrationem quasi contrahitur & inducitur obligatio personalis & realis

l. 4. C. de agricol. & cens. fac. l fin. ibi: si passi sunt. ff. de veter. Thomat. *de Collect §. exactis. n. 36. seq.* post Socinum, Nattam, Bursatum, Surdam & alios Klock. *de contribut. cap. 13. n. 50.* Gail. *p. 3. cons. 9. n. 15. 16. 17.*

28 ita ut hoc casu non attendatur possessio bonorum sed solum æstimum sive allibratio. Hinc vulgo traditur quod si immunis à muneribus civitatis patiatur se describi in æstimo, beneficium immunitatis amisisse & in hoc, quod in posterum quoque posthabitis privilegiis ex eadem causa contribuere velit consensisse præsumatur.

Tib. Decian. *vol. 2. Resp. 41. n. 100.* Vultej. *vol. 3. Cons. Marp. 29. n. 49.* Klock. *d. l. n 51.* Bartol. *ad l. 4. C. de incol ubi dicit:* quamvis regulariter collectæ non possint imponi forensibus, tamen hoc fallit in civitate, quæ ratione alicujus oneris sive collectæ fecit bona & prædia ipsa tributaria per allibrationem sive descriptionem in æstimo. Nam tum omnes qui possident & ad quos illa bona transeunt, sive sint subditi sive non, ad collectarum solutionem tenentur.

29 Worzu 6.) kommt, daß alle Güter, so den Steur-Büchern einverleibt, der Obrigkeit, die das Jus collectandi hat, der gemeinen Beschwerden, Steur und Schatzungen halber von Rechtswegen tacite hypothecirt und verhafft seyn.

Omnia namque bona Fisco vel Reip. pro collectis & tributis in necessitate tacitæ hypothecæ nexu obligata sunt

l. 1. C. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contrah. l. 1. C. si propter publ. pensit. Festas. *de æstim. p. 2. c. 3. n. 10. & 13.* Thomat. *de collect. §. 1. n. 3. ubi dicit,* quod Principes & Communitates habeant uniformiter omnia prædia tacite hypothecata pro collectis statim, ubi fuerunt in rerum natura producta, *& n. 10. §. 2. n. 54. 58. 59. & §. Sane, &c. ubi dicit,* omnia prædia non solum civium & incolarum sed universaliter omnia existentia in omni territorio esse tacite hypothecata pro collectis. Gail. *2. O. 52. n. 21. & p. 3. Cons. 9. n. 17.* Merlin. *de pignor. l. 3. tit. 3. q. 85.* Carpzov. *p. 1. c. 28. d. 47. 49. & l. 4. R. 77.*

30 Wie sollte dann der Obrigkeit solch Jus tacitæ hypothecæ, so jederzeit den Gütern angehangen, à subdito vel possessore domicilii translatione vel prædiorum alienatione in extraneum vel forensem, maxime in præjudicium publicum entzuckt und abgestrickt werden mögen?

Sane obligatio illa tacita non potest separari à prædio vel à possessione acquisita etiam per Universitatem aut superiorem in præjudicium publ.

per notata Thomati *de collect. §. exactis. 1. n. 54. seqq. & n. 58. ubi dicit,* Ecclesiam si prædium acquirat cum illa tacita hypotheca acquirere, propterea quia omnia prædia sint tacite obligata pro muneribus solvendis.

31 Deßwegen die Dd. insgemein ausdrücklich auch dahin schliessen, daß wann dergleichen steurbahre liegende Güter, so vorhin Steur- und Schatzbar gewesen, auch gleich auf Geistliche oder andere freye und privilegirte Personen gekommen und erwachsen, unangesehen deroselben Immunitäten und Freyheiten, ihnen nichts destoweniger die gewöhnliche Steuren und Collecten von Rechts wegen wohl auferlegt und abgefordert werden mögen.

Fatentur etenim Dd. communiter, si bona quæ acquisiverunt Clerici vel aliæ privilegiatæ personæ non sunt libera, sed affecta & tributaria, quod ad onus collectarum, utpote reale, teneantur etiam Clerici & privilegiati per ea, quæ tradit

sæpe laudatus Thomat. *§. 1. n. 8. 11. & §. 2. n. 23. seq. n. 30. 32. 36. 37. 39. cum multis seqq. §. 3. n. 16. §. nobilitas. n. 11. ubi dicit,* omne prædium quavis obligatione affectum, si ad aliquem, licet Cæsarem transeat, transire cum onere publicas præstandi functiones. *§. subjiciunt. n. 37. seq.* Surdus *Cons. 262. n. 2. seq.* Reusner. *lib. 2. Cons. 6.* Cæpolla *vol. 2. Cons. Civil. 3. ubi hoc extendit etiam ad collectam in futurum imponendam.* Brunor. à Sole *in Comp. jur. voc. Collectæ. ubi dicit,* si prius bona essent registrata vel affecta & postea acquirerentur per nobiles, ipsos omnimodo teneri; idque pluribus authoritatibus confirmat & communiter ita teneri tradit Menoch *Cons. 2. n. 32. & Cons. 80. n. 29.*

Wann

32 Wann nun dergleichen gefreyete und privilegirte Personen von den auf sie gekommenen und erwachsenen steuerbaren Gütern, ohnangesehen ihrer kundbaren immunität und Freyheit, die gebührende Steuren und Anlagen unweigerlich abrichten und bezahlen müssen, warum sollten nicht auch die Forenses adstringirt werden können die auf den in alieno territorio besitzenden Gütern hafftende Beschwerden und Steuren der Obrigkeit, darunter sie gelegen, und in deren Catastro sie begriffen, zu entrichten und abzutragen?

33 Insonderheit 7.) da erstgedachter Obrigkeit neben obigem allem die Generalis consuetudo & observantia Germaniæ dazu die beste Befugniß gibt, sintemalen die tägliche Erfahrenheit und allgemeine Praxis bezeugt, daß die zeithero so wohl geist- als weltliche Chur- und Fürsten auch andere Stände der ausländischen, so doch nicht ihre Unterthanen seyn, Güter in ihren Chur- Fürstenthumen und Gebieten gelegen so wohl als ihrer Unterthanen Güter mit solchen Steuren belegen, und also dieselben nicht auf die Person, sondern Güter schlagen.

test. Fichardo *Cons. 134. n. 4.* Mindan. *de Mandat. lib. 2. c. 46. n. 10. in fin.* Hartm. Hartman. *in Pract. Obs. tit. de Censib. Obs. 5. ibi: & hoc quotidie videmus fieri.* Gail. *2. O. 53. n. 10. ubi in fine testatur* in quadam causa in Camera judicatum esse, cives extra territorium civitatis ratione bonorum eo loci collectari posse, ubi eorum bona sita sunt. Atque ita etiam judicatum in causa *Speyer* contra *Hartenberg.* Et quod collecta liget forenses ex communi omnium opinione, usu & consuetudine totius Germaniæ, quin & Clericos in den Aemtern ubi bona sita sunt, testatur & pluribus præjudiciis, demonstrat Tileman. de Benignis *Synt. 4. decis. 4. vot. 8. n. 32. seqq.* Sed & antiquiores Interpp. de tali consuetudine aperte attestantur. Mart. Laudens. *tr. de fisco. n. 48. dicit* generalem esse consuetudinem, quod ubi quis possidet ibi collectetur. Et talem consuetudinem per totam Italiam vigere testantur plures relati à Gabriel. *l. 6. tit. de jur. immunit. concl. 2.* Et de hac consuetudine non esse dubitandum dicit Natta *Cons. 215. n. 2. in fin.* De consuetudine Delphinatus & Lugdun. testatur Guid. Papæ *dec. 87.* de generali consuetudine Galliæ Molinæus ad Alexandr. *vol. 1. Cons. 101.* Brun. à Sole *in Comp. jur. voc. Collectæ. Ubi ait quod talis consuetudo tanquam notoria non egeat probatione,* sed sufficiat eam allegare.

34 Derowegen Löbl. Obrigkeit des Heil. Röm. Reichs-Stadt Yßni Krafft solcher allgemeiner Observanz gut Fug und Macht hat, ob gleich Herr Ebertz das Bürgerrecht aufkünden und sein domicilium anderswohin transferiren sollte, dennoch dessen in ihrer Stadt Gebieth gelegene Fideicommiss-Güter gleich andern darinn ligenden Burger-Gütern mit Steuren zu belegen, und also in deme andern Chur-Fürsten und Ständen des Reichs, vermög habenden Rega-

lien, billig nachzufolgen, weil solche consuetudo und observanz mit so vielen præjudiciis, wie angeregt, bewehret und bestärcket.

In materia collectarum siquidem consuetudo regionis, ubi illæ imponuntur, potissimum attendenda & spectanda, per ea quæ late & erudite tradit

Thomat. *§. subjiciunt. n. 10. seq.* Paris. *Cons. 25. n. 54. ubi dicit* consuetudinem dare facultatem exigendi collectas etiam à forensibus, & ideò eam spectandam esse, addita ratione, quia talis facultas competit ratione jurisdictionis & per consuetudinem potest illa quæri & postmodum in executionem deduci sicut fit per legem.

Und kan sich Herr Ebertz erwehnter Obrig- 35
keit zu Yßni von denjenigen Gütern, so er in deren territorio, nach aufgekündeten Burger-Recht und transferirten domicilio, behält, sein Angebühr von Steuern zu entrichten keines weges weigern, sondern ist selbige der Reichs und der Stände gemeiner Gewohnheit wegen zu præstiren schuldig und verbunden.

Quia ut hactenus deductum bona illa in Col- 36
lectantis Magistratus territorio sita, adeoque etiam illius Superioritati territoriali subjecta, & Fisco ratione quorumcunque onerum tacitè hypothecata, præterea diu ante Catastro vel æstimo inscripta, ipso actu collectata, ideoque cum hac ipsa collectabilitatis (liceat nobis ita loqui) qualitate, etiam facta renunciatione juris civici & translato in alium locum domicilio, penes ipsum manserunt, hinc per invincibilem consequentiam collectabilia adhuc sunt & manent, quoniam tributaria qualitas ipsa bona tributaria afficit, eaque velut corpus umbra immediate semper indivulso nexu concomitatur & cum iisdem ad quoscunque possessores transit.

arg. l. 20. §. 1. de acq. rer. dom. l. 23. §. pen. & ult. de S. P. R. l. 67. de contrah. empt. l. 3. C. de Episc. & Cler. l. 2. C. de fund. rei priv. c. 1. X. de cens.

Sicut hanc sententiam suffragio suo compro- 37
bant

Thomat. *d. tr. §. Sane si negotium. n. 14. seqq.* Alexand. *lib. 2. Cons. 68. n. 10. 12.* Decian. *v. 1. R. 55. n. 4.* Paris. *1. Cons. 25. n. 8. 9.* Constantius Carolus JCtus Italus inter Consilia Feudalia variorum Dd. *Cons. 4. per tot.* Franciscus de Ecclesia Marchionalis Consiliarius *ibid. seq. Consil. 5. n. 1. seqq.* Joh. Franc. Purpuratus *ibid. seq. Cons 6. n. 5.* Dn. Referens ap. Meichsner. *tom. 2. lib. 1. dec. 6. n. 81. seqq.* Dn. Hartlieb Correferens & Dn. Assessor Wambold inter vota Cameralia post Klock. *tr. de contribut.* Joh. Wilh. Rovenstrunck *in Rechtl. Bedencken von Anlage Contribution &c. n. 46.* Joh. Theod. Sprenger. *dec. 1. per tot.* Joh. Otto Tabor *de Metat. & Epidemet. c. 4. art. 6. th. 5.*

Dieser Unserer in Rechten steiff und festge- 38
gründeten Meynung mögen auch die in contrarium obangeführte Schein-Gründe, wie specios selbige auch seyn, durchaus keinen Abbruch gebähren, denn so viel den ersten Schein-Grund anlanget,

anlanget, ist zwar nicht ohne, quod communis fermè sit sententia & quoddam quasi Palladium dd. Collectas non nisi subditis imponi posse, quò allegari & referri solent citati Recessus Imperii, ubi mentio fit der Unterthanen, quorum nomine diejenige verstanden werden wollen, so der Jurisdiction maxime domicilii, vel originis, vel habitationis, intuitu verwandt und zugethan, und wird dannenhero inferirt, weil die forenses keine solche subditi, können denselben keine collectæ auferleget werden.

39 Allein ob wohl diejenige, so allein Güter in alicujus territorio liegen haben, absolute pro subditis nicht zu halten gleich denen, so sich der Jurisdiction mit beständigem Häußlichen Wesen untergeben, so kan doch nicht geläugnet werden, daß sie gleichwohl secundum quid, nemlich quoad bona, eorundemque possessionem, den Unterthanen zu annumeriren.

40 Nam etsi ob solam possessionem bonorum absolute quis dici non possit subditus, ut jurisdictio generaliter possit in ipsum exerceri, omni casu, prout in alios, qui sunt de loco, vel ibi habitant; Negari tamen nequit, quin forensis talis bona immobilia in alicujus territorio possidens subditus dici possit secundum quid, quoad bona scil. quæ ibi possidet, cum alias, si subditus suo modo, & jurisdictioni illius subjectus non esset, ratione bonorum in territorio sitorum, coram judice loci, ubi bona illa sita sunt, conveniri non posset

l. fin. ff. de Jurisdict. t. t. C. si a non compet. jud.

quod tamen indubium est fieri omninò posse.

per l. 27. ff. de tut. & curat. dat. l. 47. §. 2. ff. de administr. tut. l. 38. de judic. l. fin. C. ubi in rem act. c. fin. X. de for. compet.

41 Nil ergo vetat dicere, forenses in territorio alicujus prædia & bona immobilia possidentes suo modo subditos, sub regula: Non nisi subditos collectari posse, comprehensos esse, saltem usque adeò ut licet ejusmodi forensibus non possint imponi collectæ ratione personæ, ipsorum, quæ per se à jurisdictione loci libera, possint tamen ratione prædiorum & bonorum, quæ ibi possident, & jurisdictioni illius, in cujus territorio sita sunt, subjecta reputantur.

Cravetta *Cons. 202. n 15. 16. ubi disertis verbis:* licet, *inquit*, propter sola bona & illorum possessionem quis non possit dici simpliciter & absolute subditus, ut generaliter in eum jurisdictio exerceri valeat, prout in alios, qui sunt de loco vel ibi habitant, negari tamen non potest, quin subditus dicatur secundum quid & aliquo modo. ac Mev. *p. 2. dec. 372. ubi ait:* Non quidem possessio bonorum facit subditum (proprie sic dictum) debitorem tamen ratione rei facit, quia qui accipit, quasi cum civitate contrahit & oneribus se bonorum suorum ratione subjicit, dum, nisi cum sua obligatione & onere, res ad neminem transit. add. Cothman *vol. 1. R. 11. n. 15.* Paris. *v. 1. Cons. 25. n. 77. seq.* Meichsner. *d. dec. 6. n. 79.* Thomat. *§. 1. n. 8. 12. §. non obstant. n. 4. §. subjiciunt. num. 16. §. videndum. n. 9. 10. §. Sane. n. 22.* Ex quorum traditis aperte constat, quod quis suo modo subditus dicatur ratione rerum, quas possidet in alieno territorio, licet persona per se libera sit à jurisdictione loci.

Hindert also gantz nichts, daß nicht eben auch 42
in den angezogenen Constitutionibus Imperii de Ao. 1557. §. 49. & de Ao. 1566. §. 41. das Wort Unterthan so wohl von denjenigen, die an einem Ort allein begütert, und des Orts Obrigkeit ratione der unter ihr besitzenden Güter unterworffen seyn, als von denen die an einem Ort häußlich gesessen seyn, genommen und verstanden werden sollte und könnte, folglich nicht weniger jene von der Obrigkeit, darunter sie begütert, als diese von der Obrigkeit, darunter sie ihr Domicilium figirt, mit Steuern belegt werden mögen, per tradita

Meichsneri *d. dec. 6. n. 92. ubi expresse dicit* verbum Imperii Recessuum (Unterthanen) non taliter interpretatione coangustandum esse, ut illos tantum subditos, qui sub jurisdictione domicilii sui constitutionem fecerunt, respiciat, sed potius ita accipiendum, quod cuilibet Statui suos subditos quocunque modo ipsi subditi sint collectare liberum sit.

Zumahl da communis observantia & Praxis 43
Imperii mit einstimmet, und solche extensivam interpretationem notorie bestättiget, indem per totum Imperium so wohl geistliche als weltliche Stände die Steuren auf die Güter schlagen, und die Ausländische, so Güter unter ihnen in ihrem territorio besitzen so wohl, als andere Unterthanen belegen, solche Belegung der Ausländischen auch heutiges Tags fast allenthalben in üblichem Schwange ist, deswegen dann sich Herr Ebertz dessen auch so weniger wird wegern können, als seine innhabende Ebertzische Fideicommiss-Güter in dem Yßnischen Catastro beschrieben und allda vorhin würcklich versteuret worden.

Die andere dubitandi rationem belangend, 44
geben wir gerne zu, daß höchst-unbillig seyn würde, wann die forenses in loco domicilii de bonis ad unum omnibus collectirt werden sollten, und von den in alieno territorio besitzenden unbeweglichen Gütern nichts destoweniger auch noch einmal in loco rei sitæ die Steuren bezahlen und erstatten müssen, denn niemand mit doppelter Ruth zu bestraffen, nec quisquam de una eademque re bis collectandus, aut duplici onere gravandus, hoc enim non congruit bonæ fidei. Hinc æquissime constitutum in

Rec. Imp. *de Ao. 1544. §. Und dieweil &c. 68.* 45
daß die Stände und sonderbare Personen so ausserhalb der Kayserl. Erb-Landen gesessen, derer Güter und Einkommens halber die sie in Kayserl. Erb-Landen haben und daselbst versteuret und veranlaget werden, an dem Orth da sie wohnhafft sitzen, zu veranlagen und zu versteuren zu obbeschriebener Anlag nicht schuldig seyn sollen, damit sie mit doppelter Anlag nicht beschwehret werden. Quod fieri debere, nec

nos

nos ipsimet volumus aut statuimus. Collectandi sunt forenses de bonis immobilibus in loco rei sitæ, ut supra deduximus in rationibus decidendi, & communis observantia ac Praxis id confirmat, idemque non illiquide probat

l. 4. §. 2. de censib. ubi JCt. Ulpianus: is, qui agrum in aliqua civitate habet in ea civitate profiteri debet, in qua ager est: agri enim tributum in eam civitatem debet levare, in cujus territorio possidetur. *in l. un. C. de mulier. & in quo loco mun. ibi:* Patrimonii vero munera necesse est mulieres in his locis, in quibus possident, sustinere.

non in loco domicilii; haud obstante eo, quod in Recessibus Imperii de Ao. 1542. §. 68. & Rec. Imp. de Ao. 1544. §. 45. expressè sancitum, ut quilibet collectetur in loco domicilii de omnibus suis bonis etiam foras sitis non in loco rei sitæ. Nam Recessus hi loquuntur in specie de Collectis Turcicis, & quidem non hodie recepto, sed antiquitus usurpato & jam ferè per integra duo secula non amplius exercito collectandi modo, nempe secundum censum communis denarii, indictis, quo nimirum ab omnibus tàm immediatis, quàm mediatis Imperii civibus & subditis, nullis exceptis, sine ullo sexus, ætatis, aut conditionis discrimine, pro cujusque patrimonii viribus certa pecuniæ summa in subsidia adversus Turcam aliasque Imperii necessitates solvenda exacta fuit, hancque unusquisque in loco domicilii de omnibus suis bonis ubicunque sitis pendere debuit. Non ergo actutum hoc etiam ad alterum recentiorem hodieque usitatum collectandi modum secundum Romanæ expeditionis mensuram in matricula Imp. determinatum applicari & extendi poterit aut debebit. Nec enim sequitur in vetustiori illo collectandi modo secundum communem denarium subditi collectabantur in loco domicilii & habitationis de omnibus bonis ubicunque terrarum possessis. Ergo etiam in hoc recentiori modo secundum Expeditionem Romanam ita erunt collectandi. In priori enim forma illud ipsum expresse præscriptum erat, quod cum in posteriori non itidem factum idem quoque præceptum non putandum, ut optime ratiocinatur

Correferens apud Meichsner. *d. dec. 6. n. 76. seqq.* Mev. *p. 2. dec. 72. ubi eleganter ita:* Illæ Constitutiones tamen de Collectis Imperii Turcicis disponunt, & cum omnes Imperii Cives non suis immediatis Dominis, sed Cæsari & Imperio has solvant & quidem de bonis omnibus, adeoque nihil istorum, aliasve interfit, ubi solvantur, sic pro celeriori exactione provisum est, ut in loco domicilii quisque inferat, minime verò in universum constitutum, ut indiscriminatim collectæ de bonis ubicunque existent, in loco domicilii inferantur. Quin potius ea cautio & reservatio addita fuit, quod specialis hæc providentia territoriorum dominis de cætero sine præjudicio esse debeat. Multo minus vero sic constitutum eo trahi potest, de quo nec sentit nec loquitur Constitutio, ut cives alibi domicilium habentes, qua bona alibi sita immunes sint, & tantum sui loci onera ferant, aut aliorum bonorum nomine in isto præstent. Remansit quà alias collectas res sub dispositione Juris communis &c. *add. dec. 372.*

Quod autem recentioris modi collectandi longe alia sit ratio, quam illius antiquioris inde evidens est. Ubi enim Imperii cives & subditi summi, medioxumi & infimi secundum æs & libram de omnibus bonis collectabantur, collectasque illas Cæsari & Imperio quasi immediate solvebant, utique nihil plane intererat, ubicunque locorum bona immobilia fuerunt collectata; cum vero hodie secundum matriculam ad modum alicujus Expeditionis Romanæ à Statibus Imp. & ab his iterum per concessam subcollectationem a suis subditis certa collectarum quantitas pro quantitate territorii exigatur, certe hodie etiam Statuum Imperii, eorundemque subditorum maxime interest, ut de prædiis forensium in loco rei sitæ collectæ exigantur, cum alias & si tales collectæ penderentur in loco domicilii, Status, quorum territoria ex magnitudine pluris fuerunt æstimata, magnæ partis sui territorii emolumentis & reditibus destituerentur, & indictæ quantitati collectarum per communem sensum planè fierent impares. 46

Klock. *de contribut. cap. 11. n. 53. seqq.*

Findet deme nach Herr Ebertz in denen passibus der sub secunda dubitandi ratione allegirten Reichs-Constitutionen zu seiner Liberation von der Stadt Ysni Anlagen seiner allda behaltenden Fideicommiss-Güter gantz kein Subsidium. 47

Und gleiche Bewandnis hat es mit der dritten dubitandi ratione. Denn das ist wahr und höchst-billig, ut paria non sentiant onera, qui paria non sentiunt commoda, vel saltem sentire non possunt. Es werden aber die Forenses nirgends den Bürgern, welche die commoda & emolumenta civica völliger geniessen, gleich beschwehret. Denn es sind in qualibet Civitate & Republ. viel personalia onera, quibus quidem Cives & incolæ, non etiam forenses subjiciuntur. Uber diß werden die Bürger und Incolæ wegen ihres gantzen Vermögens insgemein, die forenses aber nur wegen ihrer allda besitzenden unbeweglichen Güter collectirt, die des Orts catastro eingeschrieben seyn. 48

Cum igitur cives ferant & realia & personalia onera, forenses tantum realia, Cives realia omnia, forenses duntaxat eorum quædam, non erit iniquum, si cives etiam quædam civitatis commoda, jura & Privilegia præ forensibus habeant, iisdemque plenius quam hi fruantur.

Und weil dieses denen gemeinen Rechten, der Billigkeit und allgemeinen Observanz durchaus gemäß, daß nicht nur die Subditi proprie, simpliciter & absolutè dicti, sondern auch die Forenses, so unbewegliche Güter in alicujus territorio besitzen und horum ratione quodam modo subditi seyn, von ihren besitzenden Gütern, der Obrigkeit, in deren territorio sie gelegen, die Steuren entrichten, so kan Herr Ebertz solches auch in seiner Person nicht unbillig achten, noch 49

sich dessen beschweren, ohnerachtet er nicht zu dem Genuß aller der Stadt Yßni jurium & privilegiorum ac commodorum, quibus ejus Cives fruuntur, gelassen wird, wann er das Burger-Recht aufgekündet und sein domicilium anderwärts transferiret.

50 Die vierte ratio dubitandi concludiret nichts. Denn 1.) ist Herr Ebertz nicht nur nudus Usufructuarius, sondern verus dominus der Ebertzischen Fideicommiss-Güter, wiewohl quoad facultatem alienandi restrictum habens dominium eorundem

per l. 42. ff. de usur. l. 63. pr. ad SCt. Trebell. l. 54. ff. ad L. Falcid. l. 34. §. 7. de legat 2. l. 29. §. fin. ff. qui & à quibus manumiss. & per tradita Knipschild *de fideicomm. fam. nob. cap. 10. n. 1. seqq.* & ab eo allegat.

Und ist er wegen deren Besitz- und Geniessung zu Erlegung aller der Reichs-Crayß- und anderer jährlichen Steuren, und real-Beschwerden Abtragung verbunden

arg. R. J. de Ao. 1576. §. bey Berathschlagung &c. 99. ibi: Erklähren und ordnen vvir, daß in obgesetztem Fall allermahlen der Stand, so das Stamm-Hauß besitzlich inn hat, zu Erlegung der Reichs-Steuren mit Recht von unserm Fiscal angelangt &c. & *arg. l. 7. de publican. & vectig. l. 7. §. 2. de usufr.* Laud. Knipschild. *d. tr. cap. 12. n. 44. seqq.* Klock. *de Contribut. cap. 11. n. 206.*

51 2.) Wann Herr Ebertz auch nur Usufructuarius berührter Ebertzischen Fideicommiss-Güter wäre, würde ihm nichts destoweniger wegen des Besitzes und Genuß deroselben obliegen die Steuren und andere Real-Beschwerden zu entrichten.

arg. d. l. 7. §. 2. l. 27. §. 3. l. 52. ff. de usufr. l. 28. de usufr. legat. Carpzov. *p. 3. c. 16. d. ult. & lib. 1. R. 105.* Klock. *d. c. 11. n. 115. seqq.* Brunnem. *ad l. 7. ff. de usufr. n. 5.* Mev. *ad Jus Lub. lib. 2. tit. 3. art. 2. n. 47.* Berlich. *p. 2. dec. 228.*

52 Ex quorum traditis simul patescet, cum grano salis accipiendum esse Myleri & qui eum sequitur Lynckeri, assertionem collectarum onus proprietatis dominum sustinere debere. Licet enim Collectæ sint ipsius prædii onera, penduntur tamen, si proximam causam requiras, propter emolumentum, quod ex re ipsa percipitur, adeo, ut si penitius inspicias, non tam rei quam fructuum onera esse videantur. *dd. txx.*

53 Quare si creditor rem, ex qua tributa ac collectæ debentur, possidet & fructus percipit, ad proprietarium autem nullum emolumentum inde redit, non hic, sed ille onera hæc ferat. Et hinc penes nos nullum est dubium, illationem Myleri & Lynckeri inde factam ad liberandum ab onere collectarum possessorem ditionis Antichresticum minime subsistere posse, sed contrariam sententiam in puncto juris veriorem esse, quam etiam nobiscum propugnant

Klock. *d. cap. 11. n. 223.* Ziegler *de Jur. Majest. lib. 2. c. 3. n. 36. seqq.* Arum. *vol. 5. Disc. 7. n. 21.* B. D. Lauterbach *Disq. de Jure Antichreseos th. 55.* hosque secutus Collega noster D. Schvveder *supra cit. loc.*

Was endlich 5.) adductam in contrarium 54

L. 4. C. de incolis.

concerniret, probiret dieser Lex nichts, quia loquitur de muneribus personalibus, uti observarunt etiam

Glossa *ad d. l. lit. O.* Luc. de Penna *eod. n. 1.* Azo vel Placentinus aut quicunque alius istius operæ author genuinus est, *in summa ad eund. tit. n. 13.* Thomat. *§. Sane. n. 15.*

Et ipsa verba sensusque legis satis demonstrant, non de Patrimonialibus, de quibus nobis sermo est, textum loqui. Quod autem jam olim quædam munera possessoribus indicta fuerint, quæ munera possessionum dicta, constat ex

l. 6. §. 5. l. 18. §. 21. ff. de muner. l. 10. de vacat. mun.

Hæc certe personis pro rebus indicta non fuerunt, sic enim dominis indicenda fuissent non possessoribus.

Guilelm. de Cuneo *tr. de munerib. n. 13.*

Ad dissentientium Dd. authoritatem velut Medusæ Caput 6. objectam 1.) respondemus ex l. 13. C. de sentent. & interloc. non exemplis & auctoritatibus, sed legibus & rationibus judicandum & certandum esse.

Nec id, verba sunt

Quintiliani *10. Inst. Orat. c. 1.*

statim legenti persuasum sit, omnia quæ magni Auctores dixerunt, utique esse perfecta, nam & labuntur aliquando, & oneri cedunt, & indulgent ingeniorum suorum voluptati, nec semper intendunt animos, & nonnunquam fatigantur.

2.) Opponendo authoritati Dd. itidem authoritatem aliorum supra pro nostra sententia adductorum, & quæ majoris ponderis, atque in materia collectarum ante omnia est attendenda, consuetudinem & observantiam contrariam, de qua testati supra adducti Authores testes omni exceptione majores, quibus addi possunt

Roland à Valle *vol. 1. Cons. 32. n. 8.* Ant. Tessaur. *dec. 149. n. 2. 3.* Everhard. *vol. 1. Cons. 3. n. 15.* ubi generalem esse consuetudinem ait, ut ubi quis possidet res, ibi & collectam patiatur. Alemann. *Consult. 5. in refutat. rat. dubit. 2. 3. 4.* Gail. *3. Cons. 9. n. 13. 20.* B. Antecess. ap. Besold. *Cons. 279. n. 39.* Mev. *2. dec. 372. ubi n. 4. notanter & emphatice ita:* Quæ hodie terra est, ubi non possessor solvit onera ex bonis, quæ in ista habet? quis terræ dominus ideo ex his sibi debita cum collectam indicit, remittit, quia bonorum dominus alibi solverit? Quod de Italia scripsit Riminaldus & Rolandus à Valle, generali consuetudine forenses hodie collectari, de moribus Germaniæ per experientiam testari possumus.

Bleibet demnach nochmals dabey, daß sich Herr Ebertz nullo Juris prætextu werde entschütten können, auch nach aufgekündetem Burger-Recht und veränderten domicilio, wie ein ander Burger sein Angebühr der Steuer zu entrichten, von denen Ebertzischen Fideicommiss-Gütern, so er in der Stadt Yßni territorio behält. Und so viel von der ersten Frage. 55

Die

Die andere Frage lautet also:

56 Wann gedachte Onera obiger Güter durch Hrn. Consulenten Abschied in Ysni cessiren, werde ferner gefragt, ob er den gewöhnlichen Abzug davon zu bezahlen oder wie er sich dißfalls zu verhalten habe?

Da zwar Herr Consulent tacite præsupponirt, als wann die Onera berührter Güter durch seinen Abschied in Ysni aufhören sollten, daß aber solches nicht geschehe, und sie deßwegen nicht cessiren, sondern so lang er selbige behalten und besitzen werde, auch die Real-Beschwehrden und Steuren continuiren werden, und er gemüssiget seyn, dieselbe unweigerlich zu entrichten, ist nach Nothdurfft, ja überflüßig, ad primam quæstionem dargethan. Belangend aber dieses: Ob er den gewöhnlichen Abzug davon zu bezahlen, oder wie er sich dißfalls zu verhalten habe? So können wir anders nicht erachten, als daß, wann irgends was von fahrender Haab oder bewegliche Stuck unter dem Fideicommiss begriffen, Hr. Ebertz davon, wie von andern seinen eigenthumlichen beweglichen Haab und Gütern den gewöhnlichen Abzug zu bezahlen schuldig, was aber die unbewegliche Güter anbelangt, so er unveräussert behält, davon ist er von Rechts-wegen keinen Abzug zu geben verbunden, so lange er selbe eigenthumlich behält, nutzet und nüsset, in Ansehung er davon die auf die Güter legende Steuren, wie ein ander Burger, der dergleichen hat, bezahlet, und also hoc casu die von vielen bewehrten Rechts-Gelehrten assignirte Ration, weßwegen die von denen, so ihr Domicilium mutiren und ihre Facultates transferiren, bezahlende Nach-Steuer oder Abzug, in plurimis, imo plerisque locis, consuetudine eingeführt, nemlich, daß der Fiscus wegen der ihm künfftig entgehenden und von dem wegziehenden nicht mehr bezahlenden Steuren und Anlagen, ac pro præstito hactenus patrocinio, einige Gegen-Erkänntniß genieſſe und erlange, cessiret.

57 Ea enim ratione Gabellam illam ab emigrantibus & domicilium suum mutantibus exigi, ob futuram nempe vacationem pensitationum & functionum publicarum, inque remunerationem pro præstita huc usque defensione & securitate in specie tradunt Lündenspühr. *ad Ord. Prov. Würtenberg. pag. 19.* Jacob. Andr. Crusius, *de Jure detract. & emigrat. cap. 2. num. 2. & 12.* Cothman. *vol. 6. Resp. 19. num. 10.* ubi inquit: decimæ istæ dantur ex hoc fundamento, quod ex bonis, quæ emigrans secum aufert, magistratus ejus loci collectas aliaque onera ante perceperit, & adhuc percipere potuisset, nisi ablatæ essent, ut proinde non sit iniquum, loco collectarum & onerum, velut in compensationem ex bonis, quæ auferunt, aliquid retinere.

Istam autem rationem cessare, cum emigrans & domicilium mutans bona immobilia ibi retineat, nec eadem alienet, in aprico est.

Deßwegen die Evangelische Stände in ihren 58
wider die Catholischen Stände in den Westphälischen Friedens-Tractaten Anno 1645. den 11 Dec. exhibirten Gravaminibus apud Londorp. *Tom. V. Actor. Publ. lib. 2. cap. 114. seqq. pag. 1046.* Pufendorff. *in Histor. Suec. lib. 17. §. 107.* sich darüber hoch beschwehrt, daß den armen Evangelischen Bürgern, die sich des Juris emigrandi gebrauchen wollen, ein enger kurtzer Termin zu Verkauffung ihrer Güter angesetzt, und ehe sie noch dieselbe verkaufft, und die Nach-Steuer verfallen, solche abgepresset werde.

Wann Hr. Ebertz aber die unbewegliche Gü- 59
ter alieniret, und den daraus erlösenden Kauff-Schilling transferiret, ist er den Abzug davon zu entrichten schuldig, veluti hæc in terminis confirmat

Joh. Frid. Rhetius *de Sarcina Emigrantium cap. 4. §. 2.*

scribens: Bona quod concernit regulariter solvitur detractus de omnibus, sive illa bona sint mobilia sive immobilia, illa modo transportentur, hæc modo vendantur, eorumque pretium insimul transferatur in aliud territorium; Quod si enim non vendita relicta maneant, nihil deberi satius puto, quantum colligere licet ex iis, quæ tradit Cardin. Tusch. *lit. G. concl. 1. n. 5.* & Schepliz. *ad Consuet. Marchic. in addit. ad §. 7. cum seqq. n. 2.* in verbis: **Wann aber das Gut aus denen Gerichten, da es liget, nicht gebraucht, so soll nichts davon gegeben oder genommen werden.** Ernest. Cothman. *d. l. n. 23.* ubi postquam pluribus probavit, quod Professores & membra academica, quando discedunt, sine ullius detractus exactione vel gabellæ præstatione liberum habeant discessum, & facultates suas libere sine ulla decimarum exactione & solutione exportare queant, contraria, quæ objici possent, subjungit, eaque diluit, & inter alia inquit: Denique qui emigrant domos & possessiones suas neque auferunt, neque auferre possunt, sed vel res eas immobiles sibi retinent & possident, ac post discessum suum æque ac ante abitum suum de istis annuum tributum exsolvunt; indeque quasi inferre vult, quod ideo isto in casu Professores & alia Academiæ membra, cum discedunt, non teneantur ullum censum emigrationis de bonis istis immobilibus persolvere. Si vero eas res immobiles (subjicit porro) vendant, successor & possessor novus onera illa subit, atque ita Senatus oppidanus suum jus etiam hoc in casu salvum retinet, & ex iis nunc & semper, uti ante, collectas aliaque onera percipit, ideoque (vult concludere) censum emigrationis à discedentibus exigere nequit, cum ex transactione initæ tenore pretium ex venditione

rerum immobilium redactum ab oneribus, de bonis immobilibus pendendis, liberum habere & retinere debeant. Unde nos porro inferimus, quod si emigrantes aut discedentes & domicilium suum transferentes tales sint, qui vel ex conventione vel alias ex privilegio non habent liberum discessum, ultimo hoc casu, quando bona sua immobilia vendunt, & pretium inde redactum transferunt, de hoc æque ac de cœteris suis rebus mobilibus, quas secum auferunt, consuetum emigrationis censum exsolvere obstricti sint.

60 Von deme was ferner zu unserer Nachricht beygefüget, daß vermög Kayserl. allergnädigsten Privilegien ein Burger zu Ysni der Obrigkeit allda zum Abzug drey Nach-Steuren hinterlassen müsse, hingegen aber als ein Fremder alsdann verbunden, seine in der Stadt Ysni Territorio situirte ligende Güter doppelt jedoch des Jahrs nur einmahl zu versteuren, können wir, weil kein Extractus der Kayserl. Privilegien beygelegt worden, keinen rechtl. Ausschlag geben, wann der Tenor derselben solches klar im Munde führet, muß man sich selbigem wohl gemäß bezeugen und aufführen, sonsten aber wollen unsere Rechte und derer Lehrer nicht zugeben und leiden, daß ein ausgesessener Hoher als ein Einheimischer beschwehret werden solle.

vid. Klock. *de contribut. cap. 17. n. 46. seqq.* Dn. Collega D. Harpprecht. *p. 3. Cons. 46. sub fin. n. 234. seq.*

Welches wir also salvo cujusvis melius sentientis judicio, dienstlich nicht verhalten sollen

Actum in Collegio nostro den 5 Octobr. 1697.

CONSILIUM LXVI.

DE

Satisfactione stupratæ & alimentatione partus : delatoque super defloratione juramento judiciali.

SUMMARIA.

Rei gestæ series recensetur ex actis, à num. 1. usque ad 8. inclus.

9. Quænam actiones sint institutæ, ostenditur.

10. Tres istæ actiones communiter in uno libello cumulantur.

11. Exceptio rei judicatæ ex decisione Præfectorum (Ober-Amtlichem Bescheid) haud nascitur.

12. Ut aliquis stupratam dotare, eique sumtus puerperii atque partui alimenta præstare teneatur, de concubitu septimo, octavo, nono aut decimo mense ante ejusdem editionem convictus vel confessus esse debet.

13. Juramentum suppletorium non defertur, nisi semiplene probatum sit.

14. Stuprator tenetur præstare Juramentum judiciale sibi delatum : nisi malit id referre.

15. Actione probata actor ad juramentum provocari non potest.

16. Videtur idem dicendum de reo, si actor nihil probaverit.

17. Jure permissum est intentionis suæ fundamentum conscientiæ adversarii committere.

18. Etiam si quis nihil probaverit, aut in probatione defecerit.

19. Juramenta ad supplendos probationum defectus inventa sunt.

20. Hæc etiam locum habent in materia imprægnationis.

21. Probandum est, stupratam cum aliis rem habuisse.

22. Probationem ordinariam in se suscipiendo quis ab onere jurandi liberatur.

23. Cujus ratio subjungitur.

24. Stupratores inprimis serio admonendi sunt de vitando perjurio.

25. Sententia interlocutoria.

26. Definitiva in casu præstiti Juramenti judicialis.

27. Sententia in casu ejusdem recusati.

1 DJe von denenselben mir jüngsthin zu Abfassung und Ertheilung eines rechtlichen Gutachtens überschickte, hiebey wieder zuruckkommende, zwischen Elisabetha Dietherin, von Willmandingen, mit Beystand ihres Pflegers, Georg Rantzen, Klägerin, eines, entgegen und wider Johannes Eyselern, Matthäus Eyselers ehelichen Sohn daselbst, beklagten andern Theils, ausgeübte Acta habe mit gebührendem Fleiß durchlesen, reifflich erwogen und befunden, daß forderist ermeldte Elisabetha Dietherin mit Beystand ihres Pflegers wider den jungen Eyselern klagend angebracht, daß er im Monath Junio abgewichenen 1695. nächtlicher Weile zu ihrem Kammer-Laden hinein gestiegen, sich zu ihr ins Bett gelegt, und ihro unehelichen Beyschlaff zugemuthet ; Ob sie sich nun wohl anfänglichen hefftig und starck widersetzet, und allerley Ausflüchte gesucht, ihn abzutreiben, hat er Eyseler jedoch von seinem ohnziemenden Beginnen nicht nachgelassen, biß er endlich sie dazu gebracht, daß sie seines Willens gelebet, und sich mit ihm fleischlich vermischt, davon sie geschwängert worden, daß sie um Ostern verwichenen 1696sten Jahrs ein von ihm empfangenes Söhnlein zur Welt gebohren.

2 bohren. Wann nun in Rechten verſehen, daß der Imprægnator das Kind zu alimentiren, das Kräntzlein neben dem Kindbett und andern Koſten zu bezahlen ſchuldig ſey, als hat Klägerin dienſtrechtlich gebeten, zu erkennen, daß dem Beklagten weder geziemet noch gebühret, Klägerin geklagter Maſſen zu verfällen, und Kinds zu ſchwängern, ſondern er daran zu viel und unrecht gethan, daher Beklagter ſie entweder zu heyraten, oder ihr Abtrag zu thun, das iſt, ihro neben der Alimentir- und Auferziehung des Kinds eine Summa Gelds von 200 fl. vor das Kräntzlein ſammt denen aufgehenden Proceß- und andern Unkoſten von Rechts-wegen zu bezahlen ſchuldig und gehalten ſey, cum imploratione.

3 Worauf Beklagter litem pure negative conteſtirt und ſimpliciter geläugnet, daß er jemahlen die Tag ſeines Lebens ſich mit der Klägerin fleiſchlich vermiſchet habe, meldend, daß ſie dahero ein höchſt- ſtraffbahres Unrecht begehe, indem ſie ihren gehabten ſchwangern Leib dem Beklagten zuſchreiben wolle, und deßwegen von ihm verlange, daß er ſie heyrathen, oder ihr Abtrag thun ſolle, da ſie doch in ihrem Gewiſſen verſichert ſey, daß nicht Beklagter, ſondern unterſchiedliche andere Bauren-Knechte (welches im Fall der Noth theils aus ihrer eignen einsmals gethanen Bekandtniß, theils durch andere ehrliche Leute erwieſen werden könne) mit ihr der
4 Klägerin Unzucht getrieben haben womit er ſich aber aufzuhalten unnöthig erachte, ſondern Klägerin nur eines von vielen Monathen auf ihr damahlen mündlich gethane Klag, des Beklagten Antwort, geführten Beweiß und alles andere Vor- und Anbringen bereits ergangenen Beſcheids, durch welchen Klägerin, weil ſie nicht allein eines weit andern, als ſie fälſchlich vorgeben, überzeuget, ſondern auch dazu mit ihren nichtigen Gründen im geringſten nicht aufkommen könnte, ab- und zur Ruhe gewieſen, dem Beklagten aber beditten worden, daß er künfftig der Dürnen müßig gehen, und auſſerhalb ſeines Fleckens ſeinem Handwerck nachziehen ſollte. Wann nun hierdurch der Klägerin das
5 Kind ſo lang und biß ſie den rechten Vater anzeigen werde, ſelbſt wie billich, zuerkandt, er Beklagter aber als unſchuldig und auf den nicht das geringſte erwieſen, noch erweißlich, frey und los geſprochen worden; ſo thue er R. der Klägerin exceptionem rei judicatæ kräfftigſt opponiren. der gäntzlichen Hoffnung lebend, weil res judicata pro veritate gehalten werde, daß der muthwilligen Klägerin weiteres Suchen keine
6 Statt finden werde, deſſenthalben an den Hrn. Richter ſein dienſtrechtliches Bitten gereiche, ihn nicht allein bey dem vorhin ergangenen Beſcheid zu manuteniren, und der Klägerin weiterm Anbringen keine Statt zu geben, ſondern auch dieſelbe mit einer empfindlichen Straffe, damit dergleichen muthwillige Litiganten nach Fürſtl. Landrecht *p. 1. t. 9. §. Wofern dann &c.* pflegen angeſehen zu werden, zu belegen, mit Abtrag temere verurſachter Koſten und Schadens, Implorato Nob. Off. Judicis.

Darauf Klägerin repliciret, und Beklagten 7 in ihrer Replic das Juramentum judiciale ſive purgatorium deferirt, mit nochmahliger Bitte, ihn dahin anzuhalten, daß er den Eyd abſchwöre, daß er mit der Klägerin nichts in Unehren zu thun gehabt, noch mit ihro ſich fleiſchlich vermiſcht habe, oder in Entſtehung deſſen Klägerin pro defloratione & imprægnatione neben Alimentir- und Auferziehung des Kinds die benandte Summ Gelds cum refuſione expenſarum zu erſtatten ihn zu condemniren. Auf 8 welcheshin Beklagter dupliciret, drauf Klägerin tripliciret, welche ihre Triplic aber ab Actis verworffen, ſo Zweiffels ohne Weitläuffigkeit abzuſchneiden geſchehen, ſonſt ſelbige wohl zugelaſſen werden können, mithin die Sach ad conſulendum überſchickt worden.

Hierüber nun meine rechtliche Gedancken 9 kürtzlich und förderlichſt verlangter Maſſen zu eröffnen, ſo erhellet aus dem petito libelli conventionis, daß Klagende Eliſabetha Dietherin wider Beklagten Johannes Eyſelern forderiſt intentiret 1.) condictionem ex Novella Conſtitutione Würtembergica 1. §. 5. indem ſie gebeten zu erkennen, daß Beklagter ihro, falls er ſie nicht heyrathen wollte, Abtrag thun, und für das entzogene Ehren-Kräntzlein 200 fl. bezahlen, alſo ſie damit zu dotiren ſchuldig und verbunden ſeyn ſolle.

2. Actionem præjudicialem de partu agnoſcendo & alendo, indem ſie gebeten zu ſprechen, daß Beklagter das Kind, deſſen ſie von ihm geſchwängert worden, zu alimentiren, mithin es vor ſein Fleiſch und Blut zu erkennen, gehalten ſeyn ſolle.

3. Hat ſie auch gebeten, daß er condemnirt werden möge, ihr die Proceß und andere Unkoſten zu erſtatten, womit ſie ſonder Zweiffel auf die Kindbett-Koſten gezielet, und alſo utilem negotiorum geſtorum actionem mit beeden vorgedachten Remediis juris conjungirt, in- 10 maſſen dieſe drey Remedia in dergleichen Imprægnations-Fällen gemeiniglich uno eodemque libello alſo pflegen cumulirt und inſtituirt werden, uti de quotidiana praxi teſtatur

Bocerus *cl. 4. Diſſ. 2. th. 30. lit. D.*

& ſæpius ipſemet obſervavi, indeque de licentia & facultate eadem conjungendi & cumulandi non dubitandum, dahero mich dabey nicht länger aufhalten und mit weitläuffiger rechtlicher Ausführung ſolches beſteiffen will, 11 ſondern nur ſehen, ob die von Beklagten opponirte Exceptio rei judicatæ forderiſt gegründet ſey? dann wann ſolches wäre, würde Klägerin à limine judicii zu repelliren ſeyn. So viel ich aber ex Actis ſehen kan, ſo iſt in dieſer Sache noch nie keine gerichtliche Klag geführt, keine Judicial-Cognition gepflogen, noch jemahl darinn eine Urthel oder Sentenz publicirt, die in rem judicatam ergangen wäre, daß daher Beklagten Exceptio rei judicatæ zukäme, und er ſolche cum effectu ad elidendam actionem

opponiren könnte, sondern daß blos allein, wie die Sach kundt worden, daß Klägerin schwanger und mit einem Kind gienge, Klägerin von Herrn Vogt und Speciali vorgefordert und examinirt, als sie aber die Schwängerung gestanden, und Beklagten zum Vater des Kinds angegeben, Beklagter gleichfalls vorgefordert und vernommen worden, das Factum aber wie jetzo geläugnet. Wann also darauf einiger Bescheid von Herrn Vogt und Speciali gegeben worden, so wäre selbiger durchaus nicht vor eine Urthel zu halten, sondern blos als ein Oberamtlicher Bescheid anzusehen, dergleichen gar nicht in rem judicatam gehen, sondern man kan sich darwider jederzeit sine ullo metu exceptionis rei judicatæ des ordentlichen Rechtens erbieten, und ad judicium provociren, die Sach durch ordentlichen Weg Rechtens auszuführen,

teste Besoldo *in Thes. Pract. voc. Amtlicher Bescheid.*

12 Wann deme nach diese Exceptio ohn allen Nutzen und Frucht opponiret worden, so ist weiter zu sehen: Ob dann, weil Klägerin zu fundirung ihrer instituirten dreyen Remediorum und Actionum die vorgegebene Defloration und Imprægnation auf den Beklagten nec urgentioribus præsumptionibus erwiesen, ad hunc effectum, daß ihro das Juramentum in supplementum zuerkandt werden möge, weniger ihre Intention also probirt, daß Beklagter darauf schlechter Dingen absque prævio juramento ihro um etwas fällig erkannt werden könnte:

Cum ut viro vel juveni alicui proles tanquam sua alenda adjudicari queat, & ipse ad dotem ac puerperii aliasque expensas fœminæ solvendas condemnari possit, requiratur utique, ut vel confessus vel convictus fuerit, quod matrem talis prolis septimo, octavo, nono aut decimo mense ante nativitatem ejusdem carnaliter cognoverit

post Martin. Uranium *tom. 3. tit. de defloratione. Cons. 3. num. 7. Cons. item 4. 5. 6. & 12.* Besoldus *p. 3. Cons. 140. num. 2.*

Quod Reus hîc adeo non confessus est, ut hactenus etiam constanter se unquam rem cum Actrice habuisse negaverit, nec ulla ratione, quod actricem carnaliter cognoverit, stuprumque ei intulerit, convictus est.

13 Juramentum suppletorium autem tum demum alicui deferri posse constat, cum intentionem suam semiplene probavit, tum enim, quod probationi adhuc deest, illo supplendum,

l. 3. C. de reb. credit. Vinn. *1. select. quæst. c. 44.* Setser. *de juram. lib. 4. c. 12.* Mev. *p. 4. dec. 155. & p. 7. dec. 41. num. 2.* Carpzov. *p. 1. c. 23. d. 3.* B. D. Lauterbach. *tr. Synopt. de juram. §. 6. num. 92.*

Ob sage ich bey solcher der Sachen Beschaffenheit dem Beklagten das ihm von der Klägerin deferirte Juramentum judiciale aufzuladen, und er dasselbe würcklich abzuschwören und zu præstiren schuldig? da ich der beständigen rechtlichen Meynung bin, daß Beklagter in allwege das ihm deferirte Juramentum judiciale abzuschwören schuldig sey, wann er es nicht ihro, der Klägerin, zu referiren begehrt. 14

Denn obwohl Klägerin auf Beklagten nichts hauptsächliches dargethan und von ihrer Intention nicht das geringste erwiesen, dahero es ein Ansehen haben möchte, daß Beklagter deßwegen simpliciter zu absolviren von der wider ihn angestellte Klage, in Ansehen, 15

quod Actor & Reus non possint aut debeant ad imparia obligari, at Reus actore intentionem suam probante condemnetur, ita, ut ei non liceat actorem ad juramentum provocare.

c. 2. x. de probat.

Ergo ex contrario actore non probante reus pariter absolvendus esse videri posset, etsi nihil ipse præstet, ut est in 16

l. 4. C. de edend.

So halte ich doch, daß dessen und anderer Schein-Gründe, die noch in grosser Menge angeführet werden könnten, ungeachtet, das dem Beklagten deferirte Juramentum judiciale litis decisorium zu confirmiren, und er darzu anzuhalten, daß er es entweder præstire oder der Klägerin referire.

Permissum namque Jure publico est litigantibus, tam actoribus quam reis intentionis suæ fundamentum conscientiæ partis adversæ committere, eique Juramentum deferre, & is, cui defertur jurare, vel deferenti id referre tenetur; quod si jurare nolit, nec etiam deferenti delatum sibi juramentum referre, causa cadit, inquit JCtus 17

in l. 34. §. ait Prætor. 6. l. 38. ff. de Jurejur. l. 9. C. eod.

nec distinguitur, utrum deferens intentionem suam aliquo modo probarit, aut nihil præstiterit, & num qui juramentum hoc defert, conatus sit intentionem suam probare & in probatione defecerit, aut non sit, unde nec nostrum erit distinguere, aut casum legibus non exceptum excipere, sed cum legibus generaliter loquentibus generaliter loqui. 18

arg. l. 8. ff. de public. in rem act. j. d. l. 34. §. 6. l. 38. ff. l. 9. C. de Jurejur. l. 35. pr. ff. eod. ibi: omnibus probationibus aliis deficientibus. l. 25. §. pen. de probat. ubi ei, cui onus probationis incumbit, licentia conceditur adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre, absque ulla distinctione. l. pen. pr. C. de reb. credit. ibi: vel in principio litis. E. & quo tempore nihildum probatum est. l. ult. §. 10. C. de

jur-

jur. deliber. ibi : vel per ſacramentum illius, ſi aliæ probationes defeterint.

19 maxime cum eum in finem juramenti delatio inventa & approbata fuerit, ut probationum defectus hoc modo ſuppleatur.

c. 2. x. de probat. vid. omnino Vinnius *lib. 1. qu. ſel. c. 42.* Henr. Nebelkræ *dec. 12.* Ant. Teſſaur. *dec. 93.* B. D. Lauterbach. *§. 4. num. 79. qui rationibus in contrarium adduci ſolitis ex aſſe ſatisfaciunt adeoque ad eos remiſiſſe ſufficiat.*

20 Et in terminis, ut ajunt, terminantibus quod in materia defloration is & impræg nationis etiam locus ſit huic juramento tradunt

Mev. *ad Jus Lubec. p. 4. tit. 5. art. 1. num. 18.* Caſp. Ant. Teſſaur. *in addit. ad Deciſ. ſui Patris.* Ant. Teſſaur. *deciſ. 3. ita notanter ſcribens : Sed pone, quod virgo ſtuprata offert juramentum illi, à quo dicit ſe ſtupratam ſuper prægnantia ex ſuo ſemine, an teneatur jurare ſuper defloratione? & videtur tale juramentum rejiciendum quia concernit crimen, ex quo poſſet formari inquiſitio criminalis contra delatum vel de ſtupro vel de adulterio. Senatus autem pluries cenſuit eſſe jurandum vel referendum, cum declaratione tamen, quod juramentum præſtetur ſuper copula ſimpliciter, non ſuper ſtuprato & violentia & ſuper aliis factum aggravantibus. Et vidi multoties hoc modo fuiſſe proviſum indemnitati iſtarum mulierum, cum is cui oblatum erat juramentum nollet jurare, & fuerunt illi condemnati ad dotationem & recognitionem partus, quo remedio ceſſante fuiſſent omni auxilio deſtitutæ iſtæ pauperculæ.*

Gemina his tradit

Anton. Faber. *in Cod. Sabaud. lib. 9. tit. 7. d. 6. inter alia ita inquiens : Deficientibus aliis probationibus remedium id unum mulieri ſupereſt, ut jusjurandum Titio deferat, juratura ipſa ſi referre malit, quam jurare. Alterutrum enim facere Titius damnandus erit, niſi probet ab aliis eodem tempore cognitam. Quo caſu ſive quæſtus vulgo faciendi, ſive libidinis explendæ tantum cauſa Venerem illa exercuerit, non eſt arctandus vir, ut juret vel referat, quia nec ſi fateretur, quicquam tamen ea res mulieri prodeſſet, cum per rerum naturam neſciri poſſit, cui partum acceptum ferre debeat, quæ plurium congreſſum per eosdem dies aut menſes paſſa eſt.* add. Ant. Teſſaur. *d. dec. 3. num. 5.*

Und obwohl Beklagter die Klägerin ſuſpect zu machen vorgibt, daß ſie mit unterſchiedlichen Bauren-Kerls zu thun gehabt und Unzucht getrieben; So hat er doch ſolches nicht erwieſen, und wird ihm vielleicht ſchwehr fallen, daſſelbe darzuthun, getrauet er ihm aber mit Beweiſung deſſen aufzukommen, kan es ihm nicht abgeſtricket werden, und möchte er ſich, wann er erweiſen könnte, daß ſie ſich zu der Zeit mit andern fleiſchlich vermiſcht, daß das von ihr zur Welt gebohrne Kind davon entſpringen können, à neceſſitate præſtandi delatum ſibi juramentum judiciale, aut illud deferenti referendi liberiren, communiter enim receptum eſt, quod ſi quis aliter intentionem ſuam probare velit, teſtibus nempe vel inſtrumentis, haud cogatur juramentum ſibi delatum præſtare vel referre, 21 22

arg. c. 2. x. de probat. l. 30. ff. de jurejur.

quia non turpiter facere videri poteſt, ſed modeſte potius, qui religione magis quam conſcientia motus tam facile jurare nolit. 23

l. 8. ff. de condit. inſtit. l. 21. C. de fide inſtrument. Frantzk. *de jurejur. n. 119.* Hartm. Hartmanni *tit. 25. Obſ. 2. ubi ait nec ſtatutum nec conſuetudinem valere, quibus caveatur cogi poſſe eum, cui delatum eſt juramentum, jurare ſi probationes ſufficientes habuerit in promptu.* B. D. Lauterbach. *tr. Synopt. de jurament. §. 5. num. 85. n. 6.*

Sonſten aber wird er ſolches in allwege abzuſchwören, oder ihr der Klägerin zu referiren haben, daß ſie ſchwöre, daß ſie mit ihm, und ſonſt mit keinem andern, dergleichen etwas zu thun gehabt, daß davon das Kind entſpringen können.

Derentwegen forderiſt vor dem mündlichen Beſchluß durch nachſtehende Interlocut. das Reo ab actrice deferirte Juramentum judiciale litis deciſorium ihme aufzuerlegen, vor würcklicher Abſchwörung deſſen aber ihme ernſtlich und beweglich zuzureden und das Gewiſſen zu ſchärffen, die zeitliche und ewige Straffe des Meineyds nach Genüge zu erklären, und er wohl zu verwarnen, ihm ſolche durch falſch ſchwörenden Eyd nicht über den Halß zu ziehen. 24

Nam prompti ſæpius ſunt amatores poſtquam explendæ libidinis copiam habuerunt, ut inde gravis admonitio de vitando perjurio neceſſaria ſit, inquit

Dn. Stryck. *in addit.* ad Brunnemanni *Jus Eccleſiaſticum lib. 2. t. 18. n. 28. in fin.*

Interlocutoria.

In Sachen Rechtens ſich haltend zwiſchen Eliſabetha Dietherin, von Will- 25

mandingen, mit Beystand ihres Pflegers, Georg Rantzen, Klägerin eines, entgegen und wider Johannes Eyselern daselbst Beklagten andern Theils ist hiemit der Bescheid, wird Beklagter darstehen, seine Hand-Treu geben, und darauf ihm deferirter Massen einen leiblichen Eyd zu GOtt dem Allmächtigen schwören, daß er sich mit der Klägerin nie fleischlich vermischt, daß daraus das von ihr gebohrne strittige Kind entspringen mögen, soll solches gehört werden, er thue nun dieses oder nicht, soll nichts desto weniger ergehen und beschehen, was recht ist.

26 Leget nun Beklagter sothanen Eyd unerschrocken ab, und behärtet damit, daß er mit der Klägerin nie in Unehren zu schaffen gehabt, daß daraus das strittige Kind entspringen mögen, noch er desselben Vater sey, so ist alsdann, nach beschehenem mündlichen Beschluß, folgende Definitiva zu publiciren.

Definitiva.

In vorgemeldter Sachen zwischen ernannten Partheyen ist auf Klage, Antwort, abgelegten Eyd und all ander gerichtliches Fürbringen, nach gethanem Recht-Satz, genommenen Bedacht und gehabten Rath, mit Urthel zu recht erkandt, daß Beklagter von der wider ihn erhobenen und angestellten Klag zu absolviren, inmassen wir ihn deñ davon hiemit absolviren und entbinden, die beyderseits aufgeloffene Gerichts-Kosten aber aus Bewegniß gegen einander compensiren und vergleichen.

Wegerte er sich aber desselben, und wollte es doch auch der Beklagtin nicht referiren, noch sonst rechtlich erweisen, daß sie sich zu der Zeit mit andern fleischlich vermischt, davon das von ihr zur Welt gebohrne Kind entsprungen, würde nachgesetzte Condemnatoria den Partheyen zu eröffnen seyn.

Urtheil.

In vorerwehnter Sache zwischen ermeldten Partheyen ist auf Klag und Antwort, deferirt- und verweigerten Eyd, auch all ander gerichtliches Fürbringen nach gethanem Recht-Satz, genommenen Bedacht, und gehabten Rath mit Urthel zurecht ferner erkandt, daß Beklagter das von der Klägerin gebohrne Kind als sein eigen Fleisch und Blut zu erkennen und biß es sich selbst wird ernehren können zu unterhalten, auch der Klägerin für die geklagte Verfallung 25 fl. zu bezahlen, wie nicht weniger die aufgegangene Kind-Bett, seitherigen des Kinds Unterhalts und Gerichts-Kosten auf der Klägerin unterschiedliches Darthun, sein des Beklagten Zu- und Einrede nach richterlicher Mäßigung zu erstatten schuldig und verbunden seyn solle.

Welche Urtheilen ich salvo melius sentientium judicio nach Unterschied der Sachen, item der Fälle, und Ablegung oder Verweigerung des per Interlocutoriam bestättigten Juraments den Rechten und der Billichkeit gemäß zu seyn erachte, und dieses meinen Hoch- und Vielgeehrten Herren zu verlangter rechtl. Nachricht dienstlich anfügen, mithin nechst göttlichen Schirms-Empfehlung verbleiben wollen

Meiner Hoch- und Vielgeehrten Herren

Dienstbereitwilligster

Gabr. Schweder, D.

Tübingen den 28 Nov. 1697.

CONSILIUM LXVII.

DE

Succesſione in bona liberæ diſpoſitioni reſervata, in pacto dotali, ſi deinceps nulla diſpoſitio facta ſit.

SUMMARIA.

Præmittitur factum. num. 1.
2. Proponitur quæſtio decidenda.
3. In ſucceſſione conjugum ante omnia ad pacta dotalia reſpiciendum eſt.
4. Decedens ſine teſtamento videtur vocaſſe ſucceſſuros ab inteſtato.
5. Nihil diſponens cenſetur diſpoſuiſſe, quod lex diſponit.
6. Jure civili proximi cognati præcedunt conjuges in ſucceſſione.
7. Lex defert hæreditatem ad proximos cognatos, ex præſumta defuncti voluntate.
8. Ultima voluntas ratione voluntatis aut ſolennitatis imperfecta nullius momenti eſt.
9. Delirantium ex morbo nulla voluntas eſt.
10. 26. 32. & 42. Ord. Brand. Onold. conjugi ſuperſtiti omnia ſine liberis defuncti bona addicit, etiam excluſis fratribus, ſi modo pactis dotalibus de ſucceſſione nihil cautum fuerit.

11. Quæ

11. *Quæ maritus in favorem ſuorum conſanguineorum pactus eſt, eadem & uxor intuitu ſuorum cognatorum tacite diſpoſuiſſe videtur.*
12. 13. *Firmantur hactenus dicta calculo Carpzovii & præjudicio Scabinorum Lipſienſium.*
14. *Itemque tx. L. 25. C. de jur. dot.*
15. *Et communi fere Dd. ſententia.*
16. *Deciditur pro marito.*
17. *Bona ejusmodi reſervata cedunt heredi teſtamentario, ſi teſtamentum fecerit defunctus.*
18. *Nemo paganorum pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedere poteſt.*
19. *Eaque propter introductum eſt jus acreſcendi: idque à teſtatoris arbitrio haud pendet.*
20. *Succeſſio teſtamentaria tacita fruſtra fingitur à Gothofredo.*
21. *Si quis ab inteſtato deceſſit, relictis ſaltem legatis, aut pactis dotalibus, bona reſervata cedunt heredibus legitimis quibuscunque.*
22. *Conjuges, quamvis una caro, conſanguinei non ſunt.*
23. *Prætor tamen eos ad ſucceſſionem vocat.*
24. *Et Imp. Juſtinianus, certis in caſibus.*
25. *Pluribus in locis hodie cum liberis concurrunt indiſtincte.*
27. 29. 31. & 40. *Declaratio defuncti, ſe inteſtatum mori voluiſſe, per duos teſtes ſatis probatur.*
28. *Omnis ultima voluntas minus ſolennis quinque teſtium præſentiam requirit.*
30. *Oſtenditur nudam declarationem voluntatis hic ſubeſſe.*
33. *Niſi jus ſuccedendi ab inteſtato expreſſe ademtum fuerit per pacta dotalia, defunctus tamen vocaſſe præſumitur heredes legitimos.*
34. *Quilibet creditur ſe conformaſſe juri communi ejus loci, in quo degit.*
35. *Jure Provinciali deficiente demum recurritur ad jus commune.*
36. *Pie facit, de defuncto bene meritis, & ab eodem peculiariter dilectis, relinquens etiam ſtricto jure non debita.*
37. *Subjiciuntur varia præjudicia deciſionem hanc confirmantia.*
38. *Reſpondetur ad contraria, ac primo quidem, ſucceſſionem non ex pacto dotali, ſed lege fieri.*
39. *Jura provincialia derogant juri communi.*
41. *Præſumtio delirii, ex genere morbi deſumta, teſtium contradictione tollitur.*
42. *A caſu expreſſo ad non expreſſum male arguitur: quin potius hic juris communis diſpoſitioni relictus intelligitur.*
43. & 45. *Refutatur Carpzovius una cum adducto præjudicio.*
44. *Renuntiationes ultra expreſſa non extendendæ.*
46. *Reſpondetur ad l. 25. C. de jur. dot.*
47. *Et autoritates Dd.*

1 AUs denen uns Decano und andern Doctoribus der Juriſten Facultät bey gemeiner Hochfürſtl. Würt. Univ. Tübingen ohnlängſt zugefertigten, hiebey wieder zuruckkommenden, zwiſchen Andreas Humbſern, Wirthen zu Cadoltzburg, & Conſortes, Hannß Humbſern, Bierbrauern zu Weinzurl, und Georg Humbſern, Wirthen zu Bonhoff, Klägern eines, entgegen und wider Michael Nickeln, Wirthen und Bierbrauern zu Neuhoff, Beklagten andern Theils ausgeübten Actis von Num. 1. biß 30 incluſ. haben wir, nach fleißiger deren Verleſung, mit mehrerm erſehen, was auf Abſterben ermeldten Michael Nickels, Eheweibs, der Beklagten Schweſter, von beſagten ihren Brüdern wider ihne Nickeln, wegen der in denen hievor den 17 Apr. 1692. aufgerichten Ehe-Pactis von der verſtorbenen Ehe-Frauen zu ihrer freyen Diſpoſition in ſo lang, biß ein lebendiger Erbe mit dem Mann erzeuget und zur Heil. Tauff gebracht worden, vorbehaltener 200 fl. ſo nach gäntzlich gefallen ſeyn ſollen, vor eine Klag erhoben, weil ihre Schweſter itzo ohne erzeugte Kinder und hinterlaſſene formlich aufgerichtete Diſpoſition von ſolchen ihr reſervirten 200 fl. Fränckiſcher Währung in Ao. 1696. geſtorben, und was beederſeits ſchrifftlich gegen einander ad definitivam usque gehandelt, und darauf von Hochf. Cantzley vor eine Sentenz ſub N. 25. abgefaßt und ertheilet worden. Dann welcher Geſtalten die Klägere, weil ſie ſich dadurch gravirt zu ſeyn vermeint ductu Receſſus Imp. Noviſſimi de Ao. 1654. §. 113. transmiſſionem Actorum auf eine unpartheyiſche Juriſten Facultät in Unterthänigkeit geſuchet und gebeten, darinn ihnen gnädigſt willfahrt worden. Als nun von uns großg. verlangt wor- 2
den, darüber unſer rechtl. Gutachten cum rationibus dubitandi & decidendi zu erſtatten, haben wir nicht ermangelt in verſammleten Collegio davon nach Nothdurfft zu deliberiren, und weil die gantze Sach darauf beruhet:

Ob, nachdem ſich Michael Nickels Ehe-Frau in den mit ihrem Mann aufgerichteten Ehe-Pactis 200 fl. expreſſe zu einer freyen Diſpoſition ſo lange biß ein lebendiger Erbe mit ermeldten ihrem Ehe-Mann erzeugt, und zur heiligen Tauff gebracht worden, ſo nach gäntzlich gefallen ſeyn ſollte, vorbehalten, ſonſt aber ihrem Ehemann all ihr habendes Vermögen, nichts ausgenommen, als was die bedungene 200 fl. anbelangt, zugeheyratet, von den reſervirten 200 fl. hernach nicht formlich diſponirt, ſondern ohn zu recht gültige Diſpoſition und ohn einigen erzeugten Erben verſtorben, ſolche vorbehaltene 200 fl. auf ihre Geſchwiſtrigte

als nächste Bluts-Verwandten vi Juris communis ab intestato Successores, kommen, oder ob sie auf ihren Mann mit und neben dem andern Vermögen fallen?

Haben wir nach sorgfältiger Erwegung aller Umstände einmüthig dafür gehalten, daß solche zu freyer Disposition vorbehaltene 200 fl. mit all andern der Frauen Krafft der Pactorum dotalium ihrem Ehemann zugeheyrathetem Vermögen demselben zugehören, und nicht auf ihre Brüder und Geschwistrige als nächste Bluts-Verwandten ab intestato kommen, wohlfolglich die abgefaßte Urtheil sub Num. 25. den Rechten durchaus gemäß, und denen Partheyen ohn einiges Bedencken zu publiciren.

3 Denn ob es wohl das Ansehen haben möchte, ob wäre der Verstorbenē Brüder ihre Intention bestens gegründet, und sie befugt, solche von weyland ihrer Schwester in Pactis dotalibus ihro zu einer freyen Disposition vorbehaltene 200 fl. weil sie keine zu recht gültige Disposition darüber aufgerichtet und hinterlassen, als auf sie tanquam proximos cognatos ab intestato devolvirt mit Recht anzusprechen: Dieweilen 1.) die Pacta dot. sub Num. 3. klar besagen, daß auf den Fall die Frau vor dem Ehemann mit Tod abgehen und versterben sollte ohn erzeugte Kinder, all ihr habendes Vermögen auf den Mann kommen solle, nichts ausgenommen, ausser 200 fl. so sie ihr zu einer freyen Disposition bevor behalten und ausbedungen.

Cum ergo Pacta hæc dent normam, quæ bona in casu prædefunctæ uxoris sine liberis ad maritum pervenire debeant, & quæ non, ac clare definiant, in prædicto casu ad maritum omnia uxoris relicta bona pertinere debere, exceptis 200 fl. liberæ suæ dispositioni reservatis; In conjugum vero successione primo omnium ad Pacta dotalia respiciendum, & quod his cautum præcise observandum, monentibus

Struvio *Ex. 38. th. 39.* Hahn. ad Wes. *tit. de Pactis dotal. n. 2. & 3.* Richt. *de succes. ab intest. sect. 4. n. 2.* Carpz. *p. 3. c. 20. d. 1. & lib. 6. R. 53. n. 15.* Berl. *p. 3. cl. 27. n. 1.* Mev. *ad J. Lub. lib. 2. tit. 2. art. 12. n. 364. seq.* Gail. *2. O. 124. n. 1.*

4 Utique maritus, vigore horum pactorum dotalium, sibi omnia uxoris sine liberis prædefunctæ, bona jure vindicare posse, videtur, exceptis 200 fl. illis liberæ suæ dispositioni reservatis, hæc enim quia excepta, nullo jure ea prætendere posse videtur, & licet uxor de illis per testamentum vel aliam ultimæ voluntatis speciem nihil expres. disposuerit, nihilominus tamen decedens sine testamento videtur de illis disposuisse in proximos cognatos, qui ab intest. erant successuri, quia in venientes ab intest. ex tacita defunctæ voluntate transeunt, perinde ac si de iis testata esset, ex voluntate expressa transiissent, in eos, quos iisdem honorasset, & inde disposuisse quoque dicitur decedendo sine testamento, qui pacto disponendi licentiam sibi reservavit, cum intestatus decedens relinquat bona successuris ab intestato eo quod non adimit, ex quo paria sunt, relinquere alicui & non adimere, cum hoc facere posset,

l. 3. l. 8. pr. ff. de Codicill. l. 88. §. 16. ff. de legat. 2. vid. Joh. Petr. Surd. *dec. 272. n. 9. ubi hoc pluribus argumentis probat, quod disposuisse omnino dicatur etiam qui intestatus decessit.* add. Pinell. *ad l. 1. part. 1. n. 73. C. de bon. matern.*

Nam qui non testatur videtur de successione 5
sua id ordinare quod lex ipsa disponit. Facit quod

Baldus *ad l. si ita quis. §. ea. ff. de V. O.* notat, nempe sub potestate ad libitum disponendi comprehendi etiam successionem ab intestato, quod tanto magis hic dicendum videtur, ubi paciscentes de hoc casu etiam sensisse ex illa circumstantia & clausula appareret, si sine liberis decederent.

vid. Surdus *d. dec. 272. n. 14.* Curt. Jun. *1. Cons. 4. n. 5.*

2. Haben der Verstorbenen Brüder die ge- 6
meine beschriebene Kayserl. Rechte vor sich, denen nach im Fall jemand ohne letzten Willens Verordnung verstirbt und mit Tod abgehet, desselben proximiores cognati dem hinterbliebenen Ehegatten in der Erbfolge indubitato vorgehen, und præferiret werden. Weil nun hierfalls die verstorbene Nickelin so viel die ihro zu freyer Disposition reservirte 200 fl. betrifft, auch ohn einige zu recht beständige letzten Willens Verordnung abgestorben, als scheinen in solchen zur freyen Disposition vorbehaltenen 200 fl. wegen darüber unterlassenen Dispositon, den Kayserl. beschriebenen Rechten nach, ihre Brüder als nechste Anverwandten den Vorzug vor dem hinterbliebenen Ehemann in der Erbfolge zu haben, und scheinet der hinterlassene Wittwer so weniger daran mit Recht was prætendiren zu können, als dasjenige, worinn er succediren solle, in pactis dotalibus expresse determinirt worden, nemlich im gantzen übrigen Vermögen ausser diesen 200 fl. so sie ihr zur freyen Disposition vorbehalten, und weil sie expresse nichts darüber disponirt, nicht wohl anders præsumiret werden kan, als daß sie solche ihren Geschwistrigten, als nechsten Bluts-Verwandten vor andern gegönnet, ex qua præsumpta voluntate defunctæ etiam lex proximos cognatos ad successionem ab intestato vocat in bonis, super quib. nihil expres. dispositum.

Nam cum quis nullam voluntatis suæ edi- 7
dit testationem, præsumitur bona sua voluisse pervenire ad eos, qui ipsi chariſſimi fuerunt, sc. qui eum gradu cognationis proxime attingunt, & hinc lex ex ordinata & præsumpta defuncti voluntate iisdem successionem intestati defert.

Grot. *2. de J. B. & P. 7. n. 7. 10.* ibi Bœcler. Vitriar. *Inst. Jur. nat. & Gent. lib. 2. c. 7. qu. 6. seqq.*

Und

8 Und obwohl 3.) der hinterbliebene Ehemann vermeynt fundatam intentionem zu haben, die 200 fl. neben dem andern Vermögen an ſich zu ziehen, theils aus ſeiner verſtorbenen Ehefrauen letzten Willens Erklärung, davon zeugen ihre leibliche Schweſter *Num. Act.* [7] *ad Int. 5. num. 3.* und Hannß Bauereiſen, Ammts-Unterthan und Gottes-Haus-Pfleger zu Neuhoff, *Num. Act.* [10] theils aus der Hochfürſtl. Brandenburgiſchen Amts-Ordnung *tit. 12. §. 1.* wie auch deren Declaration de anno 1690. daraus vor eine beſtändige Gewohnheit angezogen werden will, daß nemlich in Fällen, wann zwo ledige Perſonen zuſammen heyrathen und hernach eins vor dem andern ohne Erben in auf- oder abſteigender Linie mit Tod abgehet, alsdann ein Ehegenoß das andere erben ſolle; So wenden doch nicht unſcheinlich der verſtorbenen Brüder hierwider ein, daß die ausdrücklich gethane letzte Willens-Erklärung der verſtorbenen Frauen, worinn ſich maritus fundire, weder ratione ſolennitatum noch ratione voluntatis eine vollkommene und zu Recht beſtändige oder gültige Verordnung, ſondern tam ratione voluntatis, quàm requiſitarum ſolennitatum, numeri teſtium, horumque ſpecialis rogationis ein imperfectes Werck ſey, deßwegen in keine
9 conſideration gezogen werden könne; Zumahl da die Defuncta an der hitzigen Kopff-Kranckheit laborirt, unlaugbar im Kopff verwirret, und bey Ermanglung vollkommenen Verſtandes zu diſponiren nicht fähig geweſen, dazu die vorgegebene Erklärung noch nicht wie ſich zu recht gebiehrt erwieſen, derenthalben
10 ſolche durchaus nicht zu attendiren. Die Fürſtl. Brandenburgiſche Amts-Ordnung und deren Declaration aber rede dem klaren Buchſtaben nach von dem Fall, wo zwey NB. ohne ſonderbare Geding zuſammen heyrathen: hier aber ſey notorie & ex confeſſo ein ſonderbar ordentlich und gerichtlich Geding oder Eheberedung, wie producirt, aufgerichtet, darinn der zeitlichen Güter halben pactirt und in ſpecie die quæſtionirte 200 fl. ausgenommen, dem Mann ſonſt alles, nur allein dieſe 200 fl. nicht, zugeheyrathet, ſondern liberæ diſpoſitioni defunctæ uxoris reſervirt worden, weßwegen mehrangeregte Amts-Ordnung hieher im geringſten nicht quadrire, ſondern die Sache hier bloß aus den aufgerichteten Pactis dotalibus erörtert und decidirt werden müſſe.

11 Daß aber die Verſtorbene 4.) berührte in den Pactis dotalibus reſervirte 200 fl. nicht ihrem Ehemann, ſondern ihren Brüdern und Geſchwiſtrigten ob ſanguinis conjunctionem zuzuwenden beſtändig gemeynt geweſen, erbricht ſich dem Anſehen nach, über all obiges, ferner daraus, daß in den Pactis Dotalibus klar verſehen in §. Da aber viertens ꝛc. daß im Fall der Ehemann Michel Nickel vor der Frauen verſterben, und kein lebendiger Erbe von ihm vorhanden ſeyn ſollte, die zwey Aecker, ſo er ihm auf gleiche Weys wie die Frau die 200 fl. vorbehalten, und ſeine eingebrachte Kleider auf ſeine Geſchwiſtrigte man fallen zu laſſen ſchuldig ſeyn ſolle, dann dahero wohl zu ſchlieſſen, daß nicht weniger die Frau die ihr reſervirte 200 fl. gleicher Geſtalt im Fall ihres Vorabſterbens ohne erzeugte Kinder oder Erben, auf ihre Geſchwiſtrigte kommen zu laſſen intendirt habe, und damit dieſe ihre intention ihren Effect erlangen möchte einige diſpoſition darüber zu machen und zu verfügen unterlaſſen, wohl wiſſend, daß, non facta expreſſa diſpoſitione, ex tacita ipſius mente & voluntate die ſucceſſio ab inteſtato à Lege proximis cognatis deferirt werde, in iis, de quibus ſpecialiter nihil diſpoſuit.

Und daß 5.) der Verſtorbenen Nickelin ihrer leibl. Brüder intention wegen der von ihrer Schweſter in den Pactis dotalibus von ihrem geſammten dem Ehemann angeheyratheten Vermögen ihro zu freyer diſpoſition reſervirter und vorbehaltener 200 fl. wider den hinterbliebenen Wittwer in Rechten wohl gegründet, und ſie ſolche mit Fug und Recht vor dem Ehemann prætendiren, ſtabiliret in ſimilibus plane terminis, in quibus hîc verſamur, 12

Carpzovius *p. 3. c. 2. d. 4.*

tradens, quod ſi in Pactis dotalibus de bonis omnibus in caſum mortis marito delatis uxor quædam bona mobilia exceperit, eaque diſpoſitioni ſuæ reſervaverit, nec tamen de iis poſtea teſtamentum fecerit, aliove modo diſpoſuerit, bona iſta mobilia excepta & uxoris diſpoſitioni reſervata non marito, utut mobilium heredi in foro Saxonico, cedant, ſed ad uxoris conſanguineos & proximos heredes pertineant, eo, quod extantibus pactis dotalibus non ſit locus ſucceſſioni inter Conjuges ex ſtatuto, nec tunc attendendum quid de Jure Saxonico ex bonis uxoris marito debeatur, ſed pactis ſimpliciter ſtandum, quia proviſio hominis facit ceſſare proviſionem legis

l. 2. C. de except. rei jud.

Sive ergo uxor ſibi in Pactis dotalibus expreſſe quædam reſervaverit, ſive non, ultra id, quod marito in iisdem addictum fuerit, nihil ad eum porro pertinere definit, quoniam Pacta dotalia præciſe ſunt obſervanda & qui ſemel acceptavit ea, quæ ſibi in ipſis aſſignata fuerunt, iisdem contentus eſſe tenetur, nec relictis Pactis dotalibus ad portionem Statutariam redire poteſt

Carpzov. *d. p. 3. c. 2. d. 4. j. p. 3. c. 20. d. 1. num. 6. c. 23. d. 1. num. 4.* Mev. *ad J. L. lib. 2. tit. 2. art. 12. num. 376. ſeq.* Schultes ad Mod. Piſtor. *p. 1. q. 48. num. 77.* Berlich. *p. 3. c. 27. num. 29. ſeqq.*

Es confirmirt ſolches auch das à Scabinis Lipſienſibus m. Dec. 1600. in cauſa Hannß von Camitz, auf Schladitz, und Nickel von Seydewey auf Steinbach gegebene Reſponſum & præjudicium alſo lautend: Hat Henrichen von Schleinitz auf Porlen Eheweib Fr. Martha, Eure Muhm und Bluts-Freundin 13

jetzo gedachtem ihrem Ehemann, in der zwiſchen ihnen vor gehaltenem Beylager aufgerichteten Eheſtifftung 10000 fl. von ihrem gantzen Vermögen auf ihren Todfall zugeſagt und verſchrieben, das übrige aber alles ihres Gefallens zu kehren und zu wenden ihr ausdrücklichen vorbehalten, welches der von Schleinitz zu Danck acceptiret und angenommen. Iſt nun oberwehnte Schleinitzin ohne Leibes-Erben und fernere Verordnung geſtorben ꝛc. ſo hat ſie dasjenige, ſo ſie über vorbenannte 10000 fl. nach ſich gelaſſen, auf jetzo erwehnte eure Eheweiber, als ihre nächſte Bluts-Freunde gebracht und verfället, und ihr überlebender Ehemann hat daran ferner keine Forderung, ſondern iſt ſich an den ausgemachten 10000 fl. begnügen zu laſſen ſchuldig:

14 So ſcheinet 6.) dieſer Caſus bey nahe in terminis alſo dedicirt zu ſeyn

in l. 25. C. de Jur. dot. ubi mulier dote allata reſervavit ſibi interpoſita ſtipulatione, ut eidem de illa teſtari liceat. Inteſtata autem ea vita defuncta quæſitum: an commiſſa ſit ſtipulatio h. e. an marito dos ſit relinquenda ceu conditione deficiente, an verò idem eam uxoris heredibus legitimis reddere teneatur? Reſpondent Impp. ſtipulationem committi proficere heredibus uxoris ab inteſtato venientibus.

15 Daher 7.) die Doctores insgemein ſolch reſervatum in mortis cauſa donatione aut pactis dotalibus factum den heredibus legitimis ab inteſtato ſucceſſuris deferiren und addiciren, ita ut hæc ſententia ferè communi Doctorum calculo ſit approbata, prout videre eſt

ap. Hahn ad Weſenbec. *ff. unde vir & ux. num. 3. ferè circa fin. ubi ita reſponderunt JCti Helmſtadienſes.* Anton. Teſſaur. *dec. Pedem. 97. ubi teſtatur ita judicatum fuiſſe à Senatu Pedemontano.* Struv. *Ex. 40. th. 30.* Vinc. de Franchis *dec. Neap. 45. & 600. ibique* Ricc. in addit. Surd. *dec. 272. & ibi* Joh. Bapt. Hodierna *in addit. ubi plures ita ſentientes allegat.* Joh. Otto Tabor *in Reſp. ult. tractatui de Pactis dotal. ſubjecto.* Carpzov. *p. 3. c. 2. d. 4.* Kohl *de Pact. dotal. part. prior. num. 46. 47. ubi ipſe cum Teſſauro dicit hanc opinionem procedere, quando quis ſibi reſervavit certam quantitatem vel certas res de quibus libere diſponere poſſit, non autem procedere, quando ſibi ſimpliciter facultatem diſponendi de tanta quantitate aut de certis rebus reſervavit, quam tamen diſtinctionem reliqui rejiciunt.*

16 Obwohl aber bißher angefübete Rationes einen zimlichen Schein haben; So können wir doch deſſen allen ungeachtet nicht anders erachten, denn daß recht und wohl ſententionirt ſey, daß dißfalls die Erbſchafft und darunter die quæſtionirte 200. fl. Franckiſcher Währung dem Beklagten Nickel als der Verſtorbenen Ehemann verbleiben, und die Klägere oder der Verſtorbenen Brüdere mit ihrem Suchen ſothaner von der Schweſter reſervirter 200 fl. abgewieſen ſeyn ſollen.

17 Denn vors erſte iſt eine richtige und bey uns ausgemachte Sach, daß wann in genere geſetzt und gefragt wird: Wann einer de bonis ſuis per ultimam voluntatem diſponirt hat, ihm aber eine gewiße Summ oder gewiße Erbſtück vorbehalten, davon nach freyem Willen diſponiren zu können oder ihm die Freyheit reſervirt von einer gewißen Quantität oder von gewißen ausgedungenen bonis noch zu diſponiren, ohne darüber ausdrücklich gemachte diſpoſition aber verſtorben, weme alsdann ſolch Reſervatum gehöre oder zufalle? Vor allen Dingen darauf zu ſehen ob einer ein ſolennes Teſtamentum gemacht und aufgerichtet, und darinnen ihm ein gewißes Quantum oder gewiße Stück reſervirt, darüber künfftig frey diſponiren zu haben, oder ob er nur eine Schenckung von Todeswegen gethan, oder ein Fideicommiſs ab inteſtato geſtifft, oder Pacta Dotalia Succeſſoria aufgerichtet, und in ſelbigen was zu ſeiner freyen Diſpoſition vorbehalten. Im erſten Fall iſt es bey uns auſſer allem Zweifel, daß ſolches Reſervat den in Teſtamento inſtituirten Erben zugehörig ſey.

18 Nemini enim, præter milites, conceſſum eſſe conſtat Jure Publico, pro parte teſtatum, pro parte inteſtatum decedere

l. 6. ff. de Reg. Jur. ubi Interppr. imprim. Jac. Sturc. *num. 7. num. 15. ſeqq. ubi hanc juris regulam aliquot rationibus firmat & à contrariis liberat.* Guttierez. *in l. un. C. qu. non pet. part. n. 4. ſeqq.*

19 eumque in finem, & ne ex hoc defectu teſtamenta plurima in irritum caderent, introductum & receptum eſt Jus accreſcendi, ut ſi forte eveniat, quem ex heredibus inſtitutis vel nolle vel non poſſe hereditatem pro ſua parte capere, illa pars coheredibus accreſcat, ne, ſi conſanguineis cedat, videatur defunctus contra publicum teſtamenti jus pro parte inteſtatus deceſſiſſe, quod paganis omnino prohibitum. Hoc itaque accreſcendi Jus ſuſtinendis teſtamentis introductum privatorum teſtatorum arbitrio non ſubjacet, nec teſtatoribus integrum eſt, illud prohibere, ne in ſuis teſtamentis locum habeat, ſed potius illa prohibitione non attentâ, excluſis heredibus ab inteſtato, accreſcet pars deficiens teſtamentariis.

arg. l. 55. de legat. 1. l. 4. ff. qui teſtam. fac. poſſ. j. d. l. 7. de R. I. l. 41. in fin. ff. de vulg. & pup. ſubſtit. Vinn. *ad §. 5. Inſt. de hered. inſtit. num. 5.* Cævallos *ſpec. commun. opin. contra commun. q. 707.* Did. Yban. de Faria *in addit. ad* Gomez.

Gomez. *1. var. reſol. c. 10. num. 11. ibique allegati.*

Idem ergo judicium formandum de Reſervato illo in teſtamento facto, de quo teſtator poſtea ante mortem ſuam nihil diſpoſuit, nam & illud teſtamentariis heredibus cedere ex eodem accreſcendi jure & legitimos exinde arceri, ne pro parte inteſtatus ſit, rectiſſime ex analogia juris concludimus. Exiſtimat quidem Gothofredus legitimos heredes ad partem vacantem ex tacita & præſumpta teſtatoris diſpoſitione non jam ab inteſtato, ſed potius ex teſtamento ſuccedere :

ad d. l. 7. lit. x.

Verum talis tacita teſtamentaria ſucceſſio juri noſtro haud congruit & ubi nullum eſt teſtamentum, jure inteſtati ſemper ſucce ditur. Teſtamentum vero, quod factum eſt, ad illos pertinere non poteſt, de quibus in eo nihil ſcriptum vel cogitatum, quique neque inſtituti, neque excluſi ſunt, cum & in omni alio negotio res inter alios acta nihil ad tertium, & tantum quisque voluiſſe præſumatur quantum vel ſcripſit vel dixit. Quin ſi tacitam hanc inſtitutionem, ubi expreſſum teſtamentum adeſt, facile admitteremus, innumeris periculis teſtamentariæ diſpoſitiones & defunctorum voluntates exponerentur. Manet igitur à teſtatore ſibi in teſtamento pro libera diſpoſitione reſervatum, diſpoſitione ſpeciali poſtmodum de eo nulla facta, cedere heredibus in teſtamento condito ſcriptis jure accreſcendi. Neque eſt quod quis dicat: Hujus reſervati & vacantis partis intuitu ac contemplatione nullum adeſſe teſtamentum: Bona autem de quibus teſtamentum nullum factum eſt, Jure naturali, divino & civili pertinere ad heredes legitimos. Verum enim hoc eſt, quando lex nullum impedimentum ponit. Cum vero illud hic expreſſe adſit, prohibitio nempe, ne hereditas partim ex teſtamento, partim ab inteſtato deferatur, ideo jura illa ceſſant. Verum eſt ſi plane teſtator nullum feciſſet teſtamentum, bona ad heredes legitimos perventura fuiſſe. Nunc quoniam de bonis quibusdam diſpoſuit, de aliis diſponere omiſit, aut quod in idem recidit, jus accreſcendi prohibuit, ne hoc modo contra formulam teſtamentorum ordinationibus à jure publico præſcriptam impingat, lex voluit pro parte teſtatum ex omni parte teſtatum decedere & portiones teſtamentarias accreſcere heredibus ſcriptis, licet teſtator accretionem prohibuiſſet. Non enim ordo publicus ſibi illudi & ad privatorum hominum voluntatem ſe circumagi patitur.

Carpzov. *p. 3. c. 2. d. 5.* Henr. Henning. *in not. ad Grot. 2. de J. B. & P. c. 12. num. 26.*

21 Im letztern Fall, wann nemlich in donationibus mortis cauſa, Pactis dotalibus ſucceſſoriis, & fideicommiſſis ab inteſtato von einem all das Seinige jemanden zugewendet, und nur zur freyen diſpoſition was gewiſſes reſervirt und vorbehalten worden, cedirt ſoleches, non facta deinde de eo expreſſa diſpoſitione, den heredibus legitimis ab inteſtato ſucceſſuris, ratio eſt in promptu, quod hoc caſu regula ante dicta ceſſet, quoniam jam non eſt periculum, ut quis pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus decedat, quando nullum teſtamentum factum eſt, licet alia ultimæ voluntatis ſpecies condita adſit, nam inter cæteras ultimas voluntates & teſtamentum notabilis hæc intercedit differentia, quod in heredibus teſtamento ſcriptis & inſtitutis ex juris quadam neceſſitate ob iis delatæ hereditatis individuitatem jus accreſcendi obtineat, in cæteris ultimæ voluntatis ſpeciebus directam heredis inſtitutionem non continentibus illud non niſi ob ſpecialem hominis plures ad unam eandemque rem vocantis conjunctionem locum inveniat, in illius igitur defectu hic reſervatum tale heredibus legitimis ab inteſtato ſucceſſuris ex præſumpta defuncti voluntate cedit. Es mögen dieſe die proximi Agnati & Cognati, quos ſanguinis jus aut nexus ad defuncti hereditatem vocat, oder Conjuges ſeyn, qui ſolo Legis beneficio & Juris titulo ſuccedunt, eoque reſpectu heredibus ex quacunque ſanguinis linea vocatis opponuntur

in l. 4. C. de bon. vacant.

Nam etſi ſacratiſſimum arctiſſimumque 22
matrimonii fœdus ſit, ita, ut per hoc duo jungantur in carnem unam, veram tamen inter Conjuges conſanguinitatem non producit.

Menoch. *lib. 4. præſumpt. 89. num. 63.*
Sichard. *in l. 10. C. de legat. n. 17.*

Unde cum ſanguinis jure Conjugum alter 23
de alterius hereditate petere nihil poſſit, & vero inſpecta intima illa conjunctione, & infinitis in matrimonio laboribus, ærumnisque tolerandis ſat durum eſſet, eo per mortem ſoluto, conjugem ſuperſtitem vacuas referre manus debere, & ſucceſſionis jure pro extraneo eſſe, Prætor cuſtos æquitatis conjugem ad defuncti conjugis ſucceſſionem vocavit, inter eos quibus bonorum poſſeſſionem conceſſit, ſeptimo ordine virum & uxorem collocando

§. 3. Inſt. de bon. poſſeſſ.

quos deinde Juſtinianus Imperator in ſex- 24
tum locum & proximum poſt Cognatos gradum evexit

§. 4. Inſt. d. t. tit. ff. unde vir & uxor.

Noviſſimo autem jure, ſi conjux præmoriens locuples fuerit, ſuperſtes verò inopia laborans, etiam cum liberis & cognatis admiſit.

Auth. Præterea. C. unde vir & uxor. Nov. 117. c. 5. Nov. 53. c. 6.

25 Moribus multis in locis nec paupertatis unius, nec divitiarum alterius conjugis ratio habetur, sed sine discrimine Conjuges cum liberis & aliis legitimis concurrunt in successione. Imo alicubi conjux superstes in defectu liberorum & ascendentium in omnia prædefuncti conjugis bona non solum durante matrimonio quæsita sed hereditaria quoque ejus & avita ipsi succedit. Qualem consuetudinem in Franconia per Episcopatum Bambergensem, Marchionatum item Brandenburgensem, quin & aliquot Hassiæ districtus vigere notat

Beyer. ad Schulzii *Synopsin Inst. Imper. lib. 3. Disp. 12. de quarto ordine succed. ab intest. nempe de succes. Conjug. p. 641.*

26 Hoc nunc pro certo supposito, so folgt 2.) daß weil in dem Hochlöblichen Fürstenthum Onoltzbach, wann zwey Eheleuth die keine Kinder, noch Eltern, auch kein Testament oder letzten Willen aufgerichtet haben, durch den Tod von einander getrennet werden, das Uberlebende dem Verstorbenen ab intestato ex asse cum exclusione collateralium, etiam germanorum fratrum germanarumque sororum, succedirt, wie die Hochfürstl. Brandenburgische Amts-Ordnung *tit. 12. §. 1.* und deren Declaration de anno 1691. klar besagt, und bißherige Observanz, testantibus Actis, bestätiget, hier die von der Frauen in den Pactis dotalibus successoriis ihr zu freyer disposition von dem gesammten dem Mann zugeheyratheten Vermögen vorbehaltene 200 fl. ob non factum de iis testamentum vel aliam ultimæ voluntatis dispositionem, jetzo post mortem uxoris sine ullis liberis, non existentibus quoque Ascendentibus, dem Marito ceu legitimo heredi à Statuto ad successionem ab intestato præ defunctæ Fratribus & Sororibus vocato zukommen.

27 Um so mehr 3.) als die Verstorbene mit klaren und deutlichen Worten gegen ihre Hausgenossen, ihre Schwester Annam, Leonhard Rentzens Gült-Baurens zu Neuhof Eheweib, und andere contestirt und befohlen, die 200 fl. so sie ihro bey dero letztern Verheyrathung zu freyem Willen vorbehalten, solle man ihrem Mann lassen, weil er fleißig gewesen, und viel Schulden bezahlet, zumahlen es ihme auch ein grosser Schade wäre, wann mans ihme nehmen wollte, und helffe doch ihre Geschwistrigte, welche sammtlich ihres bleibens hätten, und ihrer viel wären, ein weniges, ja so viel als nichts, wie besagte ihre Schwester bey gegebener Hand-Treu an leiblichen Aydesstatt, mit dem Erbieten, solches auf allstündliches Anbefehlen mit würcklichem Ayde zu bekräfftigen, bezeuget, dabey meldend, daß ihre seelige Schwester damahls, als sie selbiges und anders mehr befohlen, bey gutem Verstand gewesen, auch noch etliche Tage hernach geblieben; Desgleichen attestiret Hannß Baureisen, alldasiger Amts-Unterthan und Gotts-Haus-Pfleger zu Neuhof, nach an Aydesstatt abgelegter Hand-Treu bey seinen Pflichten, mit dem Erbieten, seine Aussage auf Begehren mit einem würcklichen Ayde zu confirmiren, daß nemlich, als er bey der verstorbenen Wirthin Kranckheit einstens, und zwar vierzehen Tage vor ihrem Ende, in das Wirths-Haus gekommen, welches in Zeit ihrer Niederlag auf ihr Begehren, weil er wohl mit ihro bekannt gewesen, und ihro vielfältig in Schwachheiten vorgelesen, gar offt geschehen, sich auch damahls mit ihro zu guter Besserung angelassen, indeme sie aufgestanden, in der Stuben herumgangen besten Verstands und keines Sterbens mehr zu vermuthen gewesen, er sie jetzt verstorbene Wirthin in Ernst befragt: Ob sie ein Testament oder Disposition gemacht? und darauf nachfolgende gantz ernsthaffte Antwort von ihr gehöret habe: Waß närrische Leuthe? warum soll ich ein Testament machen? Wem soll ich waß verschaffen? Ich thäte ja unrecht, wann ich meinem Wirth etwas entziehen wollte, dann als er herein in meine Haushaltung kommen, ist ja nichts als lauter Schulden da gewesen, und was wir seithero mit einander erworben, das habe er ja gewinnen müssen, könnte es ja vor GOtt nicht verantworten, wann sie ihme etwas nehmen sollte, und hätten ja ihre Geschwistrigte vorhin ihr Stücklein Brot, welches dann ohne Zweifel die Ehehalten im Haus von ihro auch würden gehöret haben. Wodurch sie enixissimam suam voluntatem, quod quantum ad illos 200 fl. in Pactis dotalibus sibi reservatos voluerit mori intestata & eosdem per successionem ab intestato in heredem suum legitimum ex Statuto alias successurum & in pactis dotalibus quoad omnia reliqua sua bona quoque expresse designatum successorem transmittere, zur Gnüge zu erkennen gegeben. Und obwohl sonst in omni ultima voluntate minus solenni specialiter non privilegiata ad minus fünff Zeugen erfordert werden; 28

per l. ult. C. de Codicill. l. ult. C. de donat. mort. causa.

29 So halten wir doch, daß hier diese declaratio voluntatis à defuncta facta de eo, quod velit mori intestata, & sibi in Pactis dotalibus reservatos 200 fl. per successionem intestati ad legitimum heredem statutarium una cum cæteris bonis transmittere, per duos illos testes anugsam probirt werde, wann von selbigen der gewöhnliche Zeugen-Ayd vor publication der Urtheil aufgenommen und abgeleget wird, denn in ultimis voluntatibus dispositivis werden fünff Zeugen solennitatis cujusdam causa erfordert, ad fidem autem de hac defunctæ voluntate declaratoria, quod de reservato isto non velit in cujusquam gratiam & favorem expresse disponere, sed illud una cum reliquis bonis heredi à Statuto & in Pactis dotalibus etiam,

ad

ad ſucceſſionem in univerſa ſua bona jam vocato, marito nempe ſuo, relinquere, faciendam, iſt gnug zweyer Zeugen jurata depoſitio

arg. l. 12. C. de teſtament. junct. l. 12. ff. de teſtib. & traditorum à Mantica *de Conject. ult. volunt. lib. 12. tit. 16. num. 2. ubi ſcribit, illud in dubium non venire, ſi agatur de declaratione voluntatis teſtatoris, quin duo teſtes ſufficiant, ſecundum regulam d. l. 12. ff. de teſtib. cum concord. & gloſſam eſſe notabilem, quæ vulgo circumferatur in l. heredes palam. 21. §. ſi quid poſt factum teſtam. 2. ff. de teſtam. & hac de re non dubitare* Signorol. *in Conſ. 188. num. 19.* Oldradum *Conſ. 297. num. 7. dicentem, voluntatem circa declarationem teſtamenti* (quidni ergo etiam circa ſucceſſionem inteſtati) *per duos teſtes probari poſſe, qui etiam num. 8. ſubjungit, quod mulier quoque recipienda ſit ad probandam hujusmodi declarationem, quia non prohibita. l. 20. §. 6. ff. de teſtam. quæ etiam probat* Carpzov. *p. 3. c. 13. d. 33. ubi teſtatur hinc Scabinos Lipſ. m. Mart. 1636. in cauſa P. H. zu Jena pronunciaſſe: Da aber dennoch zwey Zeugen aydlichen beſtærcken vvürden, daß der Teſtator ſich dieſer Reden verlauten laſſen &c. So vvürde dafür gehalten, daß er auf euch ſein Abſehen gehabt, und euch die Helffte der Bibliotheck zuvvenden vvollen &c.*

30 Anerwogen, weil es ein ausgemachte Sach iſt, daß wann kein ordentliches Teſtament, ſondern nur eine donatio mortis cauſa oder Pacta dotalia gemacht, und darinn einem alles biß auf ein gewißes, ſo zur freyen diſpoſition vorbehalten, zugeſchieden worden, hernach aber keine diſpoſition über das reſervirte erfolgt, ſolches den heredibus legitimis ab inteſtato ſucceſſuris cedire, die verſtorbene Nickelin ſich dißfalls, um willen ſie zweyerley heredes ab inteſtato, nemlich nach den gemeinen Kayſerlichen Rechten ihre Brüder und Schweſtern, nach dem Jure Statutario aber ihren Ehemann, künfftiger Strittigkeit vorzubiegen, erklärt und declarirt, daß die in Pactis dotalibus ihr reſervirte 200 fl. dem heredi legitimo ſtatutario, mit und neben allem andern Vermögen, verbleiben ſollten, welches von ihr alſo ſine ullis ſolennitatibus wohl Rechts-kräfftig beſchehen können, weil ſie durch ſothane declaration eigentlich von den 200 fl. nicht diſponirt, ſondern ſich nur erklärt, daß ſie davon zu præjudiz ihres Manns als heredis legitimi ſtatutarii nicht möchte diſponiren, wie ſie wohl könnte, ſondern ſie der oben exprimirten Urſachen halber per ſucceſſionem ab inteſtato auf ihn als heredem legitimum ſtatutarium kommen und fallen laſſen mit dem übrigen, ihm in pactis dotalibus deferirten Vermögen deßwegen gnug iſt, daß ſolche Erklärung durch zwey unverleumbte Ge- 31
zeugen probirt werde.

arg. l. 21. §. 2. ibi: *quod vero quis obſcurius in teſtamento vel nuncupat vel ſcribit, an poſt ſolennia explanare poſſit? quæritur, ut puta Stichum legaverat, cum plures haberet, nec declaravit, de quo ſentiret. Titio legavit cum multos Titios amicos haberet, poteritne poſtea (ſine ſolennitatibus ſcilicet repetitis) declarare de quo ſenſerit? Et puto poſſe, nihil enim nunc dat ſed datum ſignificat &c. junct. l. 12. ff. de teſtib. l. 12. C. de teſtam.* Mantica & Carpzov. *cit. loc.* Manz. *de teſtam. valid. & invalid. tit. 4. quæſt. 1. num. 24. & tit. 5. q. 8. num. 45.*

So mehr als wann gleich dergleichen Declaration nicht geſchehen oder erfolgt wäre, doch nichts deſtoweniger dem Marito als heredi legitimo præ defunctæ fratribus & ſororibus das Statutum Brandenburgicum die ſucceſſion in den reſervirten 200 fl deferirte und alſo immediate dahin operirte, daß er ſelbige neben dem übrigen Vermögen ſeiner ſeel. Frauen behielte.

Geſtalten einmahl 4.) die Hochfürſtlich- 32
Brandenburgiſche Amts-Ordnung *tit. 12.* und deren Declaration de anno 1690. will, daß wo zwey ledige Perſonen ihrer zeitlichen Güter halben ohne ſonderbare Geding, oder ohne Aufrichtung einiger Ehe-Pacten, Ehe-Beredungen oder Heyraths-Brieffe (dadurch nemlich die Succeſſion weder in totum noch in tantum ausdrucklich abgeſtrickt und benommen) zuſammen geheyrathet, und hernach eines von dem andern ohn ordentlichs Geſchäfft, Teſtament und letzten Willen mit Tod abgangen, ſie, wann keine Noth-Erben in auf- oder abſteigender Linie vorhanden, einander, auch mit Ausſchlieſſung der verſtorbenen Geſchwiſtrigt, oder anderer Freunde und Verwandten, erben ſollen, demenach in der Erbfolge und Succeſſion ab inteſtato die Eheleuthe vi hujus Statuti & Ordinationis ac Declarationis ejusdem ſubſecutæ contra Juris communis tenorem & diſpoſitionem den Bluts-Verwandten der Zwerch-Linien, als Brüdern, Schweſtern vorgezogen werden ſollen, wann nicht ein anders per Pacta dotalia vel aliam quamcunque diſpoſitionem ausdrucklich verſehen, dergleichen Ehe-Pacten oder andere Diſpoſition, wodurch dem Manne das Succeſſions-Recht vel in totum vel in tantum ausdrücklich benommen ſeyn ſollte, ſind hier durchaus nicht vorhanden, indem obwohl die Frau ihro 200 fl. zur freyen Diſpoſition vorbehalten, dennoch darinn dem Mann das Succeſſions-Recht gar nicht abgeſtrickt, in dem Fall, wann ſie nichts davon in alterius favo-

favorem disponiren thäte, sondern vielmehr des Gemüths und Sinnes gewesen zu seyn, wann sie gleich sich nicht expresse dahin declarirt hätte, wie sie doch jetzo gethan, præsumirt wird, daß, falls sie davon nicht ausdrücklich disponiren, und sie jemanden anders vermachen würde, solche neben dem übrigen Vermögen dem Mann zugehören sollten, quia
34 quilibet in dubio censetur & præsumitur se Juri conformare voluisse

l. si duo. 38. ff. de acquir. hered.

& primo quidem illi, quod in loco, ubi degit, usu comprobatum, forensique praxi aut consuetudine receptum obtinet.

arg. l. 34. de reg. jur.

35 peculiari autem Jure tali Provinciali deficiente demum communi in toto Imperio usitato. Cum enim Imperium nostrum in generali complexu consideratum, spectata partium relatione ad totum, magna quædam sit civitas & una Respublica, ejus vero singulæ partes separatim consideratæ peculiares & plures quodammodo sint Respublicæ, nec Imperio & sigillatim ejus partibus Jus uniforme, quod solum observent, sit præscriptum, sed propriis quoque vivere legibus, cuique loco ab antiquis permissum sit temporibus.

vid. Lehmann. *Chron. Spir. lib. 4. cap. 21. pag. 337.*

Hinc Jurium in Imperio duplex est ratio, ita, ut alia sint communia, quæ in Imperio, ut una Respublica est, considerato, apud omnes vigent, quatenus iisdem non est derogatum, alia particularia, quæ in istis particularibus Rebuspublicis peculiariter introducta, vel vi superioritatis territorialis constituta, quibus cujusque Domini territorii subditi subjiciuntur & vivere tenentur, eaque in causis ipsorum controversis decidendis primò attendenda, his vero deficientibus demum communia succedunt

Knichen *de Jure territ. cap. 1. num. 365.*

Derentwegen weil so wohl nach der Hochfürstlich-Brandenburgischen Onoltzbachischen Amts-Ordnung und deren Declaration als nach der gemeinen des Fürstenthums Observanz der überlebende Maritus des verstorbenen Weibs Successor legitimus ex asse ist, wann keine Kinder noch Eltern vorhanden, auch ihm weder in totum noch in tantum das Successions-Recht benommen, so wird der beklagte Nickel, dem so wenig in den reservirten 200 fl. als in dem übrigen Vermögen die Succession expresse versagt und benommen, sowohl ex tacita als expressa voluntate defunctæ suæ uxoris vor seiner Verstorbenen Frauen Brüdern billig zu den reservirten 200 fl. zugelassen.

36 Zumahl s.) da weder in Pactis dotalibus noch sonst einige gültige und stringirende Anzeig vorhanden, oder zu finden, noch vorgebracht werden mag, daraus zu vermuthen, die Verstorbene habe solche 200 fl. mehr ihren Geschwistrigten, als ihrem hinterlassenen hertzlich geliebten Ehemann gegönnet, sondern das contrarium, wann die beede obangezogene Zeugen ihre Aussage mit dem Ayde bestärcken, zu Rechtlicher Gnüge erwiesen, daß sie es lieber ihrem hinterlassenen Manne, wegen der ihro von ihm bezeugten ehelichen Liebe und Treu, wegen seines in der Haushaltung und geführten Wirthschafft angewandten Fleisses, Mühe und Sorgfalt, wegen seiner gethanen sauren Arbeit, dadurch er gewonnen, daß er ihre eingebrachte Schulden bezahlet, als den Geschwistrigten, weil sie doch ihres Auskommen und Bleibens wohl hätten, und ihnen um willen ihrer viel, wenig Nutzen, hergegen ihm, dem Mann, ein grosser Schade seyn würde, falls er die 200 fl. hinaus zahlen sollte, gegönnet habe.

Pie itaque facturi sunt Fratres defunctæ, si marito, quem respective soror & uxor tantopere dilexit, ut universalem in Pactis dotalibus constituerit heredem, etiam hos 200 fl. reliquerint.

arg. l. 38. de fideicomm. libert.

Dannenhero billig vor ihne den Maritum, 37
und zu seinem besten, zu sprechen, inmassen in simili facti contingentia also pro marito ceu herede legitimo statutario, daß ihm das reservatum pro libera dispositione, si illa haud facta decesserit uxor, gehöre, gesprochen

JCti Francofurtenses apud Brunnemann. *cent. 1. dec. 99.* Sic quoque Facultatem Juridicam Lipsiensem *an Hansen Bevern verordnete Testamentierer*, item Scabinos Lipsienses *gegen Eisenach* anno 1562. item Leonhardo Kling anno 1565. respondisse testatur Modest. Pistor. *quæst. 168.* Quam sententiam egregie firmavit Rauchbar. *p. 1. quæst. 39. per tot.* Frider. Pensold. *in addit. ad Coler. p. 2. dec. 286. num. 178.* Berlich. *p. 3. concl. 9. n. 43. seqq.* & consulendo probavit Modest. Pistor. *vol. 2. Cons. 2. quæst. 4. quod si Parens ad secunda vota transiens aliquid sibi reservet, de quo pro lubitu disponere possit, & deinceps non condito testamento decedat, istud reservatum tum heredibus ipsius ab intestato ex statuto venientibus debeatur.* add. Petr. Peckius *de testam. conjug. lib. 1. c. 31.*

Deme nach wir nochmahls der beständigen Rechtlichen Meynung seyn und bleiben, daß hierfalls recht und wohl sententionirt werde, daß dem Beklagten Nickel neben dem übrigen seines verstorbenen Weibs Vermögen auch die zur freyen disposition vorbehaltene 200 fl. Fränckischer Währung, als heredi ipsius ab in-

inteſtato ex ſtatuto venienti verbleiben, die Klägere aber mit ihrem unbefugten Suchen derſelben abgewieſen ſeyn ſollen.

38 Und mögen uns obangeführte rationes dubitandi von ſolcher unſrer Meynung nicht abwendig machen, noch uns zu andern Gedancken bringen. Denn ſo viel die erſte belangt, ſo beſagen zwar die Pacta dotalia, was auf den Mann uff Vorabſterben des Weibs ohn Kinder kommen ſoll, nemlich ihr gantzes Vermögen auſſer denen ihr zur freyen diſpoſition vorbehaltenen 200 fl. und excipiren alſo die 200 fl. deßwegen ſolche vi pactorum dotalium, & quæ in iis expreſſe per conventionem cauta ſunt, dem Mann nicht gehören oder zufallen, es fallen ihm aber dieſelbe dennoch, ob non factam de iis expreſſam diſpoſitionem per quam alii addicti, argumento legum in prima dubitandi ratione adductarum & per rationes

à Joh. Petro Surdo *alleg. deciſione 272.*

deductas, zu als heredi ab inteſtato Statutis loci deſignato, & in ſucceſſione inteſtati proximioribus ex latere conjunctis cognatis prælato, in cujus gratiam de iis non diſpoſuiſſe, aliisque eosdem addixiſſe præſumitur, imo hic expreſſe ſe declaravit, quod de iis eo fine diſponere nolit, ut marito tanquam heredi ab inteſtato ex Statuto manerent, wird deme nach gern concedirt, daß er ſie vi pactorum dotalium mit Recht nicht prætendiren kan, juſtiſſime aber als heres ſtatutarius ab inteſtato nicht nur ex præſumpta, ſondern auch expreſſa defunctæ uxoris voluntate ſammt dem übrigen Vermögen inbehalte und der Defunctæ Brüdern hinauszugeben keineswegs ſchuldig.

39 2.) Haben zwar der Defunctæ Brüder nach der andern dubitandi ratione die gemeine beſchriebene Kayſerliche Rechte vor ſich, und werden vi illorum da jemand ohn letzten Willens-Verordnung ſtirbt, deſſen proximiores cognati dem hinterbleibenden Ehegatten in der Erbfolge und Succeſſion mit gewiſſer Maß præferiret.

vid. Auth. Præterea. C. unde vir & uxor. Nov. 117. c. 5.

Es derogiren aber ſolchen hierfalls die Statuta, Ordinationes und Obſervantia loci, indem dieſe den Geſchwiſtrigten und andern Bluts-Verwandten der Zwerch-Linien in der Erbfolge die Eheleuth vorziehen und præferiren, wie in 2. & 4. decidendi ratione gezeigt worden, weil nun dieſe darinn jenen Schnurſtracks zuwider ſeyn, ſo kan es nicht fehlen, daß jene dieſen weichen müſſen,

quia apud omnes in confeſſo eſt, quod Statuta in Republica vel Civitate, in qua vigent, ſtatuentis jurisdictioni & Imperio ſubjectos arctius, quam Jus commune, ligent, eidemque præferri debeant.

Sichard. *ad l. un. C. ut quæ deſint Advocat.* Schurff. *cent. 1. Conſ. 34. num. 5.* Dec. *Conſ. 665. num. 2.* Gratian. *tom. 1. diſcept. for. c. 99. num. 8. 9.*

quin & illi, quatenus ipſi contrariantur, derogent, tradente

Hartmann. Piſtor. *lib. 1. quæſt. 32. n. 6.* Gail. *2. O. 124. num. 2.* Bald. Peruſ. *de Statut. §. cancellare, num. 3.*

Non itaque præſumi poteſt defuncta non diſponendo de reſervatis 200 flor. voluiſſe, eosdem proximis cognatis cedere debere, ſed potius credendum eſt, illam ſe ſtatutis loci conformaſſe, & voluiſſe, ut cum cæteris bonis marito cederent, cui eo magis addicendi, quia ſe expreſſe quoque ita declaravit, quod velit, eosdem huic relinqui debere.

Der dritten rationi dubitandi iſt in 2. 3. & 4. decidendi ratione begegnet, allwo zur Gnüge gezeiget, daß wann die beeden Zeugen, ſo von der Verſtorbenen die gethane Erklärung, daß ſie von den ihr zur freyen diſpoſition reſervirten 200 fl. kein Teſtament oder letzten Willen aufzurichten, und ſie ihren Geſchwiſtrigten zu vermachen entſchloſſen, ſondern ſolche auf ihren Mann der exprimirten Urſachen halber (per ſucceſſionem ab inteſtato) verfallen laſſen wolle, gehöret, ihre bereits gethane Auſſage mit dem gewöhnlichen Zeugen-Ayde beſtärcket, ſolche vor gnugſam erwieſen gehalten werden könne, auch diß Orts ſufficient und ratione voluntatis vollkommen gnug ſey, auch keine ſolennitates teſtamentarias erfordere, weil es keine ultima voluntas diſpoſitiva, dadurch einem etwas verſchafft oder gegeben werde, ſondern nur declarativa ratione futuri ſucceſſoris ab inteſtato, qui illa etiam non facta ſucceſſiſſet vi Statuti, jam autem ea facta tanto magis admittendus præ illis, quibus Jus commune ſucceſſionem detuliſſet, niſi per ſtatutarium correctum & abrogatum eſſet. 40

Daß die Defuncta aber dazumahl, da ſie die Erklärung gethan, im Kopff verwirret geweſen, wird durch der Zeugen Auſſage vernichtet, als die atteſtiren, daß ſie bey ihrem guten richtigen Verſtande geweſen. 41

Die Fürſtl. Onolzbachiſche Amts-Ordnung und deren Declaration beſagen klar und deutlich genug, daß die Conjuges einander ab inteſtato ſuccediren, wann keine Noth-Erben in ab- oder anſteigender Linie vorhanden, noch per teſtamentum vel pacta dotalia die Succeſſion benommen iſt, und die Geſchwiſtrigt und andere Bluts-Verwandten der Zwerch-Linie ausſchlieſſen, quadrirt auch hierfalls wohl, weil dieſe Requiſita alle vorhanden. 42

Den 5ten Schein-Grund belangend, ſo folget nicht, in den Pactis dotalibus iſt verſehen, daß, wann der Mann vor der Frauen ohn Erben abſtirbet, die ihm reſervirte zwey Aecker und eingebrachte Kleider auf ſeine Geſchwiſtrige fallen ſollen, deßwegen ſo müſſen auch die

von der Frauen ihr zur freyen disposition reservirte 200 fl. auf ihre Geschwistrigt im Fall ihres Vorabsterbens fallen, ob sie gleich zu deren Favor nicht davon disponiret; Sondern ist vielmehr zu schliessen, weil in jenem Fall expresse versehen, daß im Fall der Mann vor der Frauen verstirbt, ihr all das seinige bleiben solle biß an die Aecker und Kleider, welche auf seine Geschwistrigte zuruck fallen sollen, in diesem Fall aber, da das Weib verstirbt, solches von den 200 fl. daß sie auf ihre Geschwistrigte kommen sollen, nicht cavirt, sondern auf des Weibs künfftige disposition ausgesetzt, selbige aber nicht erfolgt, sondern der Ursach unterlassen, daß sie dem Mann ceu heredi statutario ab intestato zufallen sollen, selbige nicht des Weibs Geschwistrigten, als die sine expressa dispositione, in casu existentis mariti, vi Statuti, nicht succediren können, sondern dem hinterlassenen Ehemann ab intestato zufallen und bleiben, um willen derselbe à Statuto ad successionem in intestatæ uxoris bonis, de quibus nihil in alterius favorem expresse disposuit, vocirt wird cum exclusione omnium collateralium cognatorum.

43 6. Statuirt zwar Carpzovius in similibus terminis, daß dergleichen Reservat de bonis mobilibus nicht dem Mann, utut heredi mobiliari in foro Saxonico, sondern den proximis cognatis defunctæ uxoris, non facta de eo dispositione, zufalle, aber ex falso præsupposito, quod maritus acceptando in pactis dotalibus assignatum lucro sibi ex lege municipali aut Statuto debito simpliciter renunciasse censeatur.

44 At cum renunciationes sint stricti juris, quæ plus inferre non debent, quam verba expresse continent, post plures alios à se allegatos

Paul. Gallerat. *de renunciat. lib. 1. cap. 9. num. 4. seqq.*

Et vero maritus in reservatum tale pro libera dispositione consentiens, non nisi in illum casum juri suo quoad bona ab uxore liberæ suæ dispositioni reservata renunciare intelligi possit, si de bonis reservatis testamentum vel aliam dispositionem fecerit, ratio juris minime patitur, ut renunciatio ista in casum quoque intestati extendatur

Rauchbar *p. 1. quæst. 39. num. 5.* Gallerat. *d. l.*

Conjugem à pactis dotalibus recedere & ad portionem statutariam redire non posse libenter concedimus, sed negamus hîc maritum à Pactis dotalibus recedere & contra pacta petere vel retinere 200 florenos ab uxore liberæ suæ dispositioni reservatos, non enim hi marito simpliciter adempti, sed uxor tantum sibi mariti consensu reservavit facultatem de iis pro lubitu disponendi, illa verò facultate postea in mariti favorem non usa est, ut ipsi tanquam heredi Statutario ab intestato cederent.

Deßwegen uns auch das allegirte præjudicium beym Carpzovio wenig entgegen ist, weil daselbst Heinrichen von Schleinitz Ehefrau in der Ehestifftung ihrem Mann auf ihren Todsfall von ihrem gantzen Vermögen restrictive 10000 fl. verschrieben, und er sich damit vergnügt zu seyn erklärt, der Ursach er an das übrige Vermögen keine Forderung mehr machen können. Wann aber solches gleich nicht wäre, so sind in ratione decidendi ultima zerschiedene præjudicia in contrarium allegirt. 45

6. Ist inter casum in sexta dubitandi ratione allegatæ 46

l. 25. C. de jure dot.

& casum nostrum ein dreyfacher offenbarer Unterscheid, de quo videatur

Rauchbar *d. quæst. 39. num. 20. seqq.*

Die Schließlich angezogene authoritates betreffend, opponiren wir denselben die pro nostra sententia militirende authoritates Doctorum superius allegatorum, und wann man die Doctores, so die widrige Meynung zu foviren angezogen werden, recht ansiehet, findet sich, daß sie bloß sagen, daß dergleichen Reservat nicht dem überlebenden Ehegemächt als in pactis dotalibus designirten Successori in reliquis defuncti conjugis bonis, sondern den heredibus ab intestato jure sanguinis successuris gehöre, præsupponirend, daß superstes conjux nicht heres ab intestato seye, also unserer Meynung reipsa nicht zuwider seyn, die wir hier in casu versiren, wo der maritus selbst heres ab intestato zugleich ist vi Statutorum, in quo casu sie selbst guten Theils zugeben, daß es alsdann dem superstiti marito de Jure zugehörig seye. 47

vid. Tabor *in allegat. Responso sub finem.*

Dannenhero wir nochmahls ꝛc. salvo semper melius sentientium judicio, beständig bey unserer Meynung verbleiben, und solche den Rechten gemäß zu seyn bezeugen mittelst Beydruckung unserer Facultæt gewöhnlichen Insiegel.

Actum in Collegio nostro den 22. Decmbr. 1697.

CON-

CONSILIUM LXVIII.

In Materia Dotis Meliorationumque in Feudum verſarum, repetitionis ac liquidationis, fructuum è feudo perceptorum reſtitutionis, deſuperque delati juramenti judicialis.

SUMMARIA.

An. 1. usque ad 14. RECenſetur *Factum.*

15. Qui ad reſtitutionem fructuum alicujus prædii teneeur, audiendus eſt, tantundem pro iis offerens, quantum illud conducturus pro penſione promiſit.

16. 17. Certo tempore ſolvere obſtrictus, & hoc elapſo, non continuò ſolvens ad uſuras tenetur, ſi cauſa talis eſt, in qua uſuræ ex mora debentur.

18. Impenſæ fructuum quærendorum atque colligendorum gratiâ factæ de fructibus deducuntur. Jung. nn. ſqq.

23. Quivis Actor ad probandum obſtrictus, in quibuscunque cauſis non exceptis, adverſario juramentum judiciale deferre poteſt, etſi planè nihil probaverit.

24. 25. Hoc demonſtratur ex textibus Juris interpretumque traditis.

26. 27. Ei tamen, cui delatum eſt juramentum judiciale, jura indulgent licentiam deferenti illud referendi, aut intentionem ſuam, ante acceptationem juramenti, alio modo probandi. Id quod declaratur & limitatur.

Urtheil.

IN Sachen der ſämtlichen Geerbtern von Bennigſen, Klägern Eins, entgegen und wider Adelheit Sybillen von Bennigſen, weyland Wilhelm von Rehden nachgelaſſene Wittwe Beklagtin andern Theils puncto liquidationis erkennen und ſprechen wir Chur-Fürſtl. Braunſchweig-Lüneburgiſche verordnete Vice-Cantzler und Räthe, auf eingeholten Rath auswärtiger unpartheyiſchen Rechts-Gelehrten, allem Fürbringen nach zu Recht, daß Beklagtin forderiſt die anerbothene 120. Rthlr. vor die von Volckerſen An. 1673. genoſſene Nutzung, dann vor die zu Bennigſen in ſelbigen Jahr mit ihren Schaafen genoſſene Hut und Wayde das der Orten gewöhnliche Wayd-Geld an den determinirten 7500. Rthlr. Meliorations-Geldern thro decourtiren, oder an den dagegen mit Recht forderenden Zinſen aus den thro zwiſchen Oſtern und Johannis 1673. zu bezahlen verſprochenen, aber erſt im Januario 1674. dazu nur halbtheilig, entrichteten Geldern, abgehen, vor die Hof-Dienſte aber nichts abkürtzen zu laſſen ſchuldig. Würde dann ferner Beklagtin den ihr von Klägern deferirten Eyd zu GOtt ſchwören, und vermittelſt deſſen erhalten, daß ſie von den in ihrer übergebenen Verzeichniß Num. Act. 38. & 50. lit. A. ſelbſt geſtandenen und ſpecificirten Lehn-Gütern, inſonderheit von den denen von Bennigſen angewieſenen Lehen-Ländern, von der Graßmühlenwiſch, von dem Eydenſee und Volckerniſſen Zehenden, ſo denn von den übrigen ſub Num. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. Num. Act. 36. ſpecificirten Stücken an Früchten, Heu, und andern Gefällen würcklich vor ſich nichts genoſſen, oder anzeigen, was ſie davon würcklich erhoben und vor ſich genoſſen, oder aber den ihr deferirten Eyd dem Gegentheil referiren, oder ihr Gewiſſen ſonſt mit andern Beweiß vertreten, inmaſſen ihro eines hierinn zu thun obliget, ſolle darauf ferner in der Sach ergehen, was recht iſt.

Daß dieſe Urtheil ꝛc. Actum in Collegio noſtro d. 7. Mart. 1698.

RATIONES DECIDENDI.

1 DIe Urſachen, ſo uns zu Abfaſſung vorſtehender Urtheil bewogen, beruhen kürtzlich in folgenden:

Es ergeben 1.) die Acta, daß auf tödliches Ableiben Hrn. Jobſt von Bennigſen zwiſchen deſſen hinterlaſſenen Tochter, Fr. Adelheit Sybillen von Bennigſen, weyland Wilhelm von Rehden nachgelaſſener Wittib, als Eigenthums Erbin, und deren Vettern Levin Caſpar, Eraſmus Diederich, Joh. Levin und Dethmar Frantzen von Ben-

Bennigsen, als Lehens-Folgern, ratione des Mütt- und Groß-Mütterlichen eingebrachten dotis und Brautschatzes, selbst-eigner geforderter Aussteur, der Vätterlichen Begräbniß-Kosten, ratione melioramentorum & separationis bonorum feudalium & allodialium Stritt entstanden, deßwegen erstlich der sub Num. Act. 83. beygelegte Verglich den 16. Sept. 1672. zwischen ihnen getroffen, so dann 2.) den 29. Octobr. 1673. von Hertzog Joh. Friedrich zu Braunschweig und Lüneburg Hoch-Fürstl. Durchleucht als Lehens- und Lands-Fürsten Gn. Resolution sub Num. Act. 50. lit. B. dahin ertheilet, daß vor die beyden Güter Bennigsen und Völckersen befindliche und auf 11532. Rthlr. 17. Gr. angeschlagene Melioramenta von den Lehens-Folgern 7500. Rthl. der Wittwen von Rehden bezahlt, jedoch daran zuforderst dasjenige, was die Wittib das Jahr über aus den Gütern genossen und eingeerndtet, so dann an vorbedeuteten Meliorament.n als gail, gar und dergleichen abgangen, decourtirt werden, dagegen sie alle und jede ohnstrittige Lehn-Stücke, so in der von ihr übergebenen Verzeichnis specificirt, und sich weiter hervorthun werde, den Lehns-Folgern, wann sie die im Verglich versprochene baare Gelder erlegt, und die darinn verheissene verbindliche Obligationes ausgehändigt, gleich abzutreten und auffzulassen schuldig seyn solte. In eine jede Huffe Landes aber nicht nur 15. wie die Wittwe gewollt, sondern nach Lands-Gebrauch, zu Abwendung alles Præjudiz, 30. Morgen gerechnet werden, wegen der übrigen strittigen Stück, was nemlich von denselben Lehen oder Erbe sey, ihnen die desfalls zustehende Nothdurfft bey Fürstl. Cantzley einzubringen und und zu verhandlen bevor bleiben solle. 2 Wie nun dieserwegen zerschiedene Process nachgehends zwischen ermeldter Wittwen von Rehden und den Lehn-Vettern von Bennigsen erwachsen, also haben der ersten Puncten halber die gesamte Vetter von Bennigsen den 13. Sept. 1689. angesuchet, weil die Fr. Wittwe von Rehden, Krafft der Fürstl. Resolution dasjenige, was sie aus den inngehabten von ihr selbst-specificirten Bennigschen Lehn-Gütern An. 1673. genossen und eingeerndtet, samt dem, was sonst an gail, gar und dergleichen abgangen, an den 7500. Rthl. worauf die Melioramenta gesetzt, ihr decourtiren zu lassen, und zu dem Ende eine richtige Rechnung von den solchen Jahrs erhobenen Früchten zu thun schuldig, ihro durch einen Bescheid aufzuerlegen, daß sie solche Liquidation und Rechnung inner einer ihr ansetzenden gewissen Zeit zur Fürstl. Cantzley einbringe. Ohngeachtet aber, 3 daß die Fr. Wittwe von Rehden dargegen eingewandt, daß sie besagten Jahrs zwar eingeerndtet, weil die Vetter von Bennigsen die zwischen Ostern und Johan. 1673. zu bezahlen versprochene 6000. Rthl. erst im Jan. 1674. zur Helffte mit 3000. Rthlr. entrichtet, daher sie ex necessitate An. 1673. die Haushaltung wider ihren Willen allda zu Bennigsen continuiren, die Früchte einerndten und die Wintersaat von dem ihrigen bestellen müssen, deswegen sie auch ihre Satisfaction zu prætendiren; Aber wircklich nichts genossen, gestalten als die von Bennigsen im Jan. 1674. von den versprochenen 6000. Rthl. die erste Helffte à 3000. Rthl. gezahlet, und darauf in die Gebäude, Gericht und unstrittige Lehen zu Bennigsen immittirt worden, die Immission zwar mit der Condition und Moderation geschehen, daß sie der Wittib von Rehden mit ihrem Vieh und Gesinde den harten Winter durch den Aufenthalt und Fütterung noch allda gestatten und erlauben solten, daß sie ihr Korn und Mobilien vollends dreschen und wegschaffen könte, darwider aber öffentlich gehandelt worden, indem als sie Fr. Wittib wenig Tag nach der Immission ihrer Geschäffte halber nach Hanover gereißt, ihr unter Wegs angekündigt worden, daß der Bennigsche Verwalter die Pforte verschliessen und eine Schildwache davor stellen lassen, deswegen sie nach Gerstorff kehren müssen, weil sie also, ehe sie zum Dreschen der Lehen-Früchte geschritten de facto vertrieben worden, und der Bennigsche Verwalter ihr den Hof vor der Nasen zugeschlossen, auch niemanden von den ihrigen auf den Hof kommen lassen, das Gesind, so das Haus-Geräth und Mobilien abholen sollen, geschlagen, das Vieh im kalten Winter vom Hofe gejaget und todt frieren lassen, habe sie nicht nur keinen Scheffel von den Lehen- und Mayer-Gütern genossen, sondern sey auch um ihr eignes von ihrer Erb-Länderey gehobenes annoch ungedroschenes, und reines bereits auf dem Boden liegendes Korn, nebst vielen andern Mobilien und Hauß-Geräthe gekommen, so sie dahinten lassen müssen, ohngeachtet, sagen wir, dieses Einwendtens und Bittens, ihrer deswegen mit der Liquidation zu verschonen, ist die Fr. Wittib von Rehden von den An. 1673. eingeerndteten Früchten Rechnung zu thun condemnirt worden den 4. Febr. 1691. Num. Act. 20. dawider Bekl. Fr. Wittib von Rehden zwar supplicirt, die Supplication aber deserirt, deswegen Herren Klägere von Bennigsen gebeten, beklagte Fr. Wittib von Rehden dahin anzuhalten, daß sie der Urtheil mit Einbringung der ihr drinn auferlegten Rechnung ein Genügen thue, oder sie Klägere ad juramentum in litem, worzu sie sich offerirt, zuzulassen. Darauf Fr. Bekl. Paritionem 4 Decreti liquidationem perceptorum de An. 1673. injungentis juncta repetitione melioramentorum, damnorum & expensarum Num. Act. 35. eingegeben, darinn sie nochmalen deducirt, daß sie von den Lehn-Ländern einmal nichts genossen, also auch deswegen nichts ihro an den 7500. Rthl. decourtirt werden könne, und sey vom Gegentheil in Num. 36. die Rechnung ohn den Würth gemacht, indem sie darinn unter der ersten Zahl aus 398. Morgen 497. Rthl. 18. Gr. gehoben zu haben rechnen, da man mehr nicht als 98. Morgen Lehn-Länder in der sub N. Act. 38. & 50. lit. A. beygeleaten, durch Urtheil und Recht Num. A. 39. 40. confirmirten, Specificat. geständig. Desgleichen sey 2.) von der Schäfferey nichts zurechnen, weil 5 die Schaafe der Fr. Bekl. eigen, also der davon gefallene Nutzen der Fr. Wittwen zuständig, vielmehr seyn die Herren Klägere schuldig ihr Satisfaction zu geben, weil sie das Hürten-Lager weggenommen und genossen. 3.) Von der Graß- 6

mühlen-

mühlenwiſch ſey das Heu auf dem Hof liegen geblieben, und habe Fr. Beklagtin vor das Eſſen zu fordern, ſo ſie wegen des Mehens und Einführens gegeben. Die kleine Graßmühlenwiſch ſey dazu eigen, und komme das davon gehobene nicht
7 zu rechnen. 4.) Von der Eydenſer und Völckerniſſer Zehenden ſey das Korn in der Scheuren ebenmäſſig liegen geblieben, und prætendire Fr. Wittwe von Rehden das beym Einführen gegebene Eſſen an die Hof-Dienſte. Der Horſer Zehende ſey ein Sack Zehende, und habe Fr. Wittwe von Rehden ſelben nicht gehoben, wann Hrnn. Klägere ihn nicht eingezogen, können ſie ihn noch
8 fordern, von denen ſo ihn ſchuldig zu geben. 5.) Die Beybauren und Heußlinge ſeyn Erbe, und henge
9 deswegen der Proceſs zu Wien. 6.) Die Hof-Dienſte ſeyn zur Ernde gebraucht, und prætendire
10 man dafür das Eſſen zurück. 7.) Die Obſt- und
11 Luſt-Gärten ſeyn Erbe, desgleichen 8.) der Bleiche-
12 chel-Garte. 9.) Von der Rheder Ohnwieſen ſey
13 nichts gehoben, gleichwie auch 10.) nichts von der Schäfferey zu arnen, desgleichen nichts von den Stücken ſub Num. 11. 12. 13. 14. 15. 16.

14 Vor die von den Völckerſen Lehn-Gütern gehobene Nutzung hat ſich Fr. Wittwe von Rehden willig erboten ſo viel zu reichen, als Amtmann Perſius den Hrn. Klägern vor dieſe Güter jährlich Pacht zu geben verſprochen, nemlich 120. Rthl. wann ſie ihro den weggenommenen und zugeſprochenen Miſt, Heerd-Lager und Gail-Gut thun oder erſetzen.

15 Ob nun wohl Herren Klägere hiemit nicht vergnügt ſeyn wollen, ſo haben wir doch dieſes der Fr. Wittib von Rehden Erbieten vor billig gehalten, denn weil Herren Klägere vor die Nutzung dieſer Völckerſchen Güter von einem Extraneo 120. Rthl. jährlicher Pacht angenommen, beſage Num. Act. 47. warum wolten ſie ſich wägern von der Fr. Bekl. als einer nahen Verwandtin vor ſelbige ſolche offerirte 120. Rthl. anzunehmen, deswegen wir in der abgefaßten Urtheil forderiſt Fr. Bekl. condemnirt, die ſelbſt angebothene 120. Rthl. vor die Nutzung der Volckerſchen Güter des 1673ten Jahrs den Herren Klägern zu erſtatten, oder ihro an ihrer Forderung der determinirten 7500. Rthl. Meliorament-Gelder, oder andern rechtmäſſigen Prætenſionen, abkürtzen zu laſſen, um ſo mehr als die Herren Klägere ſich endlich ſelbſt in ihrer Submiſſion-Schrifft erklärt, mit den für die Abnutzungen, ſo die Fr. Wittwe von Rehden in Anno 1673. aus den Volckerſchen Gütern erhoben, anerbotenen 120. Rthl. gleichwohl zu frieden zu ſeyn, jedoch mit dem Beding, daß ihnen von ihr keine Zinſen aus den zwiſchen Oſtern und Johanni 1673. zu bezahlen verſprochenen, aber im Januario 1674. erſt bezahlten Gelden gerechnet und angefordert werden ſollen, welches aber der F. Bekl. nicht wohl ohn Beſchwerde aufgebürdet werden kan, aus Urſach, weil man ſich den 16. Dec. 1672. verglichen, daß ſie die Lehn-Güter, wann ihro verglichener maſſen die 6000. Rthl. baar bezahlt und wegen der übrigen 2000. Rthl. eine bundige Obligation ausgeſtellet ſeyn würde, abtreten ſolte;
16 Weil nun ihr die 6000. Rthl. zur beſtimten Zeit zwiſchen Oſtern und Johanni nicht bezahlt, noch die Obligation auf die übrige 2000. Rthl. extradirt worden, iſt ſie jure retenſionis in der Poſſeſſion der Güter mit Recht bis nach beſchehener Entrichtung der Gelder, ſo erſt im Januario 1674. erfolgt, und zwar nur zum halben Theil, nemlich 3000. Rthl. geblieben, um willen ſie aber nichts deſtoweniger Krafft der den 29. Oct. 1673. ergangenen Hochfürſtl. Reſolution ihr die d. anno 1673. eingeerndtete und genoſſene Früchten an den auf 7500. Rthl. geſetzten Melioramentis abkürtzen laſſen muß, ſo fordert ſie nicht unbillig dagegen die Zinſen auſſer den ihro auf verſprochene Zeit nicht bezahlten Geldern ob moram, quæ reipſa ex ſolo tardioris ſolutionis tempore ſine ulla denunciatione vel interpellatione contracta eſt,

Qui enim certo tempore ſolvere obſtrictus eſt, illo vero elapſo non continuo ſolvit, die pro homine interpellante, re moram commiſiſſe dicitur, & hinc, ſi cauſa talis ſit, in qua ex mora uſuræ debentur, qualis utique eſt tam datio, quam reſtitutio dotis quâ ex cauſa hîc pecunia illa ab Agnatis promiſſa, ad uſuras tenetur.

l. 12. C. de contrah ſtip. l. 59. l. 60. l. 77. l. 91. §. 3. l. 114. de verb. ſignif. l. 2. C. de j. Emphyt. junct. l. fin. §. 2. C. de j. tot. l. un §. 7. C. de rei uxor. act. §. 29. Inſt. de act. l. 32. §. 2. ff. de uſur. Arum, *de mora c. 4. n. 12. & 26.* Hagen *de Uſu Uſurar. cap. 9. n. 113. cum infinitis aliis ibi allegatis.* Hahn ad Weſenbec. *tit. de uſur. & fruct. & mora. n. 3.*

17 Deswegen wir dann billig Bedencken getragen, ihro der Fr. Wittib die Zins-Forderung wegen der zu ſeiner Zeit nicht bezahlten verglichenen Gelder abzuſtricken, und vielmehr ihr die Freyheit laſſen wollen, die offerirte und billig von Herren Klägern annehmende 120. Rthl. vor die 1673. jährige Nutzung auſſer den Volckerſchen Gütern an den determinirten 7500. Rthl. Meliorations-Geldern abkürtzen zu laſſen, oder an den mit Recht hergegen forderenden Zinſen auſſer den ihr auf Oſtern 1673. zu bezahlen verſprochenen, aber erſt im Januario 1674. entrichteten Geldern, oder andern rechtmäſſigen Prætenſionen, als an der ihr bereits Num. Act. 43. zugeſprochenen Satisfaction vor den weggenommenen Miſt, pro rata abgehen zu laſſen.

18 2.) Haben wir nicht weniger, weil Bekl. Fr. Wittib deſſen ſelbſt geſtändig, daß ſie mit ihren eigenthumlichen bey der Schäfferey zu Benningſen, ſo ſie in ihre Specification Num. Act. 38. ſelbſten unter die Lehn-Stück referiret, gehabten Schaafen, An. 1673. die Hut und Weyde allda genoſſen, und die obberührte Fürſtl. Reſolution vom 29. Octobr. 1673. vermag, daß ſie dasjenige, was ſie d. anno aus den Gütern genoſſen, eingeerndtet, und ſonſten von Melioramenten, als gail, gar und dergleichen abgangen, von der determinirten Æſtimation der Melioramenten ihr decourtiren laſſen ſolle, ſie die Fr. Wittwe dieſer ergangenen Reſolution zu folge condemniren müſſen, wegē alſo eigner Geſtändniß nach genoſſener Hut und Wayde mit ihren Schaafen, das der Orten gewöhnliche Wayd-Geld zu erſtatten, oder ihr an ihren habenden Forderungen abkürtzen zu laſſen, welches wir lieber alſo indeterminate wollen zuerkennen, als in ſpecie die von Klägern davor angeſetz-

gesetzte 50. Rthl. zusprechen, indem uns, wie groß die Anzahl der bey der Schäfferey gehabten Schaafe gewesen, so die Wayde genossen, unbekandt und ex Actis nicht zu ersehen, dazu verborgen, wie hoch etwann der Orten die Wayden angeschlagen zu werden pflegen, derenthalben wir simpliciter & indeterminate das der Orten gewöhnliche Wayd-Geld nur angesetzt, so mehr als doch diese Sach endlich allem Ansehen nach durch eine Commission zum Stande und in Richtigkeit wird müssen gebracht werden, von welcher Commission alsdann die Quantitas des Wayd-Gelds, pro gregis vel ovium numero, aliisque circumstantiis, am besten wird determinirt werden können.

19 3.) Vor die genossenen Hofdienste haben wir, daß Fr. Beklagtin ihro nichts abkürtzen zu lassen schuldig, der Ursach erkandt, weil dieselbe doch meistens zu Einheimsung der Früchten und Bauung der Felder werden præstirt seyn worden, und also den Herren Klägern mehr als Fr. Beklagtin zu statten gekommen, weil sie sonst weniger Früchten bekommen, cum constet impensas fructuum quærendorum & colligendorum gratia factas de fructibus deduci, eosque minuere, ita ut fructus non intelligantur nisi qui iis deductis supersunt.

l. 30. pro soc. l. 46. de usur. l. 7. §. fin. ff. sol. matrim. l. 16. de impens. in res dot. fact. l. 1. C. de fruct. & lit. expens.

20 4.) Hat beklagte Fr. Wittib, wie oben gesagt, beständig vorgegeben, und dabey beharret, daß sie von den Bennigschen ungezweiffelten Lehn-Ländern, in der Beylag Num. Act. 36. unter der ersten Zahl, nichts wircklich genossen, denn ob sie wohl die Früchten eingeerndtet, so habe sie doch selbige nicht zu geniessen bekommen, sondern es seyn dieselbe, nachdem Herren Klägere auf die im Januario 1674. gethane Bezahlung der 3000. Rthl. in die Bennigsche Lehn-Güter immittirt worden, auf dem Hof in den Scheuren liegen geblieben, ja ihr dazu viel von ihren eigenen Früchten von ihren Erb-Landen, samt allerley Haus-Rath und Mobilien, eigenthätig von der Herren Bennigsen Verwaltern innbehalten und weggenommen, das Thor ihro vor der Nasen zugeschlossen, das Vieh vom Hof gejaget, und ander Ubermuth und Gewaltthätigkeit verübet worden. Von welchem unverantwortlichen procedere die von der Fr. Wittib von Rehden darüber vielfältig geführte Querelen und wehmüthige Supplicationes, auch die darauf von Hochfürstl. Cantzley ergangene Mandata gnugsam zeugen;

21 Dergleichen Beschaffenheit es, ihrem Vorgeben nach auch mit dem Heu von der d. Num. Act. 36. unter der Zahl 3. angesetzten Graßmühlenwisch, und mit den Früchten vom Eydensee und Volckernissen Zehenden, dict. Num. Act. 36. unter der Zahl 4. denn solche gleichmässig in der Scheur beliegen blieben. So habe Fr. Bekl. ferner von der unter der Zahl 9. exprimirten Rehden Ohnwiesen nichts gehoben, gleichwie auch nichts von der Schäferey zu Arnen sub Num. 10. desgleichen nichts von den sub Num. 11. 12. 13. 14. 15. 16. notirten Puncten in d. N. Act. 36. Weil nun gleich balde nach im Jan. 1674. beschehener Bezahlung der 3000. Rthl. und darauf erfolgter Immission der Herren von Bennigsen in das Lehn-Gut Bennigsen, die Fr. Wittib von Rehden im Febr. d. An. 1674. einmal über das andermal geklagt über die grausame Insolentien des Verwalters der Herren von Bennigsen, daß er, ungeachtet dessen, daß ihr bey der Immission Versicherung gegeben worden von den Herren von Bennigsen, daß sie ihr Vieh zu Bennigsen ausfüttern, ihr Korn ausdreschen und ihre Mobilien wegführen lassen wolten, das Thor ihr vor der Nase zugemacht und sie excludirt, ihr den Schaafstall verschlossen, die Pforte im Garten zum Wasser vernagelt, dem Vieh das Wasser ausgegossen, und damit verursacht, daß ihr über 100. Schaaf Hungers gestorben, ja gar gedrohet alles Vieh wegzujagen, den Thor-Weg fürm Hause beschlossen, und ihre Leute mit den Wagen und Pferden nicht auflassen wollen um die Mobilien abzuführen, sie in Ausdreschung und Abführung ihres Korns gehindert, und ihr das ihrige vorenthalten, als ihr Schreiber eben damals zu allem Unglück gestorben, alle auf der Schreiberey befindliche Brieffschafften, wie auch dessen Laade und andere Sachen, nicht weniger die Schlüssel zum Boden, worauf ihr Korn gelegen, zu sich genommen, ohn daß er, Verdacht zu meyden, ihr vergönnet selbe mit zu versiegeln ꝛc. ꝛc. Darüber zwar Mandata inhibitoria und manutenentiæ ergangen, denselben aber, wie sie geklagt, keine Parition geleistet, wie die Beylagen von Num. Act. 66. bis 79. ausweisen; So ist wohl glaublich und vermutlich, daß der Bennigsche Verwalter, weil er der Fr. Wittib nicht ihr eignes Korn mit Ruh und Frieden ausdreschen u. abführen lassen, ihr so weniger werde die Früchte von den Lehn-Ländern, Meyer-Höffen und Zehenden haben ausdreschen und abführen lassen, könte also wohl seyn, daß sie hiervon und von andern Lehn-Stücken, wie sie beständig vorgeben, wenig oder nichts genossen. Jedoch weil Gegentheil solches beharrlich contradicirt, und desto eher aus der Sache zu kommen, der Fr. Beklagtin das Juramentum judiciale hierüber deferirt, daß sie mediante illo anzeigen und specificiren solle, ob und was sie von allen den in ihrer übergebenen Verzeichniß N. Act. 38. selbstgestandenen und specificirten Bennigschen Lehn-Gütern, insonderheit von dem sub Num. 1. 3. 4. 9. & seqq. exprimirten Stücken in Num. Act. 36. erhoben und genossen, Fr. Bekl. auch keine gnugsame Rechts-beständige Ursach, und illud juste recusandi causam, sich davon zu liberiren, angeführt, so haben wir Fr. Beklagtin die Abschwörung dessen auferlegen müssen, in reiffer Erwegung

22 quod omni tam divino quam humano jure

23 *vid. Hebr. 6. v. 16.* ubi juramentum omnium controversiarum finis ac terminus esse dicitur.

l. 11. l. 3. l. 34. ff. de jurejur.

in cujusvis actoris ad probandum obstricti potestate & arbitrio sit, in quibuscunque non exceptis causis, adversario jurament. judiciale deferre, etsi deferens

24 nihil plane probaverit. Etsi enim, si actor nihil probaverit, juramentum reo delatum legitime recusari, nec ipsum tum illud præstare cogi, videri posset, ex eo, quod actor & reus non possint aut debeant ad imperia obligari. Actore autem intentionem suam probante reus condemnatur, ita ut ei non liceat actorem ad juramentum provocare

c. 2. X. de probat.

Ergò

Ergo ex contrario, actore non probante, reus pariter absolvendus esse videri posset, etsi ipse nihil præstet, ut est in

l. 4. C. de edend. c. fin. §. 1. de jurejur.

25 Attamen contrarium, quod scil. actor Juramentum Judiciale reo etiam eo casu cum effectu deferre possit, quo nihil penitus probavit, neque aliquid probare incepit vel conatus est, sed a regulari & ordinaria probatione ab initio semetipsum submovit, verius est. Jura etenim nostra generaliter cuique litiganti, cui onus probandi incumbit, permittunt, si ab ordinaria probatione prorsus abstineat, intentionis sui fundamentum [conscientiæ partis adversæ committere, eique juramentum judiciale deferre, sicque illum in propria causa testem & judicem facere, ac ipsum facta delatione vel jurare vel juramentum deferenti referre, aut condemnandum esse volunt.

l. 34. §. ait Prætor. l. 38. ff. de jurej. l. 9. C. eod. l. fin. C. de fideicommiss.

Neque Leges usquam distinguunt, utrum deferens aliquid vel nihil probarit, minusque quoad delationem juramenti aliquam probationem ex parte actoris deferentis juramentum requirunt. Legibus igitur non distinguentibus, nec nostrum erit distinguere aut casum legibus non exceptum excipere, sed cum Legibus generaliter loquentibus generaliter loqui

arg. l. 8. ff. de publ. in rem act. junct. d. l. 34. §. 6. l. 38. ff. l. 9. C. de jurejur. l. 35. pr. ff. eod. ibi: *omnibus probationibus aliis deficientibus. l. 25. §. pen. de prob.* ubi ei cui onus probationis incumbit licentia conceditur adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre absque ulla distinctione. *l. pen. pr. C. de reb. cred.* ibi: vel in principio litis E. & quo tempore nihil dum probatum est. *l. ult. §. 10. C. de jur. delib.* ibi: vel per Sacramentum illius si aliæ probationes defecerint.

maxime cum juramenti hujus delatio in effectu sit species probationis, eum in finem inventa & approbata ut aliarum probationum defectus hoc modo suppleatur.

l. 5. §. 2. de jurejur. c. 2. x. de probat. Vinn. *lib. 1. qu. sel. c. 42.* Henr. Nebelkræ. *dec. 12.* Ant. Tessaur. *dec. 93.* Setser. *de Jurament. lib. 4. c. 2. n. 46. seqq.* B. D. Lauterbach. *de Jurament. §. 5. n. 79.*

26 Jedoch haben wir 5) bekl. Fr. Wittib die Freyheit gelassen, den ihr deferirten Ayd dem Gegentheil zu referiren, daß er mittelst des ihm referirten und ablegenden Ayds anzeige, daß bekl. Fr. Wittib weder von ihnen noch ihrem damahligen Verwalter in Ausdresch- und Abführung der anno 1673 eingeerndten und gehobenen Früchten von den Lehn-Gütern, Mayerhöffen und Zehenden, gehindert worden, und davon nichts auf dem Hoff geblieben;

oder ihr Gewissen sonst mit anderem Beweiß, per testes aut Instrumenta, zu vertreten,

Jura enim hanc licentiam ei, cui juramentum judiciale delatum est, indulgent, ut si velit illud deferenti referre possit 27

d. l. 34. §. fin. l. 38. ff. de jurejur.

Sic ut deferens juramentum sibi relatum omnino præstare cogatur, nec illud iterum referre queat, nec quoque admittatur, si suam intentionem alio modo docere velit, (quia viam hanc ipse elegit, legemque eam tulit, quam proinde ambulet, nec transgrediatur,) sed si ipse relatum sibi juramentum recuset præstare, pro confesso & convicto habeatur & a judice contra illum judicandum sit, appellatione remota & denegata eidem.

d. l. 34. §. 7. ff. l. 12. §. 1. C. de jurejur. Carpzov. *p. 1. c. 14. d. 4.* B. D. Lauterb. *d. §. 5. n. 86.*

Quod si etiam is, cui Juramentum Judiciale delatum antequam acceptaverit, alio modo, testibus scil. vel Instrumentis, intentionem suam probare velit, omnino audiendus & ad id admittendus est, nec tunc jurare nec jusjurandum referre cogendus.

l. 30. ff. de jurejur. c. 2. x. de probat.

non enim turpiter facere videri potest, sed modeste potius, qui religione magis quam conscientia motus tam facile jurare nolit, sed aliis probationibus conscientiam liberare malit.

l. 8. ff. de condit. instit. l. 21. C. de fid. Instrum.

Hinc conscientiam probationibus defendere volenti, at nihil probanti etiam ad juramentum datur regressus.

Carpzov. *p. 1. c. 14. d. 18.* Mev. *p. 4. dec. 5.*

modo probationem non deseruerit, hoc enim si fecerit, haud habet regressum.

Carpzov. *d. c. 14. d. 23.* Brunnem. *ad l. 30. ff. de jurejur.*

Von der Zahl deren in eine Huffe rechnenden Morgen, so dann von den Beybauren und Haußlingen zu Beanigsen, desgleichen von dem Obst- Lust- und Bleichel- Gardten daselbst haben wir 6.) deswegen abstrahirt, und keine Meldung gethan, weil Fr. Beklagtin gemeldt, und beständig darauf verblieben, daß sie von dem ihro in diesem Puncten inferirten Gravamine ad Judicium Imperatoris Aulicum appellirt, davon auch in diesen Actis Num. 153 & 154. und in dem wegen zugefügten Schadens durch üble Bauung der Felder geführten Process Num. 37. 38. 39. testirt, und die Sach allda noch anhängig und undecidirt, dem zwar Klägere widersprochen, und sich auf das Decretum sub Lit. J. K. Num. Act. 166. bezogen, wir haben aber in rei incerti- 28

29 tudine lieber diese Puncten silentio præteriren wollen, als zu Præjuditz darin was sprechen. Denn ist die Sach am Kayſ. Reichs-Hof-Rath nicht mehr anhängig, so bleibt, was darin den 4 Sept. 1686 decretirt, und können die Nutzungen auch mit zu verrechnen. Ist sie aber allda noch anhängig, so muß deren Decision von solchem Hochpreißl. Gericht darinn erwartet werden, und kan Fr. Beklagtin vorher zu keiner Rechnung einiger daraus erhobener Nutzung angehalten werden.

Es würde wohl das beste und fürträglichste Mittel seyn, wann diese beschwerliche und kostbare Sach unter so nahen Verwandten durch eine Commission in der Güte, welche omnibus modis zu tentiren wäre, gäntzlich gehoben und beygelegt werden könnte, worzu wir auf alle Weise und Wege rathen wollten.

Welches wir, salvo &c. Actum in Collegio nostro den 7. Martii 1698.

CONSILIUM LXIX.

De

Validitate Testamenti, disponentis subscriptione in omnibus paginis, quam hic antea in animo habuerat, non secuta. Nec non de testamento secundum statuta loci condito ubique rato.

SUMMARIA.

1. Ut testator testamentum ab alio conscriptum mox sub ultima cuiusvis paginæ linea subscribat, nullo juris textu requiritur, sed id saltem, ut testamentum non holographum a testatore, aut si hic literarum imperitus sit, ab octavo teste subscribatur.

2. Quod adesse vel abesse potest, salvâ rei substantiâ, ejus defectus actum non infirmat.

3. Testator ad solennitates, quas ipse sibi præscripsit, præcise observandas non est adstrictus.

4. 5. 6. Illustratur hoc exemplis LL. jung. n. 7.

8. Rogatio specialis ad actum testandi in testibus exigitur.

9. Hinc, si fortuito testes convenerint, vitiatur testamentum.

10. Nisi postea specialiter ad hunc actum rogentur.

11. Rogatio testium non præsumitur.

12. Probatur rogatio ex ipso testamento, quamvis a testibus non specialiter subscripto.

13. Etsi nonnulli generalem testium subscriptionem non sufficere contendant.

14. A qua sententia, ceu nullis LL. subnixa, receditur.

15. 16. Plus valet quod est in veritate, quam quod in opinione.

17. Qui liberos habet, eos vel necessario instituere, vel rite & expressè, si justam habet causam, exheredare tenetur.

18. Hoc vero de cæteris agnatis aut cognatis collateralibus dici non potest, ut ut testamento non facto, ex præsumpta defuncti voluntate ab intestato succedant. add. n. seq.

20. Hypotheca in bonis testatoris constituta testamenti factionem nullatenus impedire potest.

21. Et seqq. Demonstratur ex juris communis txx. specialibus atque interpretibus, Testamentum, secundum statuta loci conditum se extendere ad bona ubicunque sita.

FACTI SPECIES.

AUs beygehendem Arbore consanguinitatis A. ist zu ersehen, was massen Titius, als pro præsenti casu stipes communis zwey Söhn, benanntlichen Sempronium und Lucium gebohren, aus dem Ersteren seynd hergekommen Cajus und Lupus, aus dem andern aber Caja, Titia, Lucia und Sempronia, diesemnach aus Lucia, Lucianus;

Nachdeme nun die beede ex communi stipite descendentes Sempronius, und Lucius, nach Absterben deren Vatters Titii, zur Brüderlichen Abtheilung geschritten, und Sempronius in compensationem deren an sich gezogenen Herrschafften, und Gütern, seinem Bruder Lucio eine nahmhaffte Summam Gelts zu refundiren schuldig worden, solche aber, morte, præventus, nicht abgestattet, sondern diese mit ob-angezogener Summa Gelts refusoriè verhaffte Herrschafften, und Güter, seinem Sohn Cajo (nachdeme der andere Sohn Lupus ohn Leibs-Erben abgestorben) erlassen, welcher dann auch noch vor dem Erb-Lasser gleichfalls ohne Leibs-Erben diß Zeitliche gesegnet, vor seinem Hinscheiden aber ein Testamentum (worinnen sich zwar

post

poſt Teſtatorem 7. Adeliche Gezeugen, jedoch nicht, als Teſtes rogatos, ſondern nur purè mit Andruckung deren Pettſchafften ihre Namen unterſchrieben haben) gemacht, und in ſelbigem einen, zwar auch etwas, jedoch weitſchichtig verwandten, nun alſo genanndten Ruffum, cum tacita propinquiorum excluſione, pro hærede univerſali inſtituirt, ſolche Inſtitution aber (die er doch morte præventus nicht mehr hat emendiren können) ob non adimpletam debitam refuſionem fraternam wehemüthig bereuet, auch die Folia Teſtamenti, nach der Copeylichen Beylag B. wie er Teſtator ſonſten in contextu Teſtamenti vermuthlichen pro ſigno ex inſtituto, von Blatt zu Blatt, ſelbſt eigenhändig unterſchrieben zu haben, allegiret hat, nicht unterſchrieben.

Worauff dann Hæres inſtitutus mit Aſſiſtenz Einer Wohl-Löbl. Ober-Oeſterreichiſchen Regierung, als loco Teſtamenti conditi die Hæreditæt ſine convocatione eorum, inſuper conſanguinitatis gradu propinquiorum, quorum ex capite, tam quæſitæ, quam conſtitutæ hypothecæ tacitæ maximè intererat, angetretten, zumahlen die im Reich gelegene, und mit vorgedachter annoch ſchuldigen Compenſation verhaffte Herrſchafften und Güter in würckliche Poſſeſſion genommen.

Deme entgegen man ex parte intereſſentium, lauth der Copeylichen Beylag C. bey der Röm. Kayſerl. Majeſt. pro editione Teſtamenti & Inventarii ad inſpiciendum & ſibi proſpiciendum allerunterthänigſt gebetten, aber mehrers nicht, als entlichen eine Tag-Satzung erhalten hat, bey welcher dann mit Hintertreibung des Petitorii man beklagter ſeits die Sach nur declinatoriè tractiret, ſolche Exceptionem dann auch nach Ausweiſung Protocolli, und Interlocutoriæ hier ſub D. erhalten, dieſemnach ſolcher obwohlen biß anhero reclamirt- und contradicirten Poſſeſſion inhærirt hat.

Woraus dann die Quæſtiones entſtehen, und zwar

1.) Ob ſolches Teſtamentum propter à Teſtatore pro ſigno ex inſtituto allegatam ſed non inſecutam ſubſcriptionem omnium & ſingulorum Teſtamenti foliorum, und

2.) Weilen die obwohlen Adeliche 7. Gezeugen, ſich nicht, cum requiſita alias expreſſione als Teſtes rogatos unterſchrieben haben, de Jure & conſuetudine Imperii beſtehen könne, beſonders ohne deme nicht zu præſumiren, ſondern einer mehreren Prob als in inſtitutione neceſſariorum hæredum per anhero vonnöthen iſt, daß jemand cum excluſione ſive tacitâ ſivè expreſsâ propinquiorum qui inſuper tam propinquitatis quàm conſtitutæ hypothecæ titulo Jus quæſitum in hæreditate jam habent, teſtiren ſolle, könne oder möge? Und wann ſolches Teſtamentum anſelbſten ratione requiſitorum auch gültig wäre, und ex capite ſolennitatum nicht umgeſtoſſen werden könnte, ob

3.) ſolches nicht ex defectu poteſtatis teſtandi über dergleichen obgedachter maſſen afficirte Herrſchafften und Güter propter tam enormem ſanguine propinquiorum læſionem invalidirt werden möchte? und

4.) Die Ober-Oeſterreichiſche ſolennitates condendi Teſtamenti aus denen Ober-Oeſterreichiſchen Landen, als wo dieſes gemacht worden iſt, und man per interlocutoriam das Forum ſelbſten judicialiter aberkennt hat, auf die im Reich gelegene Herrſchafften und Güter gezogen, und erfordert werden können?

5.) Bey welchem Reichs-Dicaſterio ſolchemnach; und

6.) ex quo capite actionis die Sach nun füglicher reaſſumirt? auch ob

7.) ſolche cum fundamento Juris und ex Jure ad effectum ausgeführt? oder ob nicht etwann

8.) vorträglicher ſeyn möchte, zur ſo geſtallten Sachen eine Kayſerliche Commiſſion allerunterthänigſt auszubitten?

Hierüber ſammentliches dann pro meliori elucidatione & fundamento, um ein gantz ohnpartheyiſch Rechtliches Gutachten, beſonders aber circa quæſtionem an & quomodo, angelegentlich ausgebetten wird.

RATIONES DECIDENDI.

Als uns Decano und andern Doctoribus und Profeſſoribus der Juriſten-Facultæt bey gemeiner Hochfürſtl. Würtembergiſchen Hohen Schul zu Tübingen vorſtehende Facti Species mit Beylagen A. B. C. D. jüngſthin zugeſandt worden, um unſer Rechtliches Gutachten über die derſelben angehengte Fragen förderlichſt zu ertheilen; So haben wir, ſo bald es anderer Geſchäfften halber ſeyn können, und zumahl die von zerſchiedenen Chur- und Fürſtl. Höfen und Hof-Gerichten mit unterſchiedlichen Actis anhero geſandte und auf ihre Expedition wartende Botten abgefertigt geweſen, nicht unterlaſſen, ſelbige mit Fleiß zu durchleſen und reifflich zu erwegen, in angeſtellter Collegialiſcher Deliberation aber einmüthig davor gehalten, den Rechten gemäß zu ſeyn, wie bey einer jeden Quæſtion abſonderlich folget. Und zwar ſo viel erſtlich

Die Erste Frage:

Ob das von Cajo auffgerichtete in copiis **beyliegende** Testament propter à Testatore pro signo ex Instituto allegatam sed non insecutam subscriptionem omnium & singulorum Testamenti foliorum **zu recht bestehe und gültig sey?**

1 concernirt, können wir dieselbe anders nicht denn dahin beantworten, daß obgleich der Testator zu Ende seines Testaments gemeldet, daß er solches selbsten in allen Blättern und Seiten mit eigener Hand zu Ende unterschrieben, gleichwie er in fine gethan, dennoch dasselbe, daß jenes nicht geschehen und erfolget, nemlich daß der Testator zu Ende aller Blätter und Seiten seinen Namen nicht unterzogen, dem Testament an seinem Bestand und Gültigkeit nichts benehme, sondern solches einen als den andern Weg zu recht kräfftig und beständig sey, dieweil nirgends, neque in Jure Civili Romano, neque in Recessibus Imperii, neque in Jure Canonico, pro substantiali vel essentiali Testamenti requisito erfordert wird, daß der Testator auf allen Seiten und Blättern des Testaments seinen Nahmen unterschreibe, sondern allein diß pro necessaria solennitate Testamenti scripti die Rechte erfordern, daß wann der Testator nicht das gantze Testament mit eigner Hand geschrieben, er doch dasselbe subscribire und mit Unterziehung seines Namens bezeuge, daß diß sein freyer lieber letzte Wille sey, so in vorstehenden Blättern begriffen, und falls er selbst schreibens nicht kundig, oder durch Kranckheit solches zu thun verhindert würde, einen Zeugen weiter, als sonst vonnöthen, adhibire, welcher Supernumerarius Testis in seinem Nahmen das Testament unterschreibe, ungefehr auff die Arth und Weise, quoad sensum, non quoad verba, wie

Durandus *in suo speculo tit. de Instrumenti editione §. compendiose. n. 40.*

zeuget in præsenti formula: Ego R. mandato A. literarum ignari, vel subscribere propter corporalem ægritudinem impediti, hoc ejus testamentum, tam heredis institutionem, quam cætera in eo contenta suo mandato mea propria manu scripsi: & eo postea præsente paginam clausam & ligatam infra scriptis testibus ab eo vocatis & rogatis, omnibus simul præsentibus, offerente & asserente id, quod in eâ continetur suum esse testamentum & à me scriptum, præsentem subscriptionem meam vice & nomine suo ejus mandato apposui & in testimonium me subscripsi,

vid. l. 21. l. 28. C. de testament.

Derowegen der Abmangel der Subscription des Testatoris auf allen Seiten und Blättern des Testaments, zumahlen, da er sich nicht limitativè, restrictive & taxative an die Form also zu testiren gebunden und adstringiret, nicht machen oder operiren kan, daß das Testament deßwegen ungültig und unkräfftig zu schätzen sey. 2

Quod enim adesse vel abesse potest salva rei substantia, ejus defectus vel absentia non potest actum infirmare vel invalidum reddere.

Obgleich der Testator gesagt, daß er auf solche Weise testirt habe, oder testiren wolle, daß er seinen Nahmen auf allen Seiten und Blättern unterschreibe, 3

Non enim testator ad solennitates, quas ipse sibi præscripsit, præcisè observandas astrictus est, si à legibus eædem haud exigantur. Nam solennitates testamentariæ sunt ac dependent ex Jure Publico, proinde circa eas quicquam immutare addendo vel detrahendo testatoribus haud est integrum, consequenter in casum contra factionis dissona voluntas in hoc pro nulla habetur. Quo facit

arg. l. fin. pr. ff. de legat. 2. ubi testator in testamento suo cavit, si heres quid scriptum ac obsignatum ab eo reperiat, id vice Codicillorum valiturum, reperit ille Epistolam fideicommissariam non obsignatam, quæritur ergo an hæc Epistola vice codicilli valeat? videtur quod non, quia dixit de scriptura obsignata, hæc vero non fuit scriptura obsignata, ergo hæc non valebit vice codicilli argumento à contrario sensu. Sed contrarium respondetur quod scriptura illa vice codicilli observanda, dummodo de fide ejus constet.

Deßgleichen kan in confirmationem ejus gezogen werden 4

l. 6. §. 2. de Jure codicill. ubi JCtus respondet: Licet in confirmatione codicillorum Paterfamilias adjecerit, quod non aliâs valere velit, quam sua manu signatos & subscriptos, tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo signati neque manu ejus scripti fuerint: nam ea quæ postea geruntur prioribus derogant.

Vi cujus textus quoque 5

Zepper. *tr. de clauſ. codicill. cap. 8. n. 42. & 43.*

resolvit, quod cum indubitati & certi juris sit, quod non sit necesse, ut vel sigillum vel etiam subscriptio disponentis ad codicillos accedat, sed imo etiam absque subscriptione

ſcriptione aut ſignatione codicillantis ſubſiſtant, ſive ſcripti ſive nuncupativi ſint,

per l. 6. §. 1. de jur. codicill.

idem etiam verum ſit, licet in confirmatione codicillorum diſponens dixerit, ſe non velle aliter codicillos valere, quam ſi à ſe ſignentur vel ſubſcribantur, nam nihilominus ſubſiſtere codicillos ab eo factos, etiamſi id ab eo non obſervatum, neque ſigillum ejus neque ſubſcriptio iis acceſſerit, cum poſteriora prioribus derogent, & in ultimis voluntatibus noviſſimæ ſtandum ſit. Etiamſi ergo antea in animo habuerit codicillans manu ſua ſignare & ſubſcribere codicillos, & in teſtamento adjecerit, ſe non aliter codicillos valere velle, quam ſi manu ſua fuerint ſubſcripti atque ſignati, quia tamen voluntatem mutavit, & poſtea codicillos conſcribens neque ſubſcripſit, neque ſignavit, merito in eo acquieſcendum.

Confer. Pantſchman. *p. 3. q. 13. num. 53.* B. D. Bardili *Diſp. de Scheda teſtament. cap. 5. th. 8.* Dn. Collega D. Harpprecht. *vol. 1. Conſ. 5. num. 136. ſeqq.*

6 In argumentum itidem trahi poſſet, quod in ſimili de mandato Procuratorio tradit

Dn. Stryck. *Diſp. de cautel. abundant. in contract. n. 55.*

quod licet illi inſerta vel adjecta ſit clauſula: Zu mehrer Verſicherung habe ich ſolches mit meinem Tauff- und Zunahmen unterſchrieben, und daneben mein gewöhnlich Pittſchafft angedruckt, valeat tamen, etſi ſubſignatio non ſecuta fuerit.

7 Wann alſo nur aus des Teſtatoris eigenhändiger zu Ende des Teſtaments angehengter Subſcription kund und offenbahr, daß ſolches ſein freyer letzter und liebſter Will ſey, ſo kan die nicht erfolgte Subſcription auf allen Seiten und Blättern demſelben kein Nachtheil bringen oder gebähren. Um ſo weniger als es ein Teſtamentum nuncupativum von dem Teſtatore genennt wird, wiewohl nichts abgehet von denjenigen Solennitatibus, die ad Teſtamentum ſolenne ſcriptum erfordert werden.

Die andere Frage iſt:

Ob beſagtes Teſtament de Jure & conſuetudine Imperii beſtehen könne, weil, obwohl in der Zahl ſieben Adeliche Gezeugen, dennoch ſich nicht cum requiſita alias expreſſione als Teſtes rogatos unterſchrieben haben?

8 Welche wir ebenmäßig anders nicht dann affirmative beantworten können. Angeſehen ob zwar ſpecialiter ad evitandam fraudem recipirt in Teſtamenten, daß die erforderende Sieben Gezeugen nicht allein gebeten, ſondern inſonderheit zu Auffrichtung des Teſtaments beruffen und genommen, wie der Reichs-Abſchied redet, de Anno 1512. von Unterricht der Notarien. tit. von Teſtamenten. §. Es iſt auch ꝛc. ſeu ut ſpecialiter rogati præmonitique ſint de cauſa, ad quam adhiberi debent, ut ſcil. Teſtamenti factioni interſint

l. 21. §. 2. ff. qui teſtam. fac. poſſ. ibi: teſtes rogati adeſſe debent. *l. 21.* ibi: eamque rogatis teſtibus. *l. fin.* ibi: quos ad teſtimonium convocari neceſſe eſt &c. *C. de teſtam. Auth. rogati. C. de teſtib.*

und wann ſie ſonſt ohngefehr zuſammen gekommen, oder einer andern Sache halber zuſammen beruffen, ad teſtandum untauglich ſeyn, 9

per d. Auth. rogati. verb. non fortuito vel tranſeuntes veniant. *d. l. 21. §. 2. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* ibi: alterius rei cauſa forte rogatos non eſſe idoneos placet. *d. l. 21. C. de teſtam.*

wo ſie nicht vorher certiorirt worden, daß ſie ſollen zum Teſtament oder Auffrichtung eines letzten Willens adhibirt werden, 10

d. l. 21. §. 2.

und in dubio nicht præſumirt wird, daß ſie ſpecialiter beruffen und rogirt ſeyn, quia nulla ſolennitas extrinſeca, qualis eſt rogatio teſtium, regulariter præſumitur, ſed, ut facti, probanda eſt 11

l. 13. in fin. de publican. Menoch. *Conſ. 622. num. 18.*

So iſt doch, daß dieſe Solennität bey dem teſtamento quæſtionis beobachtet, und die Zeugen ſpecialiter zu Auffrichtung des Teſtaments gebeten, ermahnet und beſprochen, oder darzu beruffen und genommen worden ſeyn, durch das Teſtament ſelbſt, und das darüber von dem Notario Publico auffgerichtete Inſtrument gnugſam erwieſen, als darinn expreſsè enthalten, daß darneben ſie Hrn. Gezeugen ſambt und ſonders mit Fleiß erbeten, daß ſie deß ſeines auffgerichteten Teſtaments und letzten Willens ingedenck ſeyn, auch ſolches ſein Teſtament neben ihm Hrn. Teſtatore mit eigner Hand unterſchreiben, und ihre Pettſchafften davor drucken wollen, und werden ſie darinn aliquoties ſonderbahr mit Fleiß erbetene und beruffene Zeugen genennet, auch immediatè vor ihren Namen ſchreibt der Teſtator in ſeiner Special-Subſcription noch, daß er deßwegen gegenwärtige Herren Zeugen alles Fleiſſes gebeten, deſſen alſo Gezeugen zu ſeyn, und gleichfalls ihre eigene Handſchrifft und Pittſchafften fürzuſtellen. Darum kein 12

Nachtheil bringt, daß sie Gezeugen selbst in oder bey ihrer Subscription dessen nicht gedencken, daß sie specialiter zur Auffrichtung des Testaments beruffen oder erbeten seyn, noch daß sie nicht erwehnen, daß sie des Caji Testament oder letzten Willen unterschrieben, sondern nur bloß ihre Namen unterzogen und weiter nichts dabey gemeldt.

13 Etsi enim nonnulli non sufficere generalem sed requiri specialem testium subscriptionem ita e. g. Ego hac mea manus subscriptione & subsignatione testor, in hoc Instrumento contineri ultimam voluntatem Titii, contendant idque propter

l. pen. ff. qui testam. fac. poss. ut Reusner. *de testam. p. 3. cap. 26. num. 7.* Richter *ad l. 21. C. de testam. num. 47.* ubi ita judicatum refert. Cothmann *vol. 5. Cons. 10. num. 299.*

14 Attamen ab hac sententia alii recte recedunt ex eâ ratione, quod nec in codice nec in Recessibus Imp. hujus solennitatis mentio fiat, in *d. l. pen.* autem non mandati, sed decentiæ verbum saltem occurrat

Brunneman. *ad d. l. pen. num. 2.* ubi dicit, durum esse, ob defectum specialis & scrupulosæ subscriptionis testamentum nullum pronunciare. Manz. *de testament. valido & invalido. tit. 4. q. 1. num. 120.*

15 Weniger mag einigen Scrupel oder Ursach contra testamentum zu sprechen machen oder geben, daß bey dieser Quæstion angeführet wird, daß ohne dem nicht zu præsumiren, sondern einer mehrern Prob als in institutione necessariorum heredum per anhero von nöthen sey, daß jemand cum exclusione sive tacita sive expressa propinquiorum, qui insuper tàm propinquitatis, quàm constitutæ hypothecæ titulo jus quæsitum in hereditate jam habent, testiren solle, könne oder möge; denn weil die klare Disposition in medio ligt, und Cajus coram testibus, & Notario qui desuper Instrumentum Publicum confecit, bezeuget, daß er für sich selbst, proprio motu, zumahlen gar nicht aus anderwärtiger Anleitung, sondern freyen unbezwungenen eigenen Willen solche testamentarische Disposition und letzten Willen, zur Zeit, als er dessen alles wohl Macht, Gewalt, auch unwidersprechliche Befugniß habe, verfassen, begreiffen und auffsetzen lassen &c. so ist ipsa rei evidentia vorhanden, wo aber ipsa rei evidentia vorhanden ist, da müssen alle widrige conjecturæ & præsumptiones weichen.

16 Plus enim valet quod est in veritate, quam quod in opinione.

§. 11. Inst. de legat.

Et præsumptionem cedere oportet veritati, quia veritas prævalet præsumptioni

l. 57. ff. de jur. dot. l. fin. pr. ff. quod met. causa &c. l. 25. ff. de probat.

bekandt ist ex jure, daß wann einer keine Kinder oder Descendentes hat, (hos enim qui habet, præterire eos nequit, sed vel necessario instituere vel exheredare rite & expresse tenetur, & potest sine metu impugnationis testamenti sui, si justam causam habet 17

l. 3. ff. de lib. & posthum. her. inst. vel exhered. §. 5. Inst. de exhered. liber.

idque propterea ut priori modo confirmetur dominium rerum hereditariarum in liberos ex voluntate patris posteriori verò modo, ut ab isto dominio per judicium paternum removeantur. Intelliguntur enim ipsi quia naturaliter sunt pars parentum vivis parentibus quodammodo Domini esse (καὶ ἐλπίδα & per anticipationem) rerum paternarum, & jus quæsitum in iis habere, jurisfactione

l. 11. ff. de lib. & posthum. Hahn. ad Wesenbec. *tit. de hered. instit. num. 3.* ad verba: Et etiam vivo patre Domini &c. Puffendorff. *de Jur. nat. & gent. lib. 4. c. 11. n. 7.*

Quod de cœteris agnatis aut cognatis collateralibus dici haud potest, utut testamento non facto ex præsumpta defuncti voluntate ab intestato succedant, pro sanguinis propinquitate peculiari affectu animos conjungente, ita, ut quo quisque propior est sanguine, eo etiam propinquior hereditati ad remotiorem excludendum. 18

Puffendorff. *d. c. 11. num. 15. 16. seq.* Grot. *l. 2. cap. 7. num. 14. Nov. 118. c. 3.* ibi Interpretes.)

Er sein verlassendes Haab und Gut vermachen mag weme er will, und zu deme er die Affection trägt, oder den er es am besten um ihn verdienet zu haben vermeint, und von wem er die meiste Freundschafft und Gutthaten empfangen, daher sich zur Vergeltung solcher genossenen Freundschafft und Wohlthaten gegen ihn am meisten verbunden hält, so daß er auf die sanguinis propinquitatem zu sehen eben nicht adstringirt ist, sondern pro arbitrio disponiren, und sein Vermögen auch gantz Fremden, so es um ihn verdient, zuwenden mag, per testamentariam dispositionem, ohn daß die nächste Verwandte die Jura proximioris cognationis inclamiren, eaque violata esse klagen, und etwas wider den letzten Willen cum effectu moviren könnten, solchen deswegen umzustossen.

arg. l. 8. C. de inoff. test. l. 10. C. fam. ercisc. Nov. 18. c. 1. 2. Nov. 115.

Und weil hier der defunctus Testator auf Conservation seines Stammens und Namens oder seiner Familiæ, davon er entsprossen 19

sen, gesehen, und deswegen auf seinem Vermögen, insonderheit auf seinen hinterlassenen Adel. Land-Gütern und Herrschafften, mit aller Ein-und Zugehör, so viel daran sein Eigen und nicht Lehen, ein perpetuum Fideicommissum familiæ gestifftet und geordnet, ist sich nicht zu verwundern, daß er einen remotiorem agnatum proximioribus cognatis in alia familia existentibus præferiret, denen doch ihr jus hypothecæ si quod habent, auf solchen Gütern in salvo bleibet, biß ihnen ihre Schuld, deswegen sie ihnen hypotheciret, bezahlet.

Drittens wird gefraget:

Wann solches Testament an sich selbst ratione requisitorum **gültig wäre, und** ex capite solennitatum **nicht umgestossen werden könnte, ob es nicht** ex defectu potestatis testandi **über dergleichen obgedachter massen** afficirte **Herrschafften und Güter** propter tam enormem sanguine propinquiorum læsionem **invalidirt werden möchte?**

20 So wenig wir aber sehen, daß das Testamentum quæst. ratione requisitorum ungültig, noch daß es ex capite solennitatum umgestossen werden könnte, so wenig finden wir, daß es ex defectu potestatis testandi über dergleichen afficirte Herrschafften und Güter, vel ex læsionis capite impugnirt werden könnte. Denn der Testator expresse protestirt, daß wie er über sein übriges gantzes Vermögen, also über die verlassende beede Adeliche Land-Güter und Herrschafften N. N. samt allen derselben Recht und Gerechtsamen, Hoch-und Niedern Obrigkeit, auch aller anderer Ein-und Zugehör, Nutz, Gefäll und Einkommen, so viel daran sein Eigen und nicht Lehen ist, disponire, in so weit aber ist er dessen gantz wohl befugt gewesen, weil kein defectus personæ, qui ipsam ad testandum inhabilem reddidisset, allegiret, die auf solchen Gütern aber constituirte hypothek si quæ constituta, hat die testamenti factionem nicht hindern mögen,

arg. l. 57. de legat. 1. l. 6. C. de fideicomm. §. 5. Inst. de legat.

auch haben die proximiores cognati ex propinquitate sanguinis kein jus quæsitum ad eandem testamenti factionem impediendam gehabt, deswegen sie auch ex capite læsionis das auffgerichtete Testament nicht impugniren können.

Die vierte Frage

bestehet hierinnen:

Ob die Ober-Oesterreichische Solennitates condendi testamenti **aus den Ober-Oesterreichisch. Landen, als wo dieses Testament gemachet worden ist, und man** per Interlocutoriam **das forum selbsten** judicialiter **aberkennet hat, auf die im Reich gelegene Herrschafften und Güter gezogen und erfordert werden können?**

da bey uns gantz kein Zweiffel waltet, daß wann 21
der Verstand der Quæstion dieser, ob das nach den Ober-Oesterreichischen solennitäten auffgerichtete Testament auch gültig sey, ratione der Güter, so ausser Oesterreichischen Landen im Reich gelegen, selbe mit Ja zu beantworten sey. Denn es ist fast ein allgemeiner Rechtschluß, daß die Statuta welche von dem allein caviren, was ad actus solennitatem gehört, weil sie weder rem noch personam, so den Actum celebriret, sondern allein ipsam formam actus, qui fit in loco statuti, afficiren, in allweg ihre Krafft und Würckung auch ad bona extra statuentis territorium alibi sita tam immobilia, quam mobilia extendiren, und in illis vim suam exeriren.

quoniam cum actuum solennia ad eorum spe- 22
ctent jurisdictionem in quorum territorio celebrantur,

per l. 6. ff. de evict. l. 3. in fin. ff. de testib. l. 2. C. quemadm. testam. aper. l. 9. l. ult. C. de testam.

consequens est, ut actus secundum jus & statutum loci recte & legitime perfectus ubique vigorem suum obtineat, & ejus juris, cui persona agentis subjecta est, potius ratio habeatur, quam loci bonorum, quæ illius sunt accessio.

d. l. 6. de evict. l. 1. C. de emancip. liber. l. 34. de reg. jur. Schurff. *cent. 2. Cons. 26. n. 4.* Barbos. *in l. heres absens. n. 60. seqq. de judic.* Gudelin. *de jure noviss. l. 2. c. 5.*

Aus welchem principio dann die Dd. fast ins- 23
gemein in specie de testamento inferiren, quod si alicubi statutum sit a Jure communi exorbitans quo coram 4. 3. aut 2. testibus, vel alio, quam isto constitutum est modo testamentum condi possit, & illius loci civis aut incola, imo forensis etiam, ex statuti hujus præscripto testamentum condiderit, illud utique etiam in bonis extra statuentium jurisdictionem sitis tam immobilibus quam mobilibus valeat, ratumque sit, ita, ut heres ex eo ubique in universum jus defuncti succedat, aut si diversi horum ac illorum bonorum heredes nominati ac instituti sint, singuli in adscriptis sibi bonis ubi ubi sitis, quamvis illic locorum Jus Commune vigeat, succedant.

Mev. *ad Jus Lub. p. 2. t. 1. art. 16.* Carpzov. *p. 3. c. 6. d. 12.* Manz. *de testam. val.*

val. & invalido. tit. 4. q. 1. n. 74. Mant. *de conject. ult. volunt. l. 6. tit. 8. n. 14.* Peck. *de testam. conjug. lib. 4. c. 28. n. 8.* Struv. *Ex. 32. th. 15.* Vinn. *select. qu. lib. 2. c. 19.* Gilken *ad l. 1. C. de summ. Trinit. n. 16. 58.* Perez *ad Cod. de testament. n. 22.* Paul. Voet. *de statut. sect. 9. c. 2. n. 2. 3.*

24 Cum enim ex communi Dd. calculo recepta sententia causa testati reguletur & ad effectum perducatur secundum legis & jus loci, ubi conditum testamentum

per txx. supra allegatos,

merito testamentum secundum Statutum loci factum vires etiam exserere dicitur ad bona extra statuentium territorium alibi sita, quia statutum tale concernit tantum solennitatem testamenti, non ipsam successionem, & heres scriptus testamento non tam ex statuto succedit, quam ex voluntate testatoris, qui dominus est bonorum suorum ubicunque sitorum, & ideo pro lubitu suo ea dare potuit, cui voluit,

juxta l. 21. C. mandat. j. l. 1. C. de SS. Eccles.

25 secus se re habente in successione ab intestato, in qua lege potius defertur hereditas

juxta l. 3. §. 2. pro soc.

quam ex dispositione domini bonorum, & cum defunctus non sit amplius in rerum natura, videntur ejusmodi statuta de successione loquentia magis rem & bona afficere quam personam. Unde cum Lex municipalis s. Provincialis non ita sit domina universorum bonorum defuncti, sicuti testator & in iis, quæ sita sunt extra territorium nullam habeat jurisdictionem, merito non extendit vires suas ultra jurisdictionem statuentium

arg. l. fin. ff. de jdict.

Quamvis autem soleat dici, quod decedens
26 intestatus videatur eos instituere, qui successuri sunt ab intestato

l. 3. pr. l. 8. §. 1. de jur. codicill.

Tamen cum successores ab intestato tali
27 casu sint varii propter diversitatem statutorum vel consuetudinum diversorum bonorum, non potest dici hoc casu voluntatem defuncti ita esse certam, ut est quando declara-
28 ratur per testamentum: sed cum defunctus propter bona in diversis locis constituta fungatur vice plurium personarum, videtur mens ejus potius fuisse ut in bonis cujuslibet provinciæ succedant ii, quibus Lex vel Statutum illius loci, ubi bona sita sunt, defert successionem.

Carpzov. *p. 3. c. 12. d. 12. 13. & l. 6.* R. *39.* Richter. *de succes. ab intest. in præf. n. 30.* Cothman. *vol. 1.* R. *21. n. 144. seq. & Cons. 49. n. 114. seqq.* Dn. Stryck *de success. ab intest. Disp. 1. c. 4. th. 2. 3.*

Ast testamento condito aliquo in loco, 29
illud recte ubique operari dicitur & se extendere quoque ad bona alibi sita, etiamsi ibi aliud jus observetur, quam in loco conditi testamenti viget, secundum quod illud factum, uti præter supra allegatos recte sentiunt ex antiquioribus JCtis

Bald. *in l. cunctos populos. C. de summ. Trinit. vers. quæro de effectu.* Salicet. ibid. *vers. nunc quæro an testamentum.* Imola *ad c. cognoscentes. vers. quid autem si fiat. X. de const.* Bald. Paul Castro. Cynus, Salicet. Alber. de Rosate *in l. 2. C. quemadm. testam. aper.*

Hancque communem Dd. opinionem esse 30
asserunt

Jason *in d. l. cunctos populos.* Alexand. *vol. 5. Cons. 44. n. 3.* Paris. *v. 3. Cons. 12. n. 46.* Joh. Campeg. *de dot. part. ult. n. 69.*

Et licet sint, qui contrariam amplectantur 31
sententiam, adeo ut eam etiam communem dicat

Petr. de Ancharan. *in repet. c. 1. x. de constit.*

Tamen affirmativa sententia & a multo 32
pluribus defenditur & melioribus rationibus nititur & denique magis communis dicitur

Port. *lib. 5. commun. pin. concl. 29.*

Eaque a Camera Imp. etiam probata est 33
teste Gail. *2. O. 123.* ibi Derh. Græv. Mynsi. *5. O. 19.* Gylman. *vot. Camer. tom. 1. Symphor. p. 3. vot. 4. n. 1.*

Welche Meynung bey dem Testamento qu. 34
so viel mehr anschlägt, weil dasselbe observatis solennitatibus Juris communis auffgerichtet, deßwegen durchaus kein Zweiffel, daß es nicht sollte seine Krafft per totum Imperium haben, imo in bonis ubicunque existentibus.

Paris. *d. vol. 3. Cons. 12. n. 45.*

Weil wir nun, Justitia ac veritate unice 35
præ oculis habita, unsern theuer beschwornen Pflichten nach keinen andern rechtlichen Ausschlag, salvo quorumvis aliter sentientium judicio, über vorstehende 4 Fragen haben geben können; So halten wir allerdings unnöthig, die 4 übrigen Quæstiones anzuhängen, und zu resolviren, indem wir keine Hoffnung machen können, daß wann man sich in einigen Rechts-Streit einlassen würde, das Testament anzufechten, man durchdringen und ichtwas erhalten möchte, sondern glauben daß man sich in vergebliche Kosten setzen und stürtzen würde, worzu einzurathen, wir als Sacræ Justitiæ Sacerdotes obhabenden Pflichten nach billig Bedencken tragen sollen.

Wollten solches ꝛc. Actum in Collegio nostro d. 14. Martii 1698.

CON-

CONSILIUM LXX.
DE
Restitutione in integrum contra rem judicatam, prætextu instrumenti noviter reperti, sed aboliti, frivolè petita.

SUMMARIA.

1. 2. Recensetur Factum.

3. 4. Res judicata tantæ est potentiæ, ut habeatur pro veritate & hinc ei sine contradictione parendum sit.

5. Nec retractatio illius ob errorem calculi, nisi ipse error in sententia expressus.

6. Nec sub prætextu mancorum actorum.

7. Nec ob noviter reperta instrumenta, concedenda est.

8. Præterquam in causa Fisci aut Civitatis.

9. Quod ad causas Ecclesiæ, pupillorum & minorum communiter extendunt Dd.

10. Mulieres majorennes circa restitutionem in integrum, non alio jure fruuntur, quàm masculi.

11. Neque mulieres adultæ ob læsionem adversus contractus vel alios actus cum consensu Curatorum initos, ut minores in integrum restituuntur.

12. Jure non intelligitur quis damnum sentire, quod suâ culpa sentit. jung. n. seq.

14. Sententiam sive expressè sive tacitè approbanti non supersest Remedium sententiæ impugnativum. add. n. seq.

17. Tenor instrumenti amissi non probatur juramento, sed testibus juratis, qui instrumentum viderunt & legerunt.

18. Si aliunde de causa constat, amissio instrumenti illam non vitiat.

Edel, Rechts-Gelehrt, Ehren-Vest, Fürsichtig, Ehrsam und Wohl-Weise, Insonders Großg. Vielgeehrte und geliebte Herren und Freunde!

Als uns Decano und andern Doctoribus der Juristen-Facultät bey gemeiner Hoch-Fürstl. Würtembergischen Universität Tübingen die zwischen Johann David Meyern, Müllern im Closter Lichtenstern & Consorten, Klägern Eines, entgegen und wider Frau Augustam Eleonoram Oettingerin, verwittibte Closters-Hofmeisterin zu Lichtenstern Beklagtin andern Theils, ausgeübte Acta nochmahlen zugesandt worden; So haben wir daraus ersehen, daß ermeldte Fr. Oettingerin nachdem sie die vorhin an Hand gegebene und publicirte Urtheil Krafft Rechtens erreichen lassen, restitutionem in integrum dawider gesucht, allermassen die beygehende Continuatio Protocolli Judicialis und neu-eingekommene Schrifften mit mehrerm weisen. Wann nun wir freundlich ersucht worden, unser fernerweites Sentiment darüber förderlich zu eröffnen, sollen wir zu verlangter Rechtlichen Nachricht nicht verhalten, daß wir in angestellter Collegialischer Deliberation einmüthig dafür gehalten, daß denen Partheyen in diesem Punct nachstehende Urthel, so wir den Rechten gemäß zu seyn erachten, und im Fall tragenden Richterlichen Ambts selbst zu eröffnen kein Anstand hätten, zu publiciren.

Urthel.

In der Implorations-Sache Frau Augustæ Eleonoræ Oettingerin, verwittibten Closters-Hofmeisterin zu Lichtenstern mit ihrem Gerichtlich constituirten Curatore ad litem Hannß Peter Lincken, Beklagtin und Implorantin Eines, entgegen und wider Hannß David Meyern, Müllern im Closter Lichtenstern, und Michel Wieland der Schenckischen Kinder Gerichtlich confirmirten Vormund Klägern und Implorat en andern Theils, ist Frau Implorantin ihr der gesuchten Restitution in integrum halber beschehenes Begehren abgeschlagen, die derenthalben auffgeloffene Unkosten aber werden aus bewegenden Ursachen gegen einander compensirt und verglichen.

Die Ursachen, warum wir die gesuchte Restitution abgeschlagen, und die Urtheil vorstehender massen abgefaßt haben, kürtzlich anzuführen, so ergeben die Acta, daß nach der den

12. Julii 1697. zwischen ermeldten Partheyen publicirten Urtheil in der zwischen ihnen Gerichtlich anhangend geweßten Strittigkeit über einige zur Mühlen gehörige Güther, so der Frau Oettingerin seel. Ehemann an sich gebracht, Herr Jonas Weitprecht, Hanns Peter Fischer, und Hanns Jacob Volcker Gerichtlich deputirt worden, einige Untersuchung deren Frau Beklagtin Oettingerin zuerkandten Meliorations-Kosten, und Klägern dagegen adjudicirten von ihnen vor die Frau Beklagtin bezahlten Jährlichen Gült-Portion vorzunehmen, worzu sich sowohl die verwittibte Frau Closters-Hofmeisterin Oettingerin nebst ihrem Kriegs-Vogten und Advocato, als Hanns David Meyer und der Schenckischen Kinder Gerichtlich confirmirter Curator Hanns Michel Wieland gestellet, unter denen die Deputirte wegen solcher wider einander habenden Forderungen einen gütlichen Verglich gesucht, der auch so weit wohl angeschlagen, daß sie sich dahin verglichen, daß die Frau Oettingerin die von dem Mühl-Gut hievor durch ihren Ehe-Herrn seel. an sich erkauffte Güther den Klägern in dem gegenwärtigen Stande, und noch des Jahrs und füraus anhoffenden Nutzen, insonderheit aber den völligen Ertrag des Weingarts abtretten und cediren, dagegen die Klägere den hiebevor bezahlten Kauff-Schilling der 300. in denen damahls nach Ausweiß bey den Actis befindlichen Contract-Brieffs verglichenen Angab und Zielern zusammt den des Jahrs auf den Weingardten auffgewandten Bau-Kosten restituiren, und dadurch alle übrig gemachte Forderungen pro und contra gefallen seyn sollen, welchen auf Gerichtliche Ratification ausgestellten Verglich also von beeden Theilen wissend und wohlbedächtlich getroffen zu seyn, sie mittelst eigenhändiger Subscription in Protocollo attestiren, auch also Gerichtlich zu ratificiren die Frau Beklagtin und jetztmahlige Implorantin durch ihren Sohn und Kriegs-Vogt den 9. Augusti 1697. angesucht, teste Protocollo d. dicto die. über diß von Hanns David Meyern die ersten 100. fl. von dem Kauff-Schillinge der 300. fl. willig angenommen, mithin die den 12 Julii publicirte Urtheil nicht nur tacitè, sondern auch expresse approbirt, und in rem judicatam erwachsen lassen, ja zu vollenziehen und derselben ein Genügen zu thun, auf solche Weise angefangen.

2 Darauff aber ist sie den 16. Augusti d. anni 1697. mit einer Implorations-Schrifft eingekommen, und hat contra dictam sententiam, rei judicatæ vires nactam, & de persoluto pretio 100. florenos accipiendo comprobatam, eoque ipso executioni mandari jam tum cœptam, restitutionem in integrum gesucht, sub prætextu & obtentu noviter reperti Rescripti, quo Sereniſſimum in emptionem prædiorum quæst. à marito Anno 1680. factam consensum suum impertiisse prætendit, ex sexus fragilitate & imbecillitate per filium aboliti & flammis exusti, dessen tenor sie Implorantin, neben ihrer ältisten Tochter und jüngsten Sohn aydlich anzuzeigen und zu erhalten sich erbotten. Wir haben aber salvo cujusvis melius sen- 3
tientis judicio, davor gehalten, daß die ex dicta causa gesuchte Restitutio in integrum nicht zu concediren, sondern es bey der in rem judicatam erwachsenen Urtheil zu lassen.

Denn 1.) ist die Res judicata von gar grosser Authoritæt, wie bekandt,

habetur enim pro veritate, tantæque est 4
potentiæ, ut jus faciat inter partes

l. 25. de stat. hom. c. 13. c. 19. X. de re jud.

notorium inducat

l. 10. §. 12. ff. de act. empt.

ex nigro album, ex albo nigrum reddat, ut loquuntur Dd.

Bald. *in c. in præsentia. X. de renunc.*

& hinc ei omnino standum ac sine contradictione parendum esse rescriptum est

l. 1. ff. de re jud. l. 1. C. eod.

ut litium sit finis

d. l. 1. l. 6. ff. de exc. rei jud.

quarum nullus futurus esset, si liceret partibus semel decisa & definita quasi refricare, & denuo in judicium deducere. Contra rem judicatam igitur nemo facilè audiendus, nec eadem Principali Rescripto rescindenda, cum illa plenissimum Jus tribuat, quod nec Princeps ex plenaria potestate immutare vel auferre alicui potest.

l. 16. C. de transact. l. ult. C. sent. rescind. non poss.

nec ob errorem calculi, nisi ipse error in 5
sententia expressus,

l. 2. C. de re judic. ibi Brunnemann. *l. 1. §. 1. ff. de sent. quæ sin. appell.*

nec sub prætextu mancorum actorum 6

Mev. *p. 4. dec. 191.*

nec ob noviter reperta Instrumenta retra- 7
ctatio illius concedenda

l. 35. ff. de re jud. l. 27. ff. de except. rei jud. l. 4. C. de re judic.

præterquam in causa fisci & civitatis 8

d. l. 35. j. l. un. C. de sent. adv. fisc. lat. retract.

quod ad causas Ecclesiæ, pupillorum & mi- 9
norum communiter extendunt

Brunnemann. *ad d. l. 35.* Sfort. Oddus *de restit. in integr. p. 2. qu. 75.*

deswegen keinem majorenni leichtlich die resti- 10
tutio in integrum dawider zu concediren, es

mag

mag der sie dawieder suchende ein Mann oder Weib seyn,

Indubitati siquidem juris est, mulieres majorennes circa restitutionem in integrum non alio jure uti, quam masculos majorennes.

Mev. *p. 1. dec. 133.*

11 Neque mulieres adultæ ob læsionem adversus contractus vel alios actus cum consensu & authoritate Curatorum ad litem, qui ipsis vel ex Statutis vel moribus & consuetudine hodie constituuntur, initos vel gestos, ut minores in integrum restituantur

Besold. *ad Jus Prov. Würt. Disp. 2. th. 149. & in Thes. Pract. voc. Kriegischer Vormund. it. p. 4. Conf. 149.*

multo minus iisdem indulgenda restitutio in integrum contra sententiam in lite cum consensu Curatoris sui ad litem per acta latam, quæ in rem judicatam transiit.

12 Und zwar ist selbige hier 2) so weniger Frau Beklagtin und itztmahligen Implorantin zu concediren, weil sie das Rescript, worauf sie sich berufft, ihrer eignen Sage nach, zwar post cauæ conclusionem, da die Acta ad consulendum überschickt gewesen, jedoch ehe die Urtheil eingekommen und publicirt worden, gefunden, also solches noch wohl vor Abfassung und Publication der Urtheil produciren können, wann es des Innhalts gewesen, wie sie vorgiebt, und darin Serenissimus in der Güter Kauff gnädigst consentirt hätte, und es nicht sollen aboliren, weil sie es aber zu ihrem Nachtheil durch den Sohn, der es gefunden und ihr vorgelesen, wie sie sagt, zerreissen und ins Feuer werffen lassen, muß sie ihr den Schaden, den sie dadurch zu erleiden vermeint, daß sie den Consensum Serenissimi in den beschehenen Güter-Kauff itzo nicht beyzubringen vermögt, selbst imputiren,

nec jure intelligitur jam damnum sentire, quod sua culpa sentit, & ipsamet sibi accersivit.

l. 203. ff. de reg. jur.

13 Und kan itzo prætextu noviter reperti Instrumenti, welches sie selbst abolirt, und nirgends mehr zu finden ist, noch producirt werden kan, keine restitutionem in integrum impetriren contra sententiam, quæ transiit in rem judicatam.

14 Zumahl 3.) da sie tempore publicatæ sententiæ schon den Innhalt des vorgebenden Rescripts gewußt, und ungeachtet dessen, sich mit Consens ihres Kriegs-Vogts und Advocati in einen solchen Verglich eingelassen, dadurch die ausgefällte Urtheil expresse approbirt und zur Execution gebracht werden sollen, selbigen auch hernach gerichtlich zu confiriren gebeten, und zu dessen Vollziehung die vom Gegentheil darauf bezahlte 100 fl. von den für die Güter qu. ausgelegten Kauff-Schilling willig angenommen, und also multis modis die Urthel genehm gehalten, wie sie also deßwegen davon zu appelliren nimmer hätte können zugelassen werden, also ist sie auch der Ursach mit der dawider gesuchten Restitution in integrum nimmer zu hören.

arg. t. t. C. si maj. fact. rat. habuer. t. t. C. si maj. fact. alien. fact. sine decret. rat. habuer.

15 So weniger 4) als Fr. Beklagtin und Implorantin sich vorhin in ihren Duplicis selbst expresse erklärt gehabt, daß sie gegen Zurückgebung der vor die Güter qu. von ihrem Mann seel. bezahlten 300 fl. und der unpartheyischen Æstimation der meliorationen dieselbe Klägern und Imploraten willig abtreten und einraumen wollte, denn weil sie das ausgelegte Pretium und Meliorations-Kosten vermög der Urtheil und getroffenen Verglichs wieder bekommt, ist sie so eher schuldig ihrem Erbieten statt zu thun, und desto weniger mit ihrer gesuchten Restitution contra sententiam toties tacite & expresse approbatam, viresque rei judicatæ nactam zu hören, weil daraus gnugsam abzunehmen, daß keine so sondere Læsion darunter obhanden seyn müsse, sonsten sie sich ante sententiam also von freyen Stücken zur Restitution der Güter qu. gegen wieder-Erlegung des dafür bezahlten pretii und der meliorationen æstimation nicht würde erboten haben.

16 Wird demnach 5) ad impetrandam petitam restitutionem in integrum contra rem judicatam nur vergeblich vorgeschützet, daß sonst durch die Urtheil und deren Vollziehung ihre minderjährige Kinder gar zu sehr lædirt werden. Denn 1) ist noch keine Læsion probirt, auch 2) nicht zu sehen, worinn die Læsion bestehen solle, weil Implorantin den von ihrem Mann seel. ausgelegten Kauff-Schilling und die billigmäßige Æstimation der Meliorationen wieder bekommt, 3) sind ihre minderjährige Kinder nicht mit in lite, sondern die Fr. Beklagtin und Implorantin allein proprio nomine belangt gewesen, die Urtheil wider sie und nicht wider die Kinder ergangen, welche also dadurch nicht lædirt zu seyn erachtet werden können, zumahl sie Frau Wittib auch vor sich und in ihrem eignen, nicht in der Kinder Namen die Restitution in integrum gesucht, hat auch nicht dargethan, daß die minderjährige Kinder auf die Güter qu. ihres Vätterlichen wegen verwiesen worden seyn, daß die Sache sie angehe.

17 Und ob wohl 6) Frau Beklagtin und Implorantin sich offerirt, neben ihrer Tochter und Sohn juramento den Innhalt des verbrandten Rescripts anzuzeigen und zu erhärten, so ist doch solches nicht gnug, denn der tenor des In-

Instrumenti amissi nicht juramento ipsius Implorantis, sondern durch andere gantz uninteressirte äydlich abgehörte Zeugen, die es gesehen und gelesen, zu erweisen.

argum. eorum, quæ tradit ad l. 8. l. f. C. de fide Instrum. Brunneman. *& ad l. 6. l. fin. ff. de edend. it. in Proc. Civil. cap. 19. n. 18.* Hahn. ad Wes. *tit. de fid. instrum.* Mev. *p. 2. dec. 283. p. 3. dec. 10. p. 7. dec. 326.* Mascard. *concl. 88.* Besold. *p. 4. Cons. 246. n. 41.* Franzk. *lib. 2. Resol. 14.*

Deswegen wir nochmahls gäntzlich erachten, daß Fr. Implorantin ihr der gesuchten Restitution halber beschehenes Begehren abzuschlagen. Sollten aber ihre miderjährige Kinder und deren Vormunder darthun, daß sie auf diese Güter quæst. wegen ihres Vatters in specie verwiesen, und könnten das Rescript aus Fürstlicher Cantzley erhalten, und dardurch den Fürstl. Consens in dem beschehenen Kauff ihres Vatters erweisen, bleibt ihnen solches zu thun unbenommen.

Welches wir salvo rectiori judicio zur Rechtl. Nachricht dienstlich anfügen, und mit unserer Facult. gewöhnl. Insigel bekräfftigen wollen.

Actum in Collegio nostro, d. 4. Aprilis Anno 1698.

CONSILIUM LXXI.

DE

Actione Legis Aquiliæ, ob damnum per combustionem Documentorum literalium, datum.

SUMMARIA.

Præmittitur Factum.

1. *Actio Legis Aquiliæ datur ex tertio istius Legis capite ad vindicandum damnum, quod quocunque modo in qualibet re ad alterius patrimonium pertinente datum est.*
3. *Hæc actio in specie locum invenit, si quis alterius documenta literaria delevit, combussit, vel alio modo peremit.*
4. *Formalia requisita hujus actionis sunt, 1) ut damnum in re familiari sit datum. 2.) Per rei cujusdam corruptionem, 3.) Ut damnum datum sit injuria, hoc est, dolo vel culpa, etiam levissima, si scil. materia subjecta id exigat. junct. numeris seqq.*
7. *Æstimatio damni dati fit non ex singulari affectione Actoris, sed ex communi hominum judicio, boni viri arbitratu, aut etiam Actoris juramento. juncto n. 13.*
8. *Et non tam futurum, de quo, an unquam futurum sit, nondum constat, sed adhuc incertum est, quam præteritum damnum in hanc æstimationem venit.*

Unsern freundlichen Gruß zuvor!

Edel, Ehren-Veste, Fürsichtige, Ehrsame und Wohl-Weise, sonders Großg. Vielgeehrte und geliebte Herren und Freunde.

1 Als uns Decano und andern Doctoribus der Juristen-Facultæt bey gemeiner Hoch-Fürstl. Würtembergischen Universität Tübingen hierbey wieder zuruckkommende Acta in Sachen sich haltend zwischen Herrn Christian Götzen Jur. Lic. auch Stadt- und Ambts-Schreibern zu Pfortzheim Klägern Eines, entgegen und wider Agnes, Albrecht Memmingers, Burgers und Lamm-Wirths zu Wildberg Ehe-Weib, cum Curatore legitimo Beklagtin andern Theils, po. des Klägern durch Verbrennung einiger Brieffschafften zugefügten Schadens, ohnlängstens wieder zugesandt worden, umb unser Rechtliches Gutachten darüber zu ertheilen, so haben wir nach fleißiger deren Verlesung daraus mit mehrerm ersehen, daß, nachdem wir in unserm vorigen über die zwischen ermeldten Herrn Klägern Eines, sodann Herrn Lorentz Memmingern Burgermeistern zu Wildberg, dessen Ehe-Frau, Sohn Hannß Georg, Tochter, und Tochtermann, Albrecht Memmingern, Beklagte andern Theils, po. depositi miserabilis principaliter ausgeübte Acta ertheilten Responso, der beklagten Frau Burgermeisterin, ihrer Tochter und Tochtermann das Juramentum purgationis zuerkandt, und in eventum istum, daß sie das Juramentum würcklich ablegeten, die dißfalls publicirende absolutoriam angehengt, wegen

des

des zugleich mitgeklagten durch Verbrennung einiger Brieffschafften zugefügten Schadens aber die Mitbeklagte Agnes, Albrecht Memmingers Ehe-Weib condemnirt, daß sie den durch die verbrandte Brieffschafften verursachten Schaden Herrn Klägern, so viel er dessen bereits liquidirt und noch liquidiren würde, zu ersetzen schuldig und verbunden, und sothane Urtheilen den 23. Novembr. Anno 1696. zwischen ermeldten Partheyen publicirt worden, darauff gedachter Herr Götz die in seinem ersten Klag-Libell wegen des ihm causirten Schadens durch Verbrennung der Schrifftlichen Documenten gethane Forderung à 100. Ducaten oder 300. fl. gleichbalden mündlich wiederhohlet, und deren Bezahlung gesuchet, dieweil sie Agnes Memmingerin und ihr Mann aber sich darzu nicht verstehen wollen, den 26. Nov. d. anno 1696. eine Schrifftliche Deduction eingegeben, darinn er den durch besagte Verbrennung seiner Brieffschafften ihm zugefügten Schaden besser zu erläutern, und so wohl dem Herrn Richter als dem Gegen-Theil selbst zu zeigen, daß angeregte seine Forderung nicht zu hoch oder übermäßig, sondern leidentlich genug gesetzt sey, die verbrannte Schrifftliche Documenta specificiret, daß nemlich dabey gewesen

1.) Sein Pergamentiner Geburths-Brieff mit angehengten zwey Sigillen vom Stadt-Schultheissen und Burgermeistern zu Meinungen in Sachsen, Gothaischer Herrschafft, welchen er in Anno 1667. als er zu Speyer sich auffgehalten, und bey dem Kayserl. Cammer-Gericht immatriculiren zu lassen Vorhabens gewesen, nothwendig zur Hand bringen müssen, so ihm mit Correspondenz-Geldern, Botten-Lohn, Recompensirung der damit bemühet gewesenen Personen und andern über 20. fl. gekostet, dessen sich seine Kinder auff begebenden Fall sonderlich in casu successionis ab intestato bedienen, und ihre Verwandtschafft damit dociren können, denn weil sie in seinem Vatterland niemand kennen, und hingegen daselbst auch niemand sie kennet, so würde ihnen nach seinem tödtlichen Hintritt solcher Geburths-Brieff zu ihrem Beweißthum wohl zu statten kommen seyn, dessen Ermanglung aber auff begebenden Fall ihnen grossen Schaden und Nachtheil verursachen, deßwegen er dessen Verlust über 50. Rthlr. æstimire, zumahl da er keinen solchen Geburths-Brieff wieder bekommen könnte, wann er gleich 100. fl. davor geben wolte, ob defectum testium.

2.) Seyn dabey gewesen zwey Pergamentine Kauff-Brieff über einen Baum-Gras-und Kuchin-Garten zu Pfortzheim, darinn des Gartens alte Gerechtigkeiten enthalten gewesen, darinn bestehend, daß er die Gerechtigkeit der Einfahrt durch des nächsten Nachbars Garten-Thor in seinen Garten, deßgleichen auch die Losung zu denen auf beeden Seiten gelegenen Gärten aus dem Fundament habe, weil selbige vor diesem zusammen gehört, und ein Gart gewesen. Welche Gerechtigkeit ihm von den Erben der vorigen Besitzere anjetzo disputirt werden, und er in Ermanglung der Pfortzheimer durch den Frantzösischen Brand verlohren gegangener Contracts-Protocollen nicht gnugsam mehr erweisen könne, deßwegen sein Garten jetzo bey die 50. Rthlr. weniger werth als vorhero.

3.) Sey seines Schwähers seel. Testament in Copiis vidimatis dabey gewesen, dessen Original im Frantzösischen Brand Ao. 1689. auch mit verlohren gangen, also der Verlust unersetzlich, und könne ihm und den Seinigen daraus, weil nicht nur ein Fideicommiss in casum, daß seiner Hauß-Frauen verstorbenen Schwester Tochter ohn eheliche Leibes-Erben versterben solte, darinn verordnet, sondern auch der Collation oder Gleichstellung, auch Theilung der Güter und Häuser halber ausführliche Verordnung drinn enthalten, deren Vollziehung und Richtigmachung noch bevor stehe, in Ermanglung dessen ein Schad von mehr als 1000. fl. zuwachsen.

4.) Habe sich bey den verbrandten Brieffen befunden das Original der Ehe-Beredung, so bey seiner Verheurathung zwischen ihm und seiner Frauen Eltern auffgerichtet, deßgleichen

5.) das Ao. 1678. auffgerichtete verschlossene Testamentum Mutuum zwischen ihm und seiner Frauen.

6.) Sey auch dabey gewesen ein Pappierener Kauff-Brieff über einen Morgen Wiesen zu Durlach, welchen er Anno 1671. einem Schwedischen Officier abgekaufft, weil er nun die 20 Jahr, daß er zu Pfortzheim wohne, solche Wiese nicht mehr gesehen, und die Anstosser ihm nicht mehr bekandt, die vormahlige Beständere derselben in diesem Krieg alle gestorben, so sehe er nicht, wie er in Ermanglung des verbrennten Kauff-Brieffs zu solcher Wiese wiederum gelangen werde können, indem bey diesen Kriegs-Troublen, was die Wiesen anbelangt, zu Durlach alles in Confusion gerathen, könne also den Verlust des Morgens Wisen nicht weniger als 30. fl. schätzen.

7.) Habe er Zeit seines Auffenthalts zu Pfortzheim dem gewesenen Hof-Fourier zu Durlach weyland Bartholomæo Dienern einen neben ihm gelegenen halben Morgen Wiesen zu Abwendung Strittigkeit, so der ermangelten Marck-Steine halber zwischen ihnen entstanden, abgekaufft, darüber er einen solennisirten Extract aus dem Durlachischen Contracts-Protocoll bey seinen verbrennten Brieffschafften gehabt, weil er nun solchen halben Morgen Wiesen seines Wissens nie gesehen, und daher in Ermanglung sothanen Extracts dessen Situa-

Situation nicht anzeigen könne, auch zu besorgen, es werden des Verkäuffers Erben von solchem Verkauff nichts wissen wollen, und das Contracts-Protocoll nicht mehr verhanden, müsse er selbigen auch vor verlohren schätzen, der ihn 20 fl. gekostet.

8.) sey dabey gewesen eine Obligation pro 60 fl. so er Anno 1677. Lorentz Bentzen, einem gewesenen Burger zu Grötzingen, Durlacher Amts, geliehen, dafür eine hypotheck verschrieben, so er itzo nicht anzuzeigen wisse, daher er des Verlusts diß Capitals und 8 jähriger Zinsen gewärtig seyn müsse, weil zumahl viel Schulden und wenig Vermögen bey dessen Erben verhanden.

9.) sey mit verbrandt eine Obligation pro 43 fl. welche Frau Anna Maria von Hohenheim, gebohrne von Starschedel, gegen seinen Schwäher seel. ausfertigen und demselben darinn einen gemeinschafftlichen Garten zu Pfortzheim zum Unterpfand verschreiben lassen, welche Schuld er einfordern oder allen Falls sich an dem Unterpfand erholen sollen; Nachdem aber der Garten itzo an Herrn von Leutrum verkaufft, und die Schuld bey dem Verkauff verschwiegen worden, wolle es nunmehr ihm am Beweißthum derselben ermanglen, dörffte also der Verlust der Schuld von seiner Frauen Geschwistrigen an ihn Klägern oder seine Kinder gesucht werden.

10.) seyen bey den verbrannten Brieffschafften auch gewesen 2 Haupt-Quittungen über 2 von A. zu Durlach getragene Pflegschafften, und drüber erstattete Rechnungen, desgleichen unterschiedliche Quittungen und Scheine über Geld, Silber-Geschirr und anders so er Zeit seines Advocaten Diensts zu Durlach, Krafft gehabter Vollmachten empfangen und restituirt, deren eine einige nur bey die 500 fl. anbetroffen.

Wie höchst schädlich aber die Verbrennung dieser Urkunden ihm A. und den Seinigen fallen könne, werde ein jeder unpartheyischer verständiger Mensch leicht ermessen, und also der Herr Richter daraus vernünfftig urtheilen können, daß er die Verbrennung vorspecificirter Schrifftl. Documenten nicht nur auf 300 fl. sondern wohl höher æstimiren können. Derowegen sein dienst-rechtliches Bitten sey, zu geruhen, die beklagte Agnes Memmingerin dahin zu condemniren, daß sie A. die geforderte 300 fl. samt allen deswegen verursachten Kosten ohn fernern Auffenthalt entrichten und bezahlen sollte, sie auch zur würcklichen Zahlung executive anzuhalten.

Worauf Beklagtin ihre summarische Verantwortung erstattet, auf welche Herr Kläger wieder eine Ableinung solcher summarischen Verantwortung, und Beklagtin hierauf ihre Submissions-Schrifft eingereichet.

1 Hierüber nun unsere fernerweite rechtl. Gedancken zu eröffnen, so haben wir schon in dem vorigen Responso angezeiget, daß Hr. Kl. wegen dieses ihm durch die Verbrennung seiner Brieffschafften zugefügten Schadens, dessen Ersetzung zu erlangen, actionem Legis Aquiliæ wider die beklagte Agnes Memmingerin instituirt, welche actio deñ in jure dißfals wohl fundirt ist.

2 Datur enim Legis Aquiliæ actio ex tertio istius Legis capite ad vindicandum & resarciendum damnum, quod quis alteri dedit eo ipso, quod quid usserit, fregerit, ruperit, peremerit injuria, vel alio quocunque modo in qualibet re ad alterius patrimonium pertinente alteri damnum fecerit vel dederit dolo vel culpa.

§. 13. Inst. de Leg. Aquil. ibi: si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur. *l. 27. §. 5. 6. ff. ad L. Aquil. l. 70. §. 1. ff. ad SCt. Trebell. l. 14. §. 7. ff. de serv. corrupt.*

3 Et in specie, quod Legis Aquiliæ actio ex tertio illius capite locum inveniat, si quis alterius Chirographum vel alia Documenta literaria deleverit, combusserit, vel alio modo peremerit, probat textus

l. 40. ff. ad L. Aquil. ubi JCtus ait: In Lege Aquilia si deletum Chirographum mihi esse dicam, in quo sub conditione mihi pecunia debita fuerit, & interim testibus quoque id probare possim, qui testes possunt non esse eo tempore, quo conditio extitit, & si summatim re exposita, ad suspicionem judicem adducam, debeam vincere, sed tunc condemnationis exactio competit, cum debiti conditio extiterit, quod si defecerit, condemnatio nullas vires habebit. Quam legem singularissimam, ex eo, quod pendente conditione ad damnum eventualiter agatur, vocat Bartolus & notabilem esse dicit Baldus *ad d. l. 40. add. sequens l. 41. eod.* ibi: Marcellus scribit, chirographo deleto competere Legis Aquiliæ actionem.

Und legen sich die Formalia requisita hujus actionis, so darinn bestehen:

4 1.) ut damnum alicui sit datum in re familiari, quo patrimonium ejus deminutum,

l. 3. ff. de damn. infect. §. 9. 13. Inst. de Leg. Aquil.

2.) per rei cujusdam corruptionem & res aliqua ad alterius patrimonium pertinens vel usta, fracta, scissa, vel quoquo modo perempta aut deterior facta

d. §. 13. Inst. l. 27. §. 5. 13. ff. ad Leg. Aquil.

& 3.) hoc damnum ita datum sit injuria, hoc est, dolo vel culpa, levissima etiam, si materia subjecta, hoc est, contractus præexistens exigat quem teneri de levissima culpa.

§. 2. 3. & seqq. Inst. l. 5. §. 1. l. 44. ff. ad Leg. Aquil. Mev. *p. 5. dec. 365.* Brunnem. *ad dd. ll.*

ex Actis klar am Tag, indem Beklagtin darinn selbst gestanden und bekennet, auch per

Test. 9. & 10. ad Prob. 31. & 32.

dessen gnugsam überführet, daß sie die Klägern zugehörige in einem schwartzen Trüchlein verwahrt gewesene Brieffe, daran ihm nicht wenig gelegen gewesen, zu Ober-Jettingen aus dem Trüchlein herausgenommen, in eine Ziechen

chen gesteckt, und biß ins Bläse-Bad mitgenommen, daselbst aber dieselbe, nachdem sie vorher die in den 7. daran gehengten Capsuln verwahrte Geld-Sorten zu Handen genommen, durch ihre Magd in den Offen werffen und verbrennen lassen, so ja wo nicht ein dolo-
5 ses, doch sehr culposes factum, und eine gar unverantwortliche Abolirung solcher Brieffschafften ist, dadurch Hrn. Klägern kein geringes damnum in re familiari zugewachsen. Und ob sie wohl vorschützet, daß sie es deswegen gethan, damit sie nicht, wo sie etwan dem Feind noch in die Hand gerathen sollten, durch dergleichen Brieff die Muthmassung grossen Zeitlichen Vermögens wider sich erwecken, u. darüber noch grösserer Ohngemächlichkeit und Pressuren sich
6 unterwürffig machen möchte; So wird doch dadurch das factum nicht justificirt u. excusirt, denn weil die Feinds-Gefahr ihnen im Bläse-Bad noch nicht so nahe gewesen, hätten sie solche Brieffschafften ohn Befahrung grösserer Ohngemächlichkeit, und härterer Pressuren wohl beybehalten, oder auf andere Art, daß Herr Kläger wieder darzu gekommen, versorgen können, und keines wegs gleich verbrennen sollen, bleibt also daß sie dieses damnum per combustionem Instrumentum, si non dolo, tamen latissima culpa, causirt, deswegen sie sich von dessen Ersetzung auch nulla ratione aushalfftern oder liberiren mag, sondern dasselbe zu vergüten, in alle Weiß
7 und Wege schuldig und verbunden. Die Æstimation aber des erlittenen damni ist von Hrn. Klägern viel zu hoch übersetzet, deñ er von Rechtswegen mehr nicht erfordern kan, als er nothwendig auffwenden muß, wann er die Brieffe will wieder machen lassen, so wieder gemacht und zu wege gebracht werden können; bey den übrigen aber ist die Æstimation nicht ex singulari affectione des Herrn Klägers, sondern ex communi hominum judicio & opinione, boni viri arbitratu, vel prudentis judicis arbitrio, aut actoris juramento zu determiniren

l. 33. ff. ad Leg. Aquil. l. 63. ff. ad Leg. Falcid. Mev. *p. 6. dec. 373.*

8 und ist nicht so wohl das damnum futurum, de quo an unquam futurum, nondum constat, sed incertum plane adhuc est, als das præteritum, so er bereits empfunden, in Consideration zu ziehen, und in die Æstimation zu bringen.

arg. l. 7. §. 1. ff. de damn. infect. l. 13. §. 2. ff. de usufruct.

Zum Exempel seinen Geburths-Brieff æstimiret Herr Kläger ex singulari affectu über 50. Rthlr. da ihm doch eigner Geständniß nach derselbe kaum 20 fl. mit allen auffgewandten Kosten zu stehen kommen, und weil vielleicht noch das Concept davon in Patria verhanden, kan er ein anders Exemplar davon mit wenig Gulden bekommen, ist das Concept aber nicht mehr vorhanden, so kan er ja ein attestatum legitimæ suæ nativitatis aus dem Kirchen-Buch zu Meinungen ihm sub sigillo publico zu ertheilen bitten, darinn seiner Eltern Namen exprimirt, wann dann er oder seine Kinder ein gleichmäßiges Attestatum aus dem Kirchen-Buch oder sonst von der Obrigkeit zu Pfortzheim nehmen, können sie sich zu der ihnen irgends in Sachsen anfallenden Erbschafft dadurch so wohl legitimiren, als sie durch den Geburths-Brieff thun können.

Desgleichen wird Herr Kläger noch wohl irgends der Zeit per ordinariam aut extraordi- 9
nariam probationem die prætendirte Gerechtigkeiten der Einfahrt und Losung dociren können, wann solche in denen verlohrnen Kauff-Brieffen über seinen Baum-Graß- und Kuchen-Garoten enthalten gewesen, und von den Erben der vorigen Besitzer in Streit gezogen werden wollen. Ist 3) seines seel. Schwähers Testa- 10
ment publicirt worden, so werden ja noch irgends von den Gerichts-Personen einige vorhanden seyn, die der Publication beygewohnet, und die Contenta aus der öffentlichen Verlesung, wo nicht in totum, doch in tantum vernommen und behalten haben, von denen dann solche auch per Examen ad perpetuam rei memoriam erkundiget und erlernet werden können, oder es kan Hr. Kläger auch die heredes oder Legatarios die bey der Publication gewesen, und die Contenta wissen, selbst darüber vernehmen lassen, und wann sie was zu Præjudiz Herrn Klägers läugnen wollten, ihnen das Juramentum deferiren, mediante illo die Contenta zu eröffnen, wann nicht einige von den Mit-Erben oder Legatariis vel Fideicommissariis noch Copias testamenti haben sollten, dann wann diß wäre, könnten selbige facillima via zu deren Edirung adigiret werden.

arg. l. 4. §. 1. l. 2. l. 7. C. de edendo. l. 5. ff. fam. erciscund. B. D. Lauterb. *in Colleg. Pand. ad tit. de edendo. §. 32.*

Den Verlust seiner mit seiner Fr. Eheliebsten auf- 11
gerichteten Pactorum dotalium & testamenti mutui kan Hr. Kläger leicht und mit geringen Kosten ersetzen. So ist es auch mit den übrigen 12
verlohrnen Briefen und Recognitionen also bewandt, daß noch wohl Rath geschaffet, und dem besorgenden Ubel mit Anwendung geringer Kosten vorgebogen werden möge. Jedoch ist nicht zu läugnen, daß Hr. Kläger durch den Verlust der specificirten von Beklagtin verbrandten Brieffschafften einen mercklichen Schaden erlitten, deswegen wir erachtet, daß, weil man so gar genau den durch Verbrennung der schrifftlichen Documentorum, daran Herrn Klägern doch nicht wenig gelegen, zugefügten Schaden nicht æstimiren kan, gleichwohl der mittlere Weg zu gehen, und davor 100 fl. zu adjudiciren, Hr. Kl. wollte dann mediante corpo- 13
rali juramento eydlich erhalten, daß ihm ein grösserer Schade dadurch würcklich zugewachsen wäre, deme nach dieser Sache nach beschehenem mündlichem Beschluß ihre Entscheidung durch nachstehende Urtheil zu geben.

Urtheil.

In der Rechtfertigung sich haltend zwischen Hrn. Christian Götzen, Jurium Licentiato, auch Stadt- und Amts-Schreibern zu Pfortzheim, Klägern eines, entgegen und wider Agnes Albrecht

Memmigers, Burgers u. Lammwirths Eheweib mit Beystand ihres Ehemanns als Curatoris Legit. Beklagtin andern Theils, ist auf geführte Klage, Antwort und all ander gerichtliches Vorbringen, nach gethanem Rechtsatz, genoñenen Bedacht und gehabten Rath, mit Urtheil zu Recht erkandt, daß Beklagtin dem Hrn. Kl. vor den durch die Verbrennung seiner schrifftlichen Documenten zugefügten Schaden zu gebührendem Abtrag 100 fl. zu bezahlen, benebenst die in dieser Sach auf geloffene Gerichts-Kosten nach richterlicher Mäßigung zu entrichten schuldig und verbunden seyn solle, Hr. Kl. wollte dann mit leibl. Ayde erhalten, daß der erlittene Schade sich wahrhafftig höher als 100 fl. erstrecke.

Welches salvo semper meliori &c. wir zu verlangter Rechts-Belehrung nicht verhalten wollen ꝛc. Actum in Collegio nostro d. 28. Maii 1698.

Decanus und andere Doctores der Juristen Facultät bey Fürstl. Würtemberg. Universität zu Tübingen.

CONSILIUM LXXII.

De

Pacto successorio Affirmativo, à matre in præjudicium filiæ illegitimæ, inito, per subsecutam voluntatem ultimam putativè confirmato, sed hactenus invalido & nullo.

SUMMARIA.

1. *In præsenti casu Pactum de succedendo affirmativum voluisse iniri, ostenditur.*
2. 3. & 4. *Cujusmodi Pacta de Jure Civili Romano usque adeo nulla sunt, ut nec inter conjuges valeant.*
5. *Nec ratione cognationis jus succedendi ab intestato tribuentis, sustineantur.*
6. *Etiamsi juramento obfirmata, vel stipulatione pœnali munita, aut reciproca sint.*
7. *Quæ dispositio juris Romani nec hodie ubique locorum abrogata est.*
8. *Adducitur Scabinorum Lipsiensium pronunciatum.*
9. *Et Testimonium Dd. quòd illa nec inter Nobiles valeant.*
10. *Et, ubi hæc non expressè approbata, vel certa consuetudine recepta sunt, jus Civile stet inconcussum.*
11. *Hujus juris ratio in hoc solo consistit, quòd certi hæreditatis consequendæ sint modi, Lex nempe & Testamentum, quibus hereditas defertur.*
12. & 13. *Ideòque his pactis nulla moralis turpitudo inest, sed hæc prohibitio juris merè positivi est.*
14. *Quare hodiè ubique Locorum, in tota propemodum Europa, moribus invaluisse, ut Pacta successoria non solum inter conjuges:*
15. *Verùm etiam inter alios quosvis valeant, Dd. recensiti testantur.*
16. *De cujus asserti veritate & generalitate dubitatur. juncto n. seq.*
18. *Filia illegitima quoad matrem, pari jure gaudet, ac si legitima filia esset.*
19. & 20. *Prout in omnibus Testamentis solennibus Parentes liberis legitimam honorabili institutionis titulo relinquere tenentur.*
21. 22. & 23. *Ita quoque idem in Testamento minus solenni inter liberos a Parentibus est observandum.*
24. *Etsi qualibet Parentum voluntas, sine omni solennitate, indiciis ac signis saltem manifestata, etiam absque heredis institutione declarata, ut ultima voluntas intestati, à liberis, si modò legitimam salvam habeant, obsequiosè sequenda sit.*
25. & 26. *Ejusmodi tamen Parentum voluntas tantùm inter Liberos valet, non etiam quoad alios extraneos iisdem immixtos.*

AUs deme an uns Decanum und andere Doctores der Juristen-Facultæt bey gemeiner Hochfürstl. Würtembergischen Universität Tübingen abgelassenen Requisitions-Schreiben und Anlagen sub Num. 1. & 2. haben wir mit mehrern ersehen, was vor eine Abrede ratione futuræ successionis zwischen Magdalena Beyerin, Meister Georg Beyers seel. gewesenen Bürgers und Innwohners zu Hof, hinterlassener Wittib, und dann deren Tochter Susanna Margaretha Heyderin, gebohrnen Beyerin, Wittib, auch Johann Jacob Beyern, als Sohn, und in dem Fürstl. Durlachischen Land sich befindlichen Special-Superintendenten, in besagter Stadt Hof den 4. Decembr. 1693. gehalten, zu Pappier gebracht, und von ihnen auch zweyen Geistlichen, als Testibus, subscribiret worden, auf welche Abrede sich gedachte Tochter Susanna Margaretha Heyderin, gebohrne Beyerin, auf ihrem Kreiß-Bette in Num. 2. nochmahlen bezogen, und sich kürtzlich dahin erkläret, daß sie verlange, daß nach ihrem Tode alle das ihrige, wie es in dem Anno 1693. den 4. Decembr. abgeredt- und bekräfftigten Testament beschlossen und verfasset, eintzig und allein ihrem lieben Brudern Herrn Johann Jacob Beyern, jetzigen Superintendenten zu Mühlheim in dem Marggräfflichen Ambt Baadenweiler, und dessen Kindern, Erben und Erbnehmen verbleiben solle, doch sey dabey diß ihr Wille, daß ihr Kind und Tochter Marga-

Margaretha Susanna Beyerin, die bestimmte 50 fl. Lands-Wehrung benebens einem gebetteten Bett, wie solches ebenfalls beschrieben, richtig und ohn einigen Abgang gewiß erheben und empfangen solle, welches sie nochmals damit bekräfftigen und mit ihrer eigenen Namens Unterschrifft bezeichnen wolle, wie geschehen Hoff den 26 Jan. 1697. Als nun erfolget, daß bemeldte Susanna Margaretha d. anno 1697. diß Zeitliche geseegnet, und ex descendentibus niemand, als ihr uneheliches Kind Margaretham Susannam verlassen, deme sie in sothaner Disposition 50 fl. dasiger Lands-Wehrung, samt einem stehenden Bett ausgesetzt, das übrige aber alles ihrem Bruder vermacht, hat auf dieses sein Anmelden die Obrigkeit der Stadt Hoff solches nicht vor gültig passiren lassen wollen, weil das Kind nicht seine völlige Legitimam, noch diese demselben honorabili institutionis titulo verlassen, deswegen unser rechtlich Gutachten darüber verlanget worden: Ob nemlich sothane Disposition berührter Ursachen halber in Rechten gantz ungültig und verwerfflich, oder ob dieselbe nicht entweder als ein negotium inter vivos und pactum successorium oder als ein letzter Wille auf einigerley Art und Weise salvirt werden könne?

1 Als wir nun um forderſame Eröffnung unſers Sentiments hierüb freundlich ersuchet worden, sollen wir zu verlangter rechtlichen Nachricht dienstlich nicht verhalten, daß wir nach reifer der Sachen Erwegung in gepflogener collegialischen Deliberation per unanimia davor gehalten, daß die zwischen Mutter, Tochter und Sohn den 4 Decembr. 1693. ratione futuræ successionis gehaltene, und zu Papier gebrachte, auch von ihnen, und zweyen Geistlichen als Zeugen subscribirte Abrede nicht anders, als pro pacto successorio angesehen werden könne, denn weder intrinseca, quæ in directa heredis institutione, consistit, quæ basis & fundamentum testamenti est,

§. 34. Inst. de Legat. Brunnem. *cent. 1. decis. 62.* B. D. Fromman *in decad. thes. 4. Inst. lib. 2. tit. 14. th. 1.*

noch extrinseca testamenti forma, quæ in solennitatibus testamentariis à jure requisitis consistit, vorhanden, auch de voluntate testandi nicht die geringste Anzeige darinn enthalten, vielmehr zeugen die verba de animo paciscendi, deßwegen sothane Abrede keines weges pro testamento aut ultima voluntate gehalten werden kan, sondern ist vielmehr pro pacto successorio affirmativo de succedendo zu æstimiren.

2 Cujusmodi pacta de succedendo affirmativa s. de futura paciscentium hereditate deferenda, ex unanimi Dd. sententia, de Jure Civili Romano usque adeo nulla sunt,

l. 61. de verb. oblig. l. 15. l. 19. C. de pact. Muscul. *de succes. convent. membr. 1. cl. 1. concl. 3. n. 43. lit. A.*

3 ut illa nec inter conjuges valeant.

l. 5. C. de Pactis convent. ibique Dd. imprimis Brunnemann.

nam licet hi in matrimonii ingressu de dote & donatione propter nuptias convenire ac paciſci possint, prout velint, 4

l. 1. l. 7. & t. t. ff. de Pact. dot.

si tamen hæc Pacta limites dotis & donationis propter nuptias egrediantur & de aliis bonis, veluti de mutua conjugum successione concipiantur, ut videlicet alter conjugum superstes illi, qui prius fatis concedit, succedat, prorsus invalida & irrita sunt.

d. l. 5. C. de pact. conv. Fachin. *l. 5. controv. 87.* Hartm. Pistor. *lib. 4. q. 20. n. 14.* Grass. *recept. sent. §. successio ab intest. q. 9. n. 4.* Auth. præjud. Camer. *voc. Pacta. in f.*

nec ratione cognationis jus succedendi ab 5
intestato tribuentis sustineantur, cum verissimum sit, illa ne quidem inter liberos & parentes subsistere, multo minus inter fratres & sorores, aliosque cognatos valere, sed sive de futura unius aut utriusque paciscentis hereditate deferenda, sive de conservanda futura hereditate à lege deleta sint inita, ipso jure esse nulla, nec ullam obligationem inducere, aut testandi libertatem tollere.

l. 15. l. 19. C. de pact. l. 5. C. de pact. convent. l. 61. de V. O. Gilken *ad l. 15. C. de pact.* B. D. Lauterbach *concl. forens. Ex. 8. concl. 5. lit. a. b.* Carpz. *p. 2. c. 35. d. 17. n. 1. seqq.* qui *seq. def. 22.* frustra dissentit quoad pacta conservativa *per §. ult. inst. de legit. agnat. succes.* ubi nullum intercessit pactum de futura successione conservanda, sed tantum de remancipatione, quam jure sequitur successio. *per l. 11. C. de legit. hered. l. fin. C. de emancip.* quæ pro ejus sententia nihil faciunt, quia in illis casibus, de quibus agunt, hereditas non pacto, sed legis dispositione s. Principum constitutionibus illis conservantur.

etiamsi juramento obfirmata, vel stipulatione pœnali munita, aut reciproca sint 6

arg. dd. ll. junct. l. 122. pr. de legat. 1. l. 5. C. de ll. l. 7. §. 16. de pact. Gail. *2. O. 125. n. 2.* Honded. *p. 2. Conf. 44. n. 87.* Perez *ad tit. C. de pact. n. 16.*

Quodque hæc Juris Romani dispositio nec hodie ubique locorum universali consuetudine abrogata sit, agnoscit ipsemet alioquin nimis facilis abrogator LL. Romanarum 7

Simon à Grœnevvegen *de LL. abrog. ad d. l. 5. C. de pact. convent. n. 5. ubi tum in supremo Frisiæ Senatu, tum in Curia Ultrajectina, hac in parte, secundum Jus civile judicatum esse refert.*

Ac inde Scabini Lipsienses anno 1629. hujusmodi pacta regulariter nulla esse pronunciarunt, apud 8

Carpzov. *p. 2. c. 35. d. 18. in fin.* verbis: *Ob nun vvohl sonsten dergleichen Pacta, so auf eines andern Tod oder Erbschafft zielen, ungültig seyn &c.*

9 & quod illa nec inter Nobiles valeant cum Hartm. Pistor. tradit idem Carpzov. *d. c. 35. d. 20. n. 9.*

10 Ubi itaque illa non expresse approbata vel certa consuetudine recepta sunt, ibi Jus civile commune stat inconcussum, in pristino suo vigore, adeoque secundum illud omninò judicandum

arg. l. 32. C. de appell. B. D. Lauterbach *concl. for. d. Ex. 8. concl. 5.*

11 Quia tamen totius hujus juris ratio in hoc solo consistit, quod sicut certi sunt modi jure nostro acquirendæ obligationis & dominii, ita quoque consequendæ hereditatis, lex nempe & testamentum, quibus hereditas deferri consuevit, ita, ut præter hos duos modos alii dicto jure ignorentur, ac proinde per pacta ceu ad obligationem quidem constituendam, non vero ad deferendas hereditates à LL. formata, id effici nequeat

per d. l. 5. C. de pact. convent. Bachov. ad Treutl. *v. 1. D. 6. th. 8. lit. A.*

12 ideoque his pactis nulla moralis turpitudo insit

Bachov. *d. l.* Schilter. *Ex. Pand. 8. th. 50.*

13 sed tota hæc prohibitio juris merè positivi sit

Hahn *de Jure rer. concl. 70.*

14 Quare hodie ubique locorum in tota propemodum Europa, moribus invaluit, ut inter Conjuges non solum illustres, sed promiscue omnes, etiam plebejos, pacta dotalia de universali successione valeant & admittantur in vim ultimæ voluntatis, sicque iisdem hereditas deferri possit, testibus

Mynsi. *2. O. 33. n. 10.* Gail. *2. O. 117. n. 6. & O. 136. n. 3.* Myler *in Gamol. Pers. illustr. cap. 6. n. 22.* Pruckman *v. 2. Cons. ult. n. 23.* Kohl *de Pact. dotal. p. 2. n. 10.* Manz. *dec. Palat. 38.* Besold. *p. 4. Cons. 147. n. 10.* & aliis allegatis ab Hesero *de commun. bonor. p. 2. loc. 11. n. 32.*

15 Imo sunt, qui hodie non saltem inter conjuges, verum etiam inter alios quosvis hereditatem & successionem pactis & conventionibus deferri posse, sicque hodiernis moribus Germaniæ pacta successoria de acquirenda vel conservanda successione generaliter inter omnes, extraneos æque ac sanguinis ratione junctos, non tantum illustri genere natos, sed privatos etiam inferiorisque conditionis homines valere, & consuetudine probari censent, hincque moribus tertium genus heredum veteribus JCtis incognitum, quos conventionales appellant, cum Jus civile tantum testamentariorum ac legitimorum mentionem faceret, inductum tradunt, ita

Hahn *de Jure rer. concl. 70. 76.* & ad Wesenbec. *tit. de Her. pet. n. 3.* Schilter. *Ex. 8. th. 50.* Petr. Theodor. *Diss. de Pact. successor. th. 4.* Dn. Stryck *in usu Mod. Pand. tit. de Pact. th. 18.*

16 Cujus tamen asserti veritatem & generalitatem nos ejus Authoribus defendendam & probandam merito relinquimus, non sine causa quam maxime dubitantes, num Privatorum Pacta de futura successione pro validis sint habenda, præterquam si vel loci Statuto expresse approbata, quemadmodum Sereniss. Marchionis Badensis Jure Provinciali *part. 6. tit. 1. §. also auch &c.* nominatim inter quasvis tam extraneas quàm cognationis nexu devinctas personas confirmata, vel indubitata & certa consuetudine recepta sunt.

17 Wann demnach in der Stadt Hoff oder in dem Theil Landes, drinn solche gelegen, dergleichen Pacta successoria à Privatis inita nicht speciali Statuto vel consuetudine approbirt seyn, daß sie contra Juris civilis rationem vor gültig und kräfftig gehalten werden sollen, ist leicht zu judiciren, daß wir kein anders Urtheil fällen können, als daß das Pactum qu. ungültig sey, und keinen Bestand habe, folglich weder der Susannä Margarethä Beyerin Herr Bruder ad consequendam hereditatem sororis vorträglich, noch deren hinterlassenen unehelichen Tochter præjudicirlich und nachtheilig. Belangend die andere sub num. 2. beyliegende Dispositon, darinn sich die Susanna Margaretha Beyerin auf ihrem Creyß-Bette, worauff sie GOtt gelegt, nochmahls schrifftlich erklärt, daß sie verlange, daß nach ihrem Tod alle dasjenige, wie es in dem anno 1693. den 4 Decembr. abgeredt- und bekräfftigten Testament beschlossen und verfaßt, einzig und allein ihrem lieben Bruder Hrn. Johann Jacob Beyern und dessen Kindern Erben und Erbnehmen verbleiben solle, doch daß ihr Kind und Tochter Margaretha Susanna Beyerin die bestimmte 50 fl. Lands-Wehrung nebst einem gebetteten Bette, samt dreyen Uberzügen, wie es beschrieben, empfangen solle, krafft ihres Namens Unterschrifft; hat selbige zwar eine speciem ultimæ voluntatis, es kan aber dieselbe zu recht nicht bestehen 1.) als ein Testamentum matris inter liberos, weil die Susanna Margaretha Beyerin ihre einzige gehabte uneheliche Tochter (quæ quoad matrem pari jure gaudet, ac si legitima filia esset 18

arg. §. 3. Inst. ad SCt. Orphit. l. 2. ff. unde cognat. l. 1. §. 2. ff. ad SCt. Tertull.)

weder ex asse, noch zutheuerst nur in legitima, vel parte ejus instituiret und zur Erbin eingesetzet, welches doch ad formam talis testamenti matris inter liberos erfordert wird

Nov. 107. c. 1. Auth. Quod si sine. C. de testam. Matth. Stephan. *ad d. Nov.* Carpzov. *p. 3. c. 4. d. 17. n. 8. & lib. 6. Resp. 33. n. 2.* Stryck. *Disp. de Jure testand. int. lib. c. 3. n. 3.*

19 Nam prout in omnibus testamentis solennibus Parentes liberis, & hi contra illis, Jure Novellarum, legitimam honorabili institutionis titulo relinquere tenentur, si velint, ne testamentum eorum tanquam inofficiosum rescindatur,

Nov. 115. c. 3. 4. 5. Franzk. *Ex. 6. q. 5. per tot.* Carpzov. *p. 3. c. 9. d. 1. 2.*

nec

20 nec ſufficit eos ſibi legitimam per donationem, legatum, fideicommiſſum vel alium quemlibet titulum reliquiſſe ceu rectiſſime docent

Hahn *ad Weſenb. tit. de inoff. teſtam. n. 6.* & *ad tit. de liber. & poſthum. hered. inſt. n. 4.* Ungpaur. *Ex. 8. q. 13.* Brunnem. *ad l. 8. §. 6. & ad Auth. Noviſſima. C. de inoff. teſt.* Richter. *p. 1. dec. 29. n. 45.*

21 Ita quoque idem in hoc minus ſolemni teſtamento inter liberos a Parentibus omnino eſt obſervandum.

poſt plures alios a ſe allegatos Dn. Stryck. *d. Diſp. c. 3. n. 4. ſeqq.*

22 adeo, ut niſi vel pars legitimæ liberis honorabili heredis inſtitutionis titulo relicta ſit in eo, vim teſtamenti obtinere, & ut tale ſuſtineri nequeat.

Dn. Stryck. *d. l.*

23 Hinc recte afferit B. D. Lauterbach

Concl. for. Ex. 15. concl. 9.

ad conſervanda aſcendentium & deſcendentium teſtamenta plus valere inſtitutionem in uno floreno factam, quam legatum mille thalerorum.

arg. d. Nov. 115. c. 3. & 4.

24 noch 2) auch als nuda diſpoſitio matris inter liberos in vim ultimæ voluntatis inteſtatæ valens.

Nam etſi quælibet Patris aut Matris voluntas, ſine omni ſolemnitate, indiciis ac ſignis ſaltem manifeſtata, etiam absque heredis inſtitutione, & citra formam ac figuram teſtamenti quomodocunque declarata, ut ultima voluntas inteſtati, liberis ab inteſtato ſucceſſuris, ex debita Parentibus pietate & reverentia, ſancta nec aſpernanda, ſed potius obſequioſe ſequenda & obſervanda videri debeat, ſi modo legitimam ſuam ab omni onere liberam ſalvam habeant aut conſequantur.

l. 16. l. ult. C. famil. erciſc. ex quibus illa eſt conſtitutio Impp. Diocletiani & Maximiani in qua ipſi jubent, etiamſi judicium Patris tam circa teſtamentum quam circa Codicillos deficiat, h. e. ſi Pater neque teſtamentum neque codicillos fecerit, aut fecerit quidem, ſed in iis judicium ſuum circa rerum diviſionem deficiat: ſi tamen quibuscunque verbis voluntas ejus declarata ſit, quoad bonorum inter liberos diviſionem, arbitrum vel judicem familiæ erciſcundæ hanc patris voluntatem, licet ei ab inteſtato ſuccedatur, ſequi. Altera *l. ult.* eſt Conſtantini Imp. qui idem conſtituit, etiamſi liberi non ſint in poteſtate, ſed emancipati, unde colligitur rationem decidendi non in patria poteſtate ſed in parentela, quæ patri pariter & matri communis eſt, quærendam eſſe, & proinde legem illam ejusque diſpoſitionem tam in matris quam in Patris voluntate obtinere, licet illa non verbis, ſed quibuscunque indiciis aut ſignis manifeſtata ſit. *add. Nov. 18. cap. 7.* Unde deſumpta *Auth. Si modo. C. fam. erciſc.* quæ itidem pertinet ad diſpoſitionem vel diviſionem Parentum factam per ſcripturam extra teſtamentum & Codicillos, puta per epiſtolam, ad quam ut rata & firma ſit, Imperator nihil amplius deſiderat, quam ipſius Parentis, vel liberorum ſubſcriptionem.

Attamen valet ejusmodi qualiscunque 25 Parentum voluntas citra teſtamenti aut codicillorum figuram ac formam declarata tantum inter liberos, non etiam quoad alios extraneos, qui non ſunt ex numero liberorum, iisdem immixtos, hi enim nihil inde ſperare ac capere poſſunt.

d. l. ult. C. famil. erciſc. verbis: ſi vero in hujusmodi voluntate deſignatis liberis alia ſit mixta perſona, certum eſt, eam voluntatem, quantum ad illam duntaxat perſonam permixtam, pro nulla haberi. ibid. Brunnem. *in fin.*

Perinde ut teſtamentum Parentum inter 26 liberos ſine ſolennitatibus jure privilegiario conditum propria Parentis manu exaratum vel ſubſcriptuum absque aliis requiſitis teſtibus tantum valet inter liberos eo heredes inſtitutos, ſi quid vero in eo extraneis perſonis, quæ non ſunt ex numero liberorum teſtatoris, etſi arctiſſimo cognationis, affinitatis aut unitatis carnis vinculo eidem conjunctæ ſint v. g. fratribus, ſororibus, patri, matri, vitrico, novercæ, privignis, marito aut uxori &c. ſingulari titulo quid relictum, id pro non ſcripto habetur & liberis accreſcit, niſi duo adhibiti fuerint teſtes

Nov. 107. c. 1. Dn. Stryck *de Jur. teſtand. inter liber. cap. 4.* Dn. Collega D. Harpprecht *Diſp. de admixtione perſonæ extraneæ in diſpoſit. Parent. inter liber. th. 24. ſeqq.*

Sehen demnach nicht wie dieſe ſub Num. 2. 27 beyliegende Diſpoſition auf einigerley Art und Weyſe ſalvirt werden könne, wann ſich der Susannä Margarethä Beyerin hinterlaſſene Unehliche Tochter ihres Rechts gebrauchen, ihrer Mutter Diſpoſition als zu Recht unbeſtändig anfechten, und die ihr ab inteſtato deferirte völlige Erbſchafft ſuchen und vindiciren will.

Welches ꝛc. Actum in Collegio d. 23 Julii anno 1698.

Unſers sonders Großg. Hochgeehrten Herrn

Dienſtwillige Decanus und andere Doctores der Juriſten-Facultät bey Fürſtl. Württemberg. Univerſität zu Tübingen.

CONSILIUM LXXIII.

De

Transactione ſuper Legato conditionali inita, non quidem ex defectu objecti habilis; Attamen ex defectu ſolemnitatum, ad validandam alienationem rerum immobilium, quæ minorum ſunt, a LL. requiſitarum, ipſo jure nulla.

SUMMARIA.

1. Præmittitur Factum cum tribus Qq. hic enucleandis.

2. 3. Quamvis legatarius aut Fideicommiſſarius conditione pendente, ad legatum vel fideicommiſſum conſequendum agere non valeat.

4. Sunt tamen pendente conditione, hujus legati plures effectus, quos inter haud poſtremus eſt, quod in bonis tali modo relictis Legatarius aut Fideicommiſſarius jus in ſpe formata radicatum habeat.

5. 6. 7. 8. Et illud in quemvis contractum pendente adhuc conditione, deducere valeat.

9. Ita, ut transactio, ſuper legato vel fideicommiſſo conditionali inita firma & rata maneat, licet conditio adjecta poſtea extiterit.

10. 11. 12. 13. Atque minorenni, qui perſonæ honoratæ pro tali ejus ſpe non modicam pecuniæ quantitatem exſolvit, quamvis conditio legato adjecta deficiat, reſtitutio in integrum denegetur.

14. Rationes Decid.

15. Si patri una cum uſufructu, adminiſtratio bonorum filii- vel filiæ familias in teſtamento a quocunque relictorum, adempta aliisque a teſtatore commiſſa eſt, illa ſe adminiſtrationi nequaquam immiſcere poteſt.

16. 17. Etiamſi magna ſit tutorum ac Curatorum circa res pupillorum &c. facultas, non tamen libere res ipſorum immobiles diſtrahere queunt.

18. Immo nec mobiles, ſervando ſervabiles.

19. Sed in horum omnium alienatione obſervanda requiruntur tria ſolennia. 1.) Juſta & neceſſaria alienandi cauſa. 2.) Cauſæ cognitio, & 3.) Decretum Magiſtratus. Sine quibus alienatio ipſo jure eſt nulla.

20. Quæ requiſita copulative adeſſe debent.

22. Sive a Tutoribus & Curatoribus, ſive ab ipſis minoribus res illa alienentur.

22. 23. 24. Ex quacunque cauſa dominii translativa id fiat. Junctis n. ſeqq.

28. 29. 30. Rei propriæ neque locatio neque emptio, neque permutatio neque ſtipulatio conſiſtere poteſt.

31. 32. 33. Unde conſequitur, quod propriam rem emens pretium ſolutum, rem propriam conducens, mercedem, ac permutans ſuam, pro aliena re accipiens, rem a ſe datam per condictionem indebiti repetere poſſit. Junctis n. ſeqq. 34. & 35.

36. 37. Actiones ad pecuniam vel aliam rem mobilem exigendam competentes, nec non res mobiles ſervando non ſervabiles absque dictis requiſitis alienari poſſunt.

38. Requiſita quidem hactenus notata omitti poſſunt in alienatione rerum minoris, ſi Princeps eam ſpeciali Reſcripto permiſit.

39. Sed ante alienationem hoc impetrari debet.

40. 41. Quod tamen absque prævia ſufficienti cauſæ cognitione interpoſitum parum operatur.

42. 43. 44. Ut Tutores ac Curatores vel quicunque alii in rem ſuam authores fiant, jura non patiuntur.

45. 46. Vitioſum per æque aut magis vitioſum validari minime poteſt.

47. 48. Ratificatio præſupponit plenam geſti & ratificandi negotii ſcientiam.

49. 50. 51. Actionem tutelæ inſtitutam contra Tutorem ejusve heredes, regreſſum ad alterum remedium contra poſſeſſorem rerum minoris nulliter alienatarum, non excludere, probatur txx. authoritatibusque.

ALs uns denen bey Hoch-Fürſtl. Würtembergiſch. Univerſität Tübingen, zur Juriſten Facultät verordneten Decano und andern Doctoribus hiebey wieder zuruck kommende Acta in Sachen Frau Dorotheä Mariä von Reichau, gebohrner Böcklin von Böcklinſau, Klägerin an einem, entgegen und wider weyland Bonifacii Rieckhers ſeel. geweſenen Vogtens zu Beylſtein, hinterlaſſene Erben, Beklagte am andern Theil, vor einiger Zeit zugeſandt worden, um unſer Rechtliches Guthachten darüber zu erſtatten, und an Hand zu geben, was

was darinnen zu sprechen und zu erkennen seyn möchte, so haben wir nicht ermanglet, nachdem wir uns von andern unumgänglichen keinen Verzug gelittenen Amts-Geschäfften so weit entmüssiget, dieselbe unter Handen zu nehmen, mit gebührendem Fleiß zu durchgehen, reifflich zu erwegen, und in sorgfältige deliberation zu ziehen, da wir dann daraus forderist qua facti ersehen, und aus der geführten Klage mit mehrerm vernommen, wie daß Weyland Fr. Maria, Herrn Peter von Pflaumern, gewesenen Obristen, Hochfürstl. Würt. Raths und Ober-Vogten zu Weinsperg und Meckmühl, hinterlassene Wittib, als klagender Fr. Dorotheä Mariä von Reichenau gebornerBöckhlin von Böckhlinsau Avia Materna in Anno 1658. d. 10. Junii ein solennes Testamentum aufgerichtet, worinnen sie nach Innhalt des zwölfften Puncten Hrn. Bonifacio Rieckhern, damalen Hochfürstl. Würtemb. Vogten zu Beylstein Seel. auf den Fall, wann ihr Enckelin Dorothea Maria, als von ihro eingesetzte einige Erbin ledigen Stands und ohnverheyrathet sterben würde, ihr gantzes Hof-Gut zu grossen Bottewar, der Rechberger Hof genannt, cum omnibus pertinentiis legirt und verschaffet. Als nun Seel. gedachte Fr. Obristin Pflaumerin in Anno 1660. diese Zeitlichkeit gesegnet, hat Fr. Klägerin Hr. Vatter Hr. Claus Jacob Böckhlin von Böckhlinsau Obrist-Lieutenant kurtz nach solchem Todsfall benandtlich den 14. Nov. solchen Jahrs mit gedachtem Vogten zu Beylstein Bonifacio Rieckhern wegen des demselben unter obbemeldter Condition verschafften Legati sich dergestalten verglichen, daß er Hr. Vogt sich seines Rechtens des ihme legirten Rechbergischen Hofes zu grossen Bottwar gäntzlich begeben, und solchen ohn einige Ansprach wohlermeldten Hrn. Obrist-Lieutenant Böckhlin und seinem Kind als nunmehriger Fr. Klägerin und instituirter Pflaumerischen Erbin überlassen, hingegen Hr. Böckhlin ihme Vogten zu Beylstein zwey Höfe zu Abstatt und den damalen zu gemeldtem Abstatt gestandenen Farren, nicht weniger an einem bey Löbl. Landschafft in Würtemberg Jahrs auf Matthäi verzinßlich stehenden Capital 800. fl. ferner bey denen Bestand-Meyern zu Abstatt 177. fl. 23. Kr. so dann 50 Scheffel Dünckel eingeraumet hat. Und ist dieser Verglich nicht nur allein von Hrn. Obrist-Lieutenant Böckhlin, sondern auch mit Vorwissen und Zuthun der beeden HHrn. Vormundere, des Hrn. von Hallweyl und Hrn Schöcken seel. also eingegangen und getroffen worden. Gleichwie nun Frau Klägerin von dem Innhalt des Altmütterlichen Testaments und daß ermeldter Vogt Riecker allein auf den Fall, da sie ledigen Stands versterben sollte, mit obbemeldtem Legato bedacht, gantz nichts gewußt, also hat dieselbe vor etlichen Jahren ihme Bonifacio Rieckern die vor den Hof zu grossen Bottwar durch obbemeldten Verglich überlassene zwey Abstatter Höfe, als ob dieselbe ihm rechtmässig zuständig, wiederum gegen 3500. fl. Landschafftl. Capitalien aberhandelt, hernachmals aber aus deme mit grosser Mühe, vermittelst dessentwegen abgeloffenen Hochfürstl. ernstlichen Befehlen, erhaltenen Altmütterlichen Testamento so viel ersehen, daß bey so bewandten Dingen, und da sich der ausgesetzte Fall ledigen Absterbens nicht ereignet, alle vorgegangene Vergliche, und also auch diese Rieckerische Transactio ipso jure null und nichtig seyn, dannenhero ihro Hochfürstl. Durchl. zu Würtemberg als in hac causa competentem judicem pro administratione juris & justitiæ demüthigst imploriret, worauf die rechtliche Erörterung der Sache an das Löbl. Stadt-Gericht zu Studtgardt gn. remittirt worden. Und ob wohl Anfangs die respective Schnepffische und Schöckische Erben, indem Weyland Hr. Tobias Scheckh Hochfürstl. Würtemberg. Expeditions-Rath Fr. Klägerin Tutor & Curator gewesen, actione tutelæ utili allein conveniret, so ist doch endlich aus allerhand durante Processu sich hervor gethanen trifftigen Ursachen zwischen beeden Partheyen, vermittelst erfolgter Hochfürstl. Gn. concession und ratification, zu Abschneidung aller fernern rechtlichen Weitläufftigkeit, ein gütlicher Verglich getroffen, dabey aber an Seiten Fr. Klägerin aller ferner regress an die übrige pari passu mit-interessirte Pflaumerische Conditional Fideicommissarios & Legatarios, als die Hallweylische Müllerische, Zorerische und Rieckerische Erben per expressum vorbehalten worden, wie dann die Hallweilische, Zorerische und Müllerische Erbs-Interessenten sich indessen in der Güte ebenmässig abgefunden haben. Demnach aber die Rieckerische Erben, unerachtet es mit ihnen eine durchgehende Gleichheit habe, sich zu gütlicher extradition des indebite empfangenen nicht verstehen wollen, als befinde sich Fr. Klägerin wider Willen gemüssigt, sie Rieckerische Erben vor diesem Löbl. Remissions-Gericht rechtlich zu

belangen / und weil aus dem angeführten so viel erhelle / daß ihme Bonifacio Rieckern wegen nicht erfolgten Falls der ausgesetzten Condition ledigen Absterbens niemalen einig legatum, oder davor etwas anders gebühret / und daß Fr. Klägerin Hr. Vatter Obrist-Lieutenant Böckhlin / deme die administration seiner Tochter Altmütterlichen Vermögens per Testamentum Pflaumerianum ausdrücklich in totum benommen gewesen / dergleichen Verglich und Tausch mit dem vermeynten Legatario Rieckhern einzugehen keineswegs befugt noch berechtigt gewesen / auch die diesen Verglich mit subscribirte Pflegere Hr. von Hallweil und Hr. Expeditions-Rath Schöck Seel. ebenmässig ihrer minderjährigen curandæ immobilia, der ihro dadurch zugezogenen enormissimæ læsionis zu geschweigen / also schlechter Dingen hie mit Hindansetzung der in dergleichen Fällen vorgeschriebenen observirenden necessariorum requisitorum per transactionem zu alieniren und zu vertauschen gantz nicht gebühret / sondern daß alle diese vorgegangene Transactiones, permutationes, alienationes und andere unterloffene actus ipso jure null und nichtig und Fr. Klägerin alles dasjenige / was Hr. Bonifacius Rieckher auf solchen Fall einigerley Weis indebite empfangen / nunmehr von dessen Erben / & quidem una cum fructibus perceptis ac omni damno & interesse Ihro wieder zu ersetzen und zuzustellen sey. Als gelange an Hrn. Richter ihr dienst- und rechtl. Bitten / mit Recht zu erkennen / und zu sprechen / daß die Rieckerische Erben das von ihrem Vater Bonifacio Rieckhern Seel. indebite empfangene Pflaumerische Conditional-Legat und die davor nunmehro von Fr. Klägerin eingehandelte 3500. fl. Landschafftl. Capitalien / sammt denen durch den nichtigen Verglich empfangenen 800. fl. Landschafftl. Capitalien und bey den Bestand-Mayern zu Abstatt cedirten 177. fl. 23. Kr. wie auch dem Werth vor den zu Abstatt gestandenen und mit überlassenen Farren auch empfangene 50. Scheffel Früchten daselbst Fr. Klägerin respect. zu restituiren / zu extradiren / gut zu machen und zu bezahlen schuldig seyn / und zwar alles cum fructibus perceptis atque omni interesse, sammt Abtrag alles causirenden Kostens und Schadens / implorato &c.

Auf welche geführte Klage sämmtlich Rieckherische Erben litem contestando vorgebracht / was gestalten die Seel. Verstorbene Fr. Obrist Pflaumerin in deren Testament §. 12. verordnet / daß Hrn. Bonifacio Rieckern Seel. auf den Fall ihr eingesetzte Erbin ledigen Stands versterben sollte / der Rechberger Hof genannt legirt seyn sollte / fals sie aber sich verheyrathete / und nicht ledigen Standes versterben sollte / solle ihm Hrn. Rieckhern für seine Mühwaltung ein gebührend und ehrliches Recompens geschöpfft und gegeben werden. Nachdem es nun das Ansehen gehabt / als dörffte die erste condition gar leicht entstehen / habe der Fr. Erbin als Klägerin Hr. Vatter und Administratores das sicherste zu seyn vermeynet / von diesem grossen legat, indem solcher Hof viel 1000. Rthlr. werth / sich abzulösen / und um die andere Condition den Hrn. Legatarium abzufertigen / massen sie solches unter allerseitiger Handschrifft und Pettschafft auf Hochfürstl. confirmation und concession, unter des Hrn. Vatters Evictions Verspruch sub dato d. 14. Nov. 1660. dergestalt gethan / daß / wie sie von der Fr. Testirerin Seel. licenz, ja Befehl gehabt / und deßwegen auch Hrn. Rieckhern Seel. in deren verlassenen Gütern Jus hypothecæ gebührt / sie ihme neben den libellirten mobilibus und Schulden / auch 2. schlechte abgangen geweßte und beschwehrte Höfe zu Abstatt eingeraumt. Dahingegen er Hr. Rieckher so wohl seinem sub conditione legirten Rechbergischen Hof renunciret / und selben simpliciter der Fr. Klägerin überlassen / als auch um das andere legat gebührter ehrlicher Recompens quitiret / damit man auch allerseits zufrieden gewesen / so daß auch die Fr. A. nachdem sie sich erstlich verheyrathet all diese Verhandlung expresse ratificirt / und auch nachgehends nichts dawider movirt / vielmehr aber wohl wissend / woher Hr. Rieckher solche habe / den 8. Dec. 1676. mit Assistenz ihres Hrn. Vattern und Seel. verstorbenen ersten Ehe-Herrn diese Höfe nicht / wie libellirt / vertauschet / sondern eben zu mehrer confirmation und Sicherheit geschöpffter recompens abkaufft / und 2500. fl. Landschafftl. Capitalien in solutum angewiesen / also denuo vorige Verhandlungen ratificirt / zumalen allen dawider dienenden Exceptionen in genere & specie sammt dem Rechten gemeiner Verzeihung sub qua omnes aliæ Exceptiones, ac si in specie enumeratæ fuissent, veniunt, jurato sich begeben / bis dahero darauf geschwiegen / und wider die Rieckherische nichts movirt / oder an sie einig vermeynt nulliter alienirte Güter gesucht / bis vor einiger Zeit dieselbe instigiret

worden

worden ein und anderer vorgegebenen übeln Pfleg deren HHrn. Adminiſtratores und in ſpecie die Schnepffiſche Erben, tutelæ actione zu belangen, nachdeme ſie ſich Rechts belehren laſſen, daß es ihro beſſer ſeyn würde, hoc remedio contra Adminiſtratoris heredes als die Legatarios ac Fideicommiſſarios, zu experiren, mit denen ſie ſich dann auch auf ein gewiſſes verglichen, und mithin die wider ſelbe intentirt gehabte action, damit ſie auch jetzo quæſt. Gülten und Rieckeriſche Abfertigung geſucht gehabt, remittirt, jetzo aber nichts deſtoweniger wieder variiren, und noch das wenige, ſo die Rieckeriſche um ihres Vaters vielfältige und vieljährige Dienſte bekommen, und etwa ein weit mehrers zu fordern gehabt hätten, abjagen will, aber verhoffentlich ohn den geringſten Nachdruck, ſintemal die Rr. der beſtändigen Rechtl. Hoffnung verblieben, daß ſie der Fr. A. um ihre gethane Klag nichts zu thun ſchuldig ſeyn werden, und dieſelbe die inſtituirte condictionem indebiti in dem wenigſten wider Rr. ſtabiliren können, dann ſie deren ſämmtliche requiſita, quod quid 1. indebite, 2. ex errore, 3. facti, 4. ſolverit, nimmer werde beybringen können, ſintemal 1. daß dieſes ein für die aberhandelte Höfe ſchuldiges prerium geweſen, unwiderſprechlichen facti, daher kein indebitum. Wollte aber 2. die Frau A. auf die Höfe und übrige Mobilien ſelbſt reflectiren, gehe jener wegen die condiction nicht mehr an, weil ſie ſolche bereits hab, und nicht mehr von den Rr. condiciren könne, und zwar 3. um ſo weniger, weil ſelbe ſo wohl als die Mobilien und mitgegebene Schulden kein indebitum, ſondern debitum geweſen, indem Hr. Riecker Seel. nicht nur diß, ſondern wohl mehr und gar den Rechberger Hof zu Bottwar prætendiren können, indeme die Seel. Teſtirerin offt ſich vernehmen laſſen, daß wann ſie GOTT von dieſer Welt abfordern werde, dieſer Hof ſammt der Zugehörde ihm Hrn. Rieckern gleich zufallen ſolle, mit dieſem Beyſatz, weil ſie und ihr Herr Seel. auch nicht gehabt, was jetzo vorhanden, ſo fern ihrem Enckel 10000. fl. nicht helffen, werde es mit 20000. auch alſo ſeyn, da dann kein Zweiffel, quod ultimæ diſpoſitionis declaratio etiam per unicum teſtem, literas & conjecturas probari poſſit. In ſpecie aber, daß 4. auch diß kein indebitum, was Hr. Riecker Seel. bekommen, erhelle daher, weil der Seel. Hr. Obriſt Pflaumer ihme ſelbſt in ſeiner an das Hochf. H aus Würtemberg ertheilter Recommendation das Gezeugniß gegeben, wie viel und getreue Dienſt er ihm erwieſen, dannenhero er auch billich eine Belohnung ſeiner Dienſte zu prætendiren gehabt, cum ejusmodi operas gratis præſtare nemo præſumatur, nec cogatur. Welches dann auch 5. die Seel. Fr. Teſtirerin ſelbſt erkennet, und dahero es ein zu bezahlen ſeyendes gebührendes und ehrliches Recompens geheiſſen, auch ſolches zu determiniren denen HHrn. Adminiſtratoribus facultatem concedirt habe, dannenhero es kein indebitum genennet werden möge. Weniger könne 6. geſagt werden, quod nulliter alienatum ſit, dann über dieſes, daß Dna Teſtatrix ſolche licenz, ja mandatum denen HHrn. Adminiſtratoribus ertheilt gehabt, ſo habe ipſa Dna Actrix expreſſe & tacite vorangezeigter maſſen und daß ſie intra quinquennium poſt majorennitatem wider die Rieckeriſche coram judice nicht geklagt, die alienation impugnirt, und die Güter vindiciret, alles ratificiret. Ja es haben 7. vielmehr die Rieckeriſche wegen allzuwenigen Empfangs zu klagen, weilen die Landſchafft-Capitalien nur zum dritten Theil beſtändig gerechnet zu werden pflegen. Und wann Hr. Riecker Seel. nur 100. Rthlr. ein Jahr ins ander rechnen wollte, er mehr als dreymal ſo viel verdienet hätte, wie dann dieſes noch gantz kein Æquivalent gegen dem Rechbergiſchen Hof, welcher cum omnibus pertinentiis über 5000. Rthlr. werth, da doch die Fr. Teſtirerin ein dergleichen billigmäſſiges Æquivalent verſtanden habe. 8. Sey aus denen Rechten zu bedencken, quod ſi aliquid transactionis cauſa ſolutum fuerit, condictio indebiti ceſſet.

arg. l. 65. §. 1. ff. l. 2. C. de condict. indeb. l. 6. C. de jur. & fact. ignor.

So daß auch 9. in tali cauſa minores ſine decreto immobiles res alienatas nicht mehr repetiren können. *arg. l. 11. C. de transact.* zu geſchweigen daß 10. es dißfals um ſo weniger eines Decreti vonnöthen geweſen, weil, wie der Anno 1660. aufgerichtete Receſs demonſtrire, conceſſio Principis vorhergegangen. 11. Könne Fr. Klägerin keine ignorantiam facti vorſchützen, denn ſie ſamt den H. Adminiſtratoribus alles wohl gewuſt, durch einen bey ihrer letzten Verheyrathung ertheilten Revers in alles mit eingewilliget, und ſubſcribiret. 12. So könne ſupra deductis omnibus ſepoſitis ſie Fr. A. wider die Rieckeriſche der Urſachen nicht mehr agiren weil ihro ex

consilio vorgeschrieben worden entweder wider die Erben der Administratorum oder Legatariorum & Possessorum bonorum zu agiren *per l. 6. C. arbitr. tut.* weil sie dann jenes nemlich die action contra Administratorum heredes erwählet, und dieselbe in Judicio instituiret, als habe sie sich des andern Remedii gleich Anfangs entschlagen, consequenter an die Rieckerische Erben keinen Regress mehr zu suchen. Wie dann 13. kein Zweiffel walte, daß Fr. Klägerin bey deme mit denen Schnepffischen Erben getroffenen Verglich gegen dem verglichenen quanto alle formirte prætensionem, also auch die Rieckerische, habe remittiren müssen. Dannenhero so sie weniger genommen, als sie Anfangs libellirt gehabt, sie ihro solches selbsten zu imputiren habe. 14. Komme denen Rr. der Fr. Klägerin jetziges Gesuch desto fremder vor, weilen nicht allein ihr voriger Herr Seel. öffters, sondern auch die Fr. A. selbst, sonderlich bey letzterm getroffenen Erkauff sich vernehmen lassen, daß sie von denen Rieckerischen Erben nichts mehr künfftig verlangen werde. Bey welcher der Sachen Bewandtniß Rr. gebeten, sie von angestellter Klage zu absolviren, hingegen die Fr. A. in alle verursachte Kosten zu condemniren.

Worauf Fr. Klägerin replicirt, Beklagte duplicirt, und auf gewisse Articul Fr. Klägerin das Juramentum Judiciale coram Deputatis in Person abzulegen deferirt, mithin cum oblatione si quid facti beschlossen, weil aber Fr. Klägerin wider die von Beklagten übergebene Articulos Defensionales und daß ihr deferirte Juramentum Judiciale excipirt, ist nach langem disputiren auf beschehene Hintersetzung in hoc puncto admittendorum vel rejiciendorum articulorum defensionalium desuperque delati Juramenti interloquendo erkannt worden, daß denen Beklagten ihr Begehren abgeschlagen und beede Theil hiernächst in der Haupt-Sach zu beschliessen schuldig seyn, oder die Sach ex officio vor beschlossen gehalten werden solle. Von welcher Interlocutoria aber Beklagte an das Hochfürstl. Hof-Gericht appellirt, woselbst gedachte Interlocutoria reformirt und erkannt worden, daß die eingerichtete articuli Defensionales annoch zu admittiren, und denen zu folge Fr. Klägerin Appellatin nicht allein darauf zu antworten, sondern auch das Juramentum judiciale deferirter massen abzuschwehren schuldig und verbunden, die Appellations-Kosten aber compensirt und verglichen seyn sollten, besage Adjuncti sub Num. Act. 39. deme zu folge Fr. Klägerin das Juramentum in Person abgeschworen und mediante illo die übergebene u. vorgehaltene Articul beantwortet laut Num. Act. 51. Drauf beklagter Seits eine Eventual-Conclusion Schrifft eingegeben und endlich von beeden Theilen finaliter mündl. submittirt worden.

Hierüber nun unsere beywohnende rechtliche Gedancken zu eröffnen, so finden wir ratione Processus nichts notables zu erinnern, indem derselbe, præsuppositâ Jurisdictionis per remissionem Serenissimi competentiâ, in allen Stücken und partibus also geführet worden, daß sich kein nachtheiliger Mangel ereigne, sondern alles ordentlich und richtig beobachtet, was ad solennem illius ordinem & substantiam erfordert wird, was merita causæ concerniret, so beruhet das Haupt-Wesen gegenwärtiger Sache darauf;

1. Ob der zwischen Weyland Bonifacio Rieckhern, Vogten zu Beylstein und Fr. Klägerin Hr. Vater Weyland Obrist-Lieut. Böckhlin von Böcklinsau mit Zuziehung ihrer Curatorum über das ermeldten Hrn. Vogten von Fr. Klägerin Fr. Großmutter Hr. Peter von Pflaumers gewesenen Obristen, Fürstl. Würt. Raths und Ober-Vogten zu Weinsperg und Meckmühl hinterlassener Fr. Wittwen in ihrem Anno 1658. den 10. Junii aufgerichteten Testament sub conditione wann ihr Encklin und instituirte Erbin Maria Doroth. Böcklini von Böcklinsau jetztmalige Fr. Klägerin, ohnverheyrathet sterben würde, verschafftes Legat des Rechberger Hofs zu grossen Bottwar den 14. Nov. 1660. getroffene Verglich zu recht kräfftig und beständig sey? oder ob 2. derselbe nicht wenigst durch den A. 1670. von Fr. Klägerin mit Beystand Hrn. Joh. Georg Kürners J. U. L. und Hof-Gerichts-Advoc. und ihrem ersten Ehe-Herrn Hrn. Wolff Ernst Hornecken von Hornberg als damaligem Sponso, von sich gestellten Revers darinnen sie beede bey Adel. Parolen versprochen alles stät und fest zu halten, nichts wider die von Fr. Klägerin Hrn. Vater mit den Legatariis und Fideicomm. eingegangene Vergliche zu thun, noch zu gestatten, daß von andern, wer die auch seyn mögen, weder in noch ausserhalb Rechtens etwas dawider gehandelt u. gethan werde, so gar, daß wo einer oder der ander sich gelüsten lassen sollte, etwas dawider anzufangen, sie auf solchen Fall demselben resistiren, u. die getroffene Verglich manuteniren helffen wollen; dergestalt ratificirt u. confirm. worden, daß derselbe nicht mehr angefochten noch umgestossen werden könne? Und

3. Ob

3. Ob Fr. Klägerin ihro dadurch, daß sie wegen des ihr durch die mit den Legatariis & Fideicommissariis eingangene Vergliche zugefügten Schadens in genere des Hrn. Expeditions-Rath Schöckens, als ihres zur Administration constituirten Vormunds Erben, die Schnepffische Kinder actione tutelæ zu conveniren erwählet, nachgehends aber sich mit denselben verglichen, dergestalten præjudiciret, daß sie jetzo deswegen an des Rieckers Erben den Regress zu nehmen, und ichtwas an sie zu suchen keines weges mehr befugt? Dann aus dieser dreyen Fragen Resolution fliesset die Decision der gantzen Sachen, und wird sich daraus ergeben, ob Klägerin eine gerechte Intention führe oder nicht? wollen also zu Erörterung sothaner Fragen ohn weitern Umschweiff schreiten.

Belangend demnach die

Erste QUÆSTION:

Ob der zwischen weyland Bonifacio Rickern Vogten zu Beylstein und Fr. Klägerin Hrn. Vattern weyland Obristen Lieutenant Böcklin von Böcklinsau mit Zuziehung ihrer Curatorum über das ermeldtem Hrn. Vogten von Fr. Klägerin Fr. Großmutter Obristin Pflaumerin in ihrem An. 1658. den 10. Jun. aufgerichteten Testament sub conditione: Wann ihr Encklin und instituirte Erbin M. D. Böcklin von Böcklinsau itzmaltige Fr. Klägerin ohnverheyrathet sterben würde, verschafftes Legatum des Rechbergerhofs den 14. Nov. 1660. getroffene Vergleich zu recht kräfftig und beständig sey?

2 So möchte es zwar das Ansehen haben, ob wäre solcher Verglich in totum zu recht kräfftig und beständig, forderist der Ursach, weil, ob gleich die alte Fr. Obristin Pflaumerin Hrn. Bonifacio Rieckern den gedachten Rechbergerhof zu Grossen Botwar im zwölfften Puncten ihres aufgerichteten Testaments mit der Condition legiret, daß um willen er ihro und ihrem Ehe-Herrn seel. viele ersprießliche und getreue Dienste gethan, er solchen Hoff auf den Fall, wann ihr Enckelin M. D. Böcklin v. Böcklinsau, itzmalige Fr. Kläg. als von ihr eingesetzte einige Erbin ohnverheyrathet ledigen Standes ersterben würde, an statt einer gebührenden ehrlichen Recompens haben solte, und er Hr. Rieager also damalen, conditione ista nondum impletâ, weder actionem realem noch personalem ad rem legatam præstandam & consequendam gehabt, dennoch zu dem ihm sub conditione illa legirten Rechberger-Hoff cum pertinentiis spem radicatam und ein solch Jus gehabt, welches in conventionem & transactionem deducirt werden können;

3 Enimvero quotiescunque alicui Legatum vel fideicommissum sub conditione relictum, conditione pendente Legatario aut fideicommissario quidem nulla ad legatum vel fideicommissum consequendum competit actio

l. 21. pr. ff. quand. dies legat.

dies siquidem legati vel fideicommissi non prius cedit, quam conditio extiterit

l. 5. §. 2. d. t.

adeoque post existentiam conditionis demum deberi incipit

l. 41. ff. de condit. & demonstr. Brussel. *de condition. lib. 2. tit. 1. n. 46.* Rota Genuens. *dec. 1. n. 27.*

ante igitur nec actione ex testamento, nec rei vindicatione, nec hypothecariâ, nec ad exhibendum actione, eo nomine legatarius agere valet,

arg. d. l. 5. §. 2. quand. dies legat. junct. §. 2. Inst. de legat. l. 9. §. 4. ff. ad exhib.

nec creditoris etiam appellatione venit

l. 27. pr. ff. qui & à quibus manumiss.

quia testator non voluit purè, simpliciter & absolutè ut rem haberet legatarius, sed sub conditione, cujus proinde eventus expectandus, ante quem legatarius ad illam consequendam nullâ actione experiri potest. Sunt tamen pendente 4
conditione nihilominus plures legati illius conditionalis effectus, quos inter haud postremus is est, quod Legatarius in bonis legatis vel fideicommisso relictis jus quoddam habeat, non quidem actu jam tum quæsitum, ut eo de præsenti uti ac frui queat, nec tamen ex causa de futuro saltem quærendum, cujus acquisitio ex superveniente nova illud tribuente causa speratur, quæ spes admodum debilis est, & quia ex causâ futura dependet, informis Dd. dicitur, facitque, ut jus quærendum valde incertum sit, sed ex causa de præsenti, cum nempe dies venerit, aut conditio extiterit, sub quâ illud delatum vel relictum, quærendum, quod, quia spes, quâ hoc acquirere speramus, originem ex causâ jam tum præsenti trahit, & hinc spes formata dicitur, minus incertitudinis habet, quàm jus ex causa de futuro quærendum, magisque suspensum, quam omnino nullum esse intelligitur, & hinc nec à summo Principe auferri vel interverti potest,

Paul. Gallerat. *de renunciat. cent. 1. renunc. 17. n. 6. 7. 8. 9.* Alphons. de Olea *de cession jur. & action tit. 3. qu. 10. n. 13.* ibique allegati.

sed tanquam jus in spe formata radicatum, & ad legatarium quodammodo pertinens ab ipso, pendente adhuc conditione, in contractum deduci, vendi, donari, cedi, remitti valet.

l. 3. C. de donat. l 1. C. de pact. ibi Brunnem. *arg. l. 28. de contrah. empt.* Fabian. de Monte. 5
de empt. vend. qu. 2. in pr. post infinitos alios à se allegatos Alphons. de Olea *d. t. 3. q. 10. n. 14.* Carol. Molinæus apud Besold. *p. 1. Cons. 10. n. 6. ubi eleganter tradit*, omne jus, omnem actionem, non modo natam, sed & nasciturum, incertam & conditionalem, vendi & cedi posse. add. B. D. Bardili *Disp. de Legat. Condition. th. 35. ubi in terminis ait*, quod sicut in conventionibus spes futuræ obligationis omnino cedi potest *l. 17. l. 19. ff. de hered. vel act. vend. l. 3. C. de donat.* ita etiam Legato conditionali relicta alteri rectè cedi valeant. *arg. dd. ll.*

6 Derowegen 2.) die Condition, unter deren der Rechberger-Hoff Hrn. Rieggern von ermeldter Fr. Obristin Pflaumerin verschaffet und legiret worden, nemlich wann itzige Fr. Klägerin würde unverheyrathet sterben, durchaus nicht hinderlich gewesen, noch seyn können, daß sich Hr. Legatarius Riegger nicht ante illius conditionis existentiam hätte sollen mit der Fr. Klägerin von gnädigster Herrschafft zu Würtenberg constituirten Vormundern in einen Verglich einlassen, und validè super sibi relicto Legato conditionali, pendente conditione, mit ihnen transigiren können, denn daß dergleichen Verglich und Transaction super Legato vel fideicommisso conditionali, nach Anleitung der Rechten, wohl und kräfftig, pendente adhucdum conditione, geschehen könne und möge, ergiebt sich 3.) klar ex textu

L. 1. C. de pact. ubi Pactum inter heredem & fideideicommissarium de remittendo fideicommisso conditionali initum ab Impp. approbatur his formalibus: Conditionis incertum inter Fratres, non iniquis rationibus conventione finitum est.

L. 16. C. eod. in qua itidem traditur, fideicommissarios sibi invicem onus fideicommissi remittere posse &c. ubi Brunnem. imprimis verò ex textu notabili, (quem celebrem Pincellus, Gomesius singularem & hanc in rem unicum in jure appellat.)

L. 11. C. de Transact. ubi Impp. ita: De fideicommisso à Patre inter te & fratrem tuum viciſſim dato, si alter vestrum sine liberis excesserit vitâ, interposita transactio rata est.

7 Licet autem *h. l. 11.* loquatur in specie de Fideicommisso conditionali mutuo vel reciproco, ut vocant, de quo

videsis Fusar. *qu. 260.* Knipschild. *de fideicomm. fam. nobil. cap. 2. n. 45.*

Casus enim ibi talis proponitur, quo Cajanus miles, ejusque frater, quibus Parens in testamento suo mutuum reliquit fideicommissum, & cavit, ut qui prior sine liberis decederet, alteri portionem suam relinqueret, eaque superstiti filio restitueretur, inter se transegerunt, sibique invicem spem mutui vel reciproci fideicommissi remiserunt. Et à Cajano num valida sit transactio? Consulti Impp. *in d. l. 11.* responderunt, quod remissio valeat, & transactio rata sit, nullaque læsio vel circumventio contra illam allegari vel opponi queat ad impetrandam restitutionem in integrum; adeoque videri posset, frustra eam adduci in casu relicti legati vel fideicommissi conditionalis simplicis & desuper interpositæ transactionis, sicut eo inclinat

Magon. *dec. Florent. 92. n. 8.*

8 Attamen nullum est dubium, quin ejusdem dispositio etiam procedat in Legato vel fideicommisso conditionali simplici, adeoque transactio de hoc bona fide inter legatarium vel fideicommissarium & heredem inita itidem sit valida & rata, si non aliud quid adsit, quod eam subsistere impediat. Sicut enim pendente conditione fideicommissi conditionalis reciproci nulla neque naturalis neque civilis nata est obligatio aut actio ad illud petendum & tamen de illo interposita transactio rata est, ita nihil obstat, quo minus dicamus ratam quoque esse transactionem super legato vel fideicommisso conditionali simplici bona fide factam, etsi pendente ejusdem conditione nulla neque naturalis neque civilis nata sit itidem obligatio aut actio ad illud petendum & consequendum. Quod assertum haud parum firmatur ex *supra alleg. l. 1. C. de pact.* ubi non legitur quod Licinius à Patre in testamento heres institutus fideicommisso gravatus sed Pater in tabulis testamenti tantum portionem fratris Philini in casum si sine liberis decederet fideicommissi onere gravaverat, & tamen transactio inter fratres inita, quâ Philinus fiduciarius in dictum casum gravatus nondum susceptis liberis ab onere fideicommissi se liberare cupiens cum fratre fideicommissario convenit de non petendo fideicommisso adhuc incerto & dubio, pro quo etiam ei sextantem, i. e. duas portionis suæ uncias obtulit, rata habetur, nec Philini filio postea nato & patri superstiti, conceditur sextantis à patre dati repetitio, contra pactum à Patre cum fratre suo Licinio initum, quo utrique optime fuit consultum. Nam incertum fuit tempore initæ transactionis an Philinus esset liberos susceptus, fieri itaque potuit, ut toti fideicommisso locus esset, & tota portio hereditatis ad Licinium devolveretur, econtra etiam contingere potuit, ut fideicommisso non esset locus. Factâ igitur conventione de sextante dando consultum fuit fideicommissario, qui pro incerto, licet toto, recepit partem certam, & pro hac spem dubii eventus remisit. Consultum etiam fuit Philino, quia metu insidiarum liberatus de reliquo triente pro lubitu statuere atque disponere potuit. Ratum itaque manere debere, quod gestum est, voluerunt Impp. Severus & Antoninus, manifesto indicio & argumento, transactionem iniri posse de utroque legati vel fideicommissi genere, & rationem decidendi *L. 11. C. de transact.* non consistere in duplicitate fideicommissi, nam quid ad rem facit, si fideicommissum est mutuum, an eo minus incertus est fideicommissi eventus, quia uni tantum relictum est sub conditione, annon utroque in casu omnia adsunt transactionis requisita? annon in specie in transactione super legato conditionali simplici adest pactio de lite, non quidem quæ nunc est, sed quæ esse potest, quod ad transactionem sufficit? annon ex parte legatarii remittitur spes legati consequendi, & casu eveniente ipsum legatum, ex parte vero heredis retinetur res in specie legata, de qua, transactione initâ pro lubitu disponere, vel illam quocunque titulo alienare potest.

Patet vero simul *ex d. l. 1. C. de pact.* quod transactio super legato vel fideicommisso conditionali 9
inita firma & rata maneat, licet conditio adjecta postea extiterit, v. g. gravatus ut bona in casum si ipse *αγαμος* & sine liberis decesserit, alteri restituat, cum cælebs adhuc esset & liberos nondum haberet, cum fideicommissario de onere restitutionis, accepta certâ re, remittendo transegit, transactioni omninò stare cogitur, etsi postea uxorem ducat & ex ea liberos suscipiat, eosque superstites relinquat.

d. l. 1.

d. l. 1. C. de pact. ibi : non idcirco poteſt iniquum videri, quod facta, ſicut placuit, diviſione diem ſuam, te filio ejus ſuperſtite, functus eſſet, ibi Brunnem. & Gilken aliique Dd.

Qui communiter inde inferunt, id quod datum eſt eo fine, ut aliquid majus remittatur, quod incertum, an futurum ſit, nec ne? propter hunc ipſum dubium eventum, non revocari per ſuſceptionem liberorum, cum potuiſſet contingere, ut id non eveniſſet, jam enim non amplius inſpici quod contigit, ſed quod ante transactionem contingere potuit, adeoque conditione exiſtente non audiendus erit heres gravatus læſionem allegans, dum ſic id poſtularet, cujus contrarium in contrarium eventum, certe haudquaquam poſtulaturus fuiſſet, prout colligunt Interpretes

ex l. pen. C. de ſolut. Brunnem. ibid. Faber. *l. 2. tit. 4. d. 8. n. 8. def. 14. n. 6.*

10 Et hinc licet perſona hujusmodi legato vel fideicommiſſo onerata, quæ perſonæ honoratæ pro tali ejus ſpe non modicam pecuniæ quantitatem exſolvit, adhuc ſit minorennis, & conditio tali legato vel fideicommiſſo adjecta deficiat, tamen Jura noſtra talem transactionem ſuſtinent, nec per reſtitutionem in integrum eam convelli patiuntur.

p. tx. d. l. 11. C. de transact. ibi : & non poteſt reſcindi, tanquam circumventus ſis, nec ſi eam ætatem cui ſubvenire ſolet ageres, in integrum reſtitutionis auxilium impetrare debes.

11 Damnum enim illud, quod ita patitur heres fiduciarius adhuc minorennis cum utilitate, quam ipſe, ſi contrarius eventus ſecutus eſſet, conſequi poterat, æquiſſime contribuitur.

Salicet. Gilken. *n. 4.* Richter. *n. 20. ad d. l. 11.*

12 Et cum talis minorennis pendente adhuc conditione, cum fideicommiſſariis transigens idem id faciat, quod quilibet prudens paterfamilias in tali caſu facturus eſſet, proinde vel ideo auxilium Prætoris ipſum fruſtra implorare arbitratur.

Brunnem. *ad d. l. 11.*

13 Deme nach 4.) kein Zweiffel übrig zu ſeyn ſcheinet, warum nicht der zwiſchen Hrn. Rieggern und der Fr. Klägerin Vormündern und Vattern getroffene Vergleich vermittelſt deſſen er Hr. Riegger ſich ſeines Rechtens des legirten Rechberger-Hoffes zu Groſſen Bottwar gäntzlich verzügen und begeben, und ſeine ſpem, die er in caſum, wann die Fr. Klägerin unverehliget ſterben würde, dazu gehabt ihro und ihrem Hrn. Vatter gegen die zwey Hoffe zu Abſtatt überlaſſen, vor zu Recht kräfftig und beſtändig zu ſeyn erachtet werden ſolte oder möchte.

14 Deſſen und was ſonſt weiter ſcheinbarliches pro validitate transactionis illius könte angeführet werden, jedoch unerachtet, halten wir beſtändig dafür, daß der zwiſchen weyland Bonifacio Rieggern und Fr. Klägerin Vattern weyland Obriſt-Lieuten. Böcklin von Becklinſau, mit Zuziehung ihrer Curatorum, über das ermeldten Hrn. Rieggern von Fr. Kl. Fr. Großmutter Obriſtin Pflaumerin in ihrem aufgerichteten Teſtament ſub conditione, wann ihr Encklin itzmalige Fr. Klägerin ohnverheyrathet ſterben würde, verſchafftes Legat des Rechberger-Hoffs zu Groſſen Bottwar, getroffene Verglich, keines weges zu recht kräfftig und gültig, ſondern ipſo jure null und nichtig ſey, ſo viel inſonderheit die beyde davor cedirte Abſtatter-Höffe, und das ihm Rieggern zugleich überlaſſene Capital bey der Landſchafft, wie auch den zu ermeldtem Abſtatt geſtandenen Farren betrifft. Denn pro primo hat ihr Hr. Vater, wegen der ihm von der Fr. Pflaumerin in ihrem Teſtament §. Und weilen vierzehendes ꝛc. benommenen Adminiſtration und Nutz-Nieſſung deren ſeiner Tochter, itziger Fr. Klägerin, von ihrer Großmutter verlaſſenen Güter, und deswegen ihro anderwärtig zu deren Verwaltung conſtituirten Vormünder, im geringſten keine Macht gehabt, mit ihme Hrn. Rieggern einigen Verglich zu treffen, und ichtwas von der Tochter Sachen zu alieniren, demnach die von ihm vi hujus transactionis beſchehene Alienation lauter res alienas, quarum alienandarum nullam habuit poteſtatem, pro objecto gehabt, und dahero der Fr. Klägerin durchaus nicht præjudiciren, noch ihro ihr darauf gehabtes dominium intervertiren können.

Juris ſiquidem tralatitii & indubitati eſt, quod 15 ſi Patri una cum uſufructu adminiſtratio adempta ſit in bonis filio - vel filiæfamilias in teſtamento ab aliquo, quisquis iſte ſit, relictis, & aliis ab ipſo teſtatore commiſſa, ille ſe contra teſtatoris voluntatem bonorum horum adminiſtrationi nequaquam immiſcere queat, ſed prorſus ab omni adminiſtratione abſtinere debeat, etſi minorennis adhuc ſit filius- vel filiafamilias, aut alias Curatore indigeat.

per tx. expreſſum *in Nov. 117. c. 1. ibi :* ſi vero ætate minoris ſint per quem perſpexerit teſtator, hæc gubernentur, donec illi, quibus relicta ſunt, ad perfectam ætatem veniant. B. D. Fromman *de adminiſtrat. advent. th. 29.* ibique alleg.

Non poteſt non ergo à tali Patre, non ſolum ab uſufructu, ſed etiam adminiſtratore bonorum adventitiorum filii - vel filiæfamilias excluſo, de ejusmodi bonis inita transactio & per illam facta alienatio ipſo jure eſſe nulla, & omni carere effectu.

arg. tot. tit. C. de reb. alien. non alienand.

Desgleichen haben 2.) der Fr. Klägerin 16 Curatores nicht Fug und Macht gehabt, ihrer damaligen Jungfer Curandæ liegende und unbewegliche Güter, item dero Capitalien, eignes Gewalts zu alieniren, ohn Beobachtung deren Requiſitorum ſolennium, die ad validam alienationem rerum immobilium Minorum von Rechts wegen vonnöthen ſeyn, wegen deren Unterlaſſung alſo der Verglich, und die mittelſt deſſen beſchehene Veräuſſerung und Alienation ſolcher unbeweglichen Stücke ipſo jure null und nichtig iſt, kan auch der Fr. Klägerin im geringſten nicht nachtheilig ſeyn, und weil ſie ipſo jure ſicher, hat ſie nie nöthig gehabt, wider ſothane transaction reſtitutionem in integrum zu ſuchen und zu begehren.

17 In vulgus enim notum est, quòd licet magna sit tutorum ac Curatorum circa res pupillorum ac minorum facultas, non tamen liberè distrahere queant res ipsorum immobiles, pro quibus per fictionem juris etiam annui reditus habentur

Nov. 7. in præfat. Clem. Exivi. vers. cum annui reditus inter immobilia censeantur à jure. *de verb. signif.* Gail. *2. Obs. 10. n. 4. verb.* reditus annui tanquam res immobiles sine decreto judicis alienari non possunt. Lauterbach. *Disp. de alien. rer. quæ minor. sunt. th. 24. & th. 40.*

18 imo nec nobiles, quæ servando servari possunt, sed in harum omnium alienatione ad certa LL. solennia observanda adstricti sint, nempe requiritur 1. justa & necessaria alienandi causa, qualis e. g. æs alienum urgens

l. 12. C. de præd. minor. l. 5. §. 14. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cur.

19 2.) causæ cognitio & 3.) Decretum Magistratus.

d. l. 5. §. 9. seqq. d. l. 12. ibi: causa cognita Præsidali decreto prædium distrahi permittitur &c. *l. 17. l. ult. C. de prædiis minor. l. 22. C. de administr. tut.* Rec. Imp. *de Anno 1677. tit. von den Pupillen und Minderjährigen. 32. §. item daß er, &c. ibi: noch dieselbe ohn Vorwissen, Erkandtnis und* Decret *der Obrigkeit.* B. D. Lauterbach. *d. Disp. th. 28. seqq.*

20 Quæ tria requisita copulative adesse debent, ita, ut uno deficiente facta alienatio rerum immobilium, aut mobilium, quæ servando servari possunt, ad pupillos vel minores spectantium regulariter sit ipso jure nulla, neque per eam dominium in accipientem transferatur, sed pupillus vel minor maneat dominus, nec jus ejus ullo modo lædatur, ut restitutione in integrum indigeat aut opus habeat, verum ipso jure tutus res suas non ritè & legitimè alienatas à quocunque possessore vindicare possit.

l. 4. l. 15. l. 16. C. d. t. B. D. Lauterbach. *d. Disp. th. 38.*

21 Et hæc solennia sunt necessaria, sive à tutoribus & curatoribus, sive ab ipsis minoribus res illæ alienentur.

l. 4. l. 7. l. 15. C. d. t. B. D. Lauterbach. *d. Disp. th. 43.*

22 Tandem nec quidquam quoad hanc solennitatum necessitatem refert, quâ ex causa res tales minorum alienentur, sive id fiat ex causa venditionis, sive ex causa permutationis, donationis propter nuptias, dotis, vel quacunque alia causa dominii translativa.

l. 22. C. de admin. tut. l. 4. l. 8. l. 15. C. de præd. min.

23 Idem proinde quoque est, si ex causa transactionis res minorum immobilis vel huic æquipollens in alium transferatur, ut nominatim responderunt Impp. Valerius & Gallienus.

in d. l. 4. C. de præd. minor. his formalibus: Non solum per venditionem rustica prædia vel suburbana pupilli vel adolescentes alienare prohibentur, sed neque transactionis ratione, neque permutatione vel alio quoquo modo ea transferre sine decreto à domino suo possunt. Igitur & tu si fratribus tuis per Transactionem fundum dedisti, vindicare eum potes &c. ibi Salicet. Brunnem. & alii. B. D. Lauterbach. *d. Disp. th. 43. & Concl. forens. Ex. 9. th. 4.*

24 Negari enim nequit Transactionem speciem alienationis esse, si per eam res ex patrimonio minoris in alium transferatur, igitur si de re immobili vel mobili, quæ servando servari potest, ita inita, haud aliter valebit, quam si prævia causæ cognitione Decreto Magistratus vel judicis competentis permissa sit.

Gail. *2. O. 72. n. 3. 4. 5. ubi inquit*, quod Decretum interponi debeat cum causæ cognitione, utrum transactio ex legitima causa & super re dubia facta sit, an utilis sit minori nec ne, & an omnia requisita concurrant. Josephus Urceolus *de transact. qu. 20. n. 12. seqq. ubi idem pluribus juris textibus ac authoritatibus firmat, subjiciens n. 14.* quod stante transactionis illius nullitate ob omissas necessarias solennitates pupillo vel minori non tantum competat rei vindicatio contra illum, in quem bona ejus translata fuere sine debitis solennitatibus, sed etiam remedium possessorium, ut reintegratio, quia nunquam bona desierunt esse de dominio minoris, qui nec teneatur ad restitutionem pretii, nisi fuerit in ejus utilitatem versum, & quod detur reintegratio una cum restitutione omnium fructuum, non solum à die motæ litis, sed à die actus nulliter celebrati.

25 Ist nun 3.) diese Transaction und dadurch beschehene Alienation quantum ad bona immobilia, den angezogenen Rechten nach, ex defectu solennitatum ad validam alienationem rerum immobilium, quæ minorum sunt, à Legibus requisitarum, ipso jure null und nichtig, 26 auch Fr. Klägerin unpræjudicirlich, so folgt von selbst, daß sie ihr Recht und Eigenthum, so sie auf dem Landschafftlichen Capital der 800. fl. jährlich auf Matthäi zinsend, und den beeden Abstätter-Höffen, so ihr Herr Vater, und ihre Herren Curatores Hrn. Vogt Rieggern gegen dem ihm sub conditione, wann Fr. Klägerin ohnverheyrathet absterben würde, legirten Rechberger-Hoff zu Grossen Bottwar cedirt, vor dem Verglich gehabt, ungeschmählert in salvo behalten, und dadurch nicht verlohren, deswegen sie solche ohn alles Entgeld de jure hätte vindiciren können. Weil sie aber dieselbe schon vor etlich Jahren wieder an sich erhandelt, und gegen einigen 3500. fl. besagenden Capitalien von ihm Herrn Vogt Rieggern wieder eingetauscht, nicht wissend, in Ermanglung ihrer seel. Fr. Großmutter Testaments, was es mit denen Höffen vor eine Bewandtniß, also deren beeden Höffe Besitz bereits vorlängst wircklich erlangt; So kan sie auf die durch den ersten Verglich cedirte und überlassene Abstätter-Höffe keine Reflexion, selbe zu vindiciren, mehr machen.

Jedoch

27 Jedoch gleich wie sie Fr. Klägerin durch die von ihrem Herrn Vatter und Vormundern mit Herrn Vogt Rieggern getroffene Transaction und deren gefolgte tradition sothaner Höffe dominium nicht verlohren gehabt, sondern selbige von Ihm sonder alles Entgeld wohl hätte vindiciren können, also folgt von selbst, daß sie hernach ihre eigne Sachen gegen erstgedachte 3500. fl. Landschafftl. Capitalien eingetauscht, und also diese Capitalien absque ulla justa causa ihme Vogt Rieggern von ihr Fr. Klägerin überlassen worden, deswegen wir gäntzlich davor halten, daß kein Zweiffel darein zu setzen, daß Fr. Klägerin optimo maximo jure befugt sey die für die beede Abstatter-Höffe Herrn Vogt Rieggern eingeraumte Capitalien jetzo von dessen Erben, sammt dem im ersten Verglich überlassenen Capital der 800. fl. zu repetiren, wie unser Collegium schon vormals in causa der Fr. Klägerin wider die Schnepffische Erben respondirt, in reiffer Erwegung

28 quod quemadmodum neque pignus, neque depositum neque precarium neque locatio neque emptio rei suæ propriæ consistere potest,

l. 45. ff. de reg. jur. L. 16. ff. l. 4. C. de contrah. empt.

29 nec quisquam suam rem sibi dari utiliter stipulatur

l. 82. ff. de V. O. §. 2. Inst. de inut. stip.

30 Ita etiam ejusmodi permutationis contractus, ubi quis pro re suâ aliam, quæ & ipsa dominii jure ad illam spectat, accipit, non possit non ipso jure inanis & nullus videri. Quod enim in citatis modo textibus de aliis contractibus dicitur ac pronunciatur, hoc ad omnes omnino conventiones pertinet, quibus hoc agitur ut aliquo modo res mea mihi detur.

Phil. Matth. *ad. d. l. 45. n. 6. de R. J.*

31 Unde porro consequitur, quod sicuti ille, qui rem suam propriam ignorans emit pretium solutum (sive venditor sciverit sive pariter ignoraverit, rem emptoris esse propriam) per condictionem indebiti repetit, ex effato

JCti Juliani *in l. 37. ff. de cond. indeb. dicentis:* Servum meum insciens à te emi, pecuniamque tibi solvi, eam me à te repetiturum, & eo nomine condictionem mihi esse omnimodo puto, sive scisses meum esse, sive ignorasses; & Pomponii *in l. 16. ff. de contrah. empt. inquientis*: Sua rei emptio non valet, sive sciens, sive ignorans emi, quod solvero, repetere potero, quia nulla obligatio fuit. Lauterbach. *ad d. t. §. 1. n. 9.*

32 & quemadmodum, qui rem propriam conduxit, mercedem pro illa ceu indebite solutam repetit

Petr. Faber *ad d. l. 45. de R. J.*

33 Ita nullam hoc quoque vel dubitationem habere videtur, quin etiam si quis in permutatione pro re sua aliam, quæ itidem ipsius propria sit, acceperit, ipse rem à se datam per condictionem vel indebiti

per dd. txx. j. l. 32. ff. ad L. Aquil.

vel sine causa repetere possit

l. fin. §. 1. ibi: nulla causa dotis dandæ fuit. *ff. de condict. sine causa. junct. d. l. 16.* ibi:

quia nulla obligatio fuit. *ff. de contrah. empt.*

Ohnerachtet dessen, daß Rr. vorschützen: Valere emptionem rei suæ, si vendens in ea jus aliquod v. g. hypothecam habeat. Nun haben sie auch propter legatum ipsorum authori relictum jus hypothecæ auf den Abstatter Höffen gehabt, deswegen man selbige gleich der Fr. Klägerin eigenthümlich zugehört, wäre doch der Kauff gültig gewesen, ob vendenti competentem in iis hypothecam legalem intuitu relicti legati. Denn wie wollen Rr. die hypotheck behaupten, da dem Hrn. Riegger der Rechberger-Hoff nur sub conditione, wann Fr. Kl. würde ohnverehliget ledigen Stands versterben, legirt, quæ conditio tamen non extitit, sed defecit, ob bis ab ea contractas nuptias. *vid. l. 5. pr. de pignor. ibi:* sed & in conditionali obligatione non alias obligantur, nisi conditio extiterit. Deswegen hier kein hypotheck jemals Statt und Platz greiffen können wegen des Herrn Rieggern sub conditione ista verschafften Legats. Zudem kan einer nur das Jus, quod tertius in re sua habet, nicht aber die proprietät, so er schon vorhin hat kauffen. *l. 34. §. 4. ff. l. 4. C. de contrah. empt.* Hier aber hat Fr. Klägerin nicht nur die hypotheck, sondern die Höffe selbst, unwissend daß es vorhin ihre eigne, und von ihren Vormundern nulliter & inutiliter alienirt, wieder an sich gebracht und eingetauscht gegen die Capitalien. 34

Betreffend 4.) den Farren, so Herr Vogt zu Beylstein durch den mit Fr. Klägerin Herrn Vatter und deren Vormundern getroffenen Verglich mit bekommen, hat es damit fast gleiche Bewandnis, denn es zwar eine res mobilis aber servando servabilis gewesen, die eben so wenig als res immobilis absque tribus istis supra notatis requisitis de jure valide alienirt werden mag 35

l. 22. C. de admin. tut. B. D. Lauterbach. *d. Diss. th. 41.*

deswegen die Uberlassung dieses Farren ohne Beobachtung gedachter requisitorum gleicher gestalten ungültig und unkräfftig, mithin Fr. Klägerin unprætjudicirlich gewesen, wohl folglich ihro eo nomine von Herrn Rieggers Erben Satisfaction zu geben, ungeachtet der Farr jetzo nicht mehr verhanden, sondern entweder geschlachtet oder verkaufft worden.

arg. eorum, quæ tradit Struv. *Ex. 11. th. 13.*

Eine andere Beschaffenheit aber hat es 5.) gehabt mit den ihme Hrn. Rieggern bey den beeden Bestandmeyern zu Abstatt in dem Vergliech angewiesenen von ihrem Bestand-Geld noch schuldig gewesenen 177. fl. 23. Kr. und den ihm gegebenen 50. Scheffel Dünckel, denn weil dieses res mobiles, quæ servando servari non possunt, & quarum alienatio Curatoribus permissa & licita est: 36

Ita namque actiones ad pecuniam vel aliam rem mobilem exigendam competentes Curatores absque dictis requisitis alienare posse, post alios tradit

B. D. Lauterbach. *d. Diss. de alien. rerum quæ minor. sunt. th. 40. inf.*

De frumento similibusque rebus mobilibus servando non servabilibus idem patet

ex l. 28. §. fin. ibi licere fructus, i. e. vinum, oleum frumentum vel cujuscunque speciei sunt, sine decreto distrahere. *C. de administr. tut. l. 46. §. fin. ff. eod.* Brunneman. *ad l. 7. 16. 22. l. fin. §. ult. C. eod.* B. D. Lauterbach. *d. Disp. th. 44.* Græven. *lib. 2. Concl. 72. n. 2.* ist der Vergliech Quæstionis in so weit zu recht beständig, indem die Curatores mit deren Uberlassung nulla ratione wider Rechtlich gehandelt, sondern dieselbe lege permittente transferiret.

37 Welches obangezogene rationes dubitandi mehrers evinciren, als die sattsam und in so weit unwiderleglich probiren, daß der getroffene Vergliech ratione objectæ oder materiæ, darüber er aufgerichtet worden, gar wohl in totum bestehen könnte, wann nur ratione modi diß wäre in acht genommen worden, daß weil dadurch von den Vormündern der Fr. Klägerin als ihrer damals noch minderjährig gewesenen Pfleg-Tochter neben den wenig beweglichen, auch zerschiedene unbewegliche ihr zugehörige Stücken und Güter Hrn. Vogt Rieggern vor die Remission des ihm sub dubio eventu, wann Frau Klägerin würde unverehlicht absterben, vermachten Legats abgetretten worden, die LL. solennia, so ad alienationem rerum immobilium minorum erfordert werden, gebührend waren observirt und nicht hindan gesetzt worden, umb willen aber solches nicht geschehen, und selbige gantz negligirt worden, so ist der Vergliech nicht ex defectu habilis objecti, worüber er aufgericht, sondern ex defectu harum solennitatum non observatarum, quantum ad res immobiles & mobiles servando servabiles, per eandem illegitimè Actricis nomine translatas, nichtig und unkräfftig, und können obermeldte rationes dubitandi denselben weiter nicht souteniren als quoad res mobiles servando non servabiles, die von den Curatoribus Actricis propria authoritate sine causæ cognitione & prævio decreto Magistratus alienirt werden mögen, denn quoad res immobiles & mobiles servando servabiles, die dadurch mit überlassen worden, können selbige keines wegs dahin würcken, daß der Vergliech auch quoad illas salvirt und vor kräfftig erkannt werden könnte, ob gleich die solennitates ad alienationem rerum immobilium & mobilium servando servabilium de jure requisitæ nicht beobachtet worden.

38 Und wird beklagter seits vergeblich provocirt ad permissionem Aviæ, davon in Testamento ipsius nec vola, nec gry zu finden, & ad Confirmationem Serenissimi. Denn obwohl nicht ohne, quod solennitates & requisita superius notata omitti possint, ac sine iis facta alienatio rerum immobilium minoris subsistat, si Princeps alienationem speciali Rescripto permiserit

l. 2. C. qn. decreto non est opus.

39 So muß doch dergleichen Rescriptum Principis sowohl als wie das sonst interponirende Decretum Magistratus vor der alienation erlangt werden und dieselbe zulassen.

d. l. 2. junctis iis quæ tradit Carpzov. *lib. 5. R. 69. n. 18.* Sanden *de prohib. rer. alien. cap. 1. n. 68. seqq.*

Und wie sonst das Decretum Magistratus absque prævia sufficienti causæ cognitione interpositum wenig operiret 40

Carpzov. *d. R. n. 15.*

Also hat es gleiche Bewandniß mit dem vom Gegentheil allegirenden Fürstl. Rescripto Confirmatorio, so sine prævia sufficienti causæ cognitione einseitig erschlichen und heraus gebracht. 41

Wir schreiten aber nunmehro zu der

Andern Frage:

Ob offtersermeldter Vergliech nicht wenigst durch den Ao. 1670. von Fr. Kl. mit Beystand Hrn. Lic. Kürners, und ihrem ersten Ehe-Herrn weyland Hrn. Wolff Ernst Hornecken von Hornberg als ihrem damaligen Sponso von sich gestellten Revers, darinn sie beede bey adelichen Parolen versprochen alles stett und fest zu halten, nichts wider die von Fr. Kl. Herrn Vattern mit den Legatariis und Fideicommissariis eingegangene Verglieche zu thun noch zu gestatten, daß von andern, wer die auch seyn mögen, weder in noch ausserhalb Rechtens etwas darwider gehandelt und gethan werde, so gar daß wo einer oder der ander sich gelüsten lassen sollte, etwas darwider anzufangen, sie auf solchen Fall demselben resistiren und die getroffene Verglieche manuteniren helffen wollten, dergestallten ratificirt und confirmirt worden, daß derselbe nicht mehr angefochten noch umgestossen werden könne?

So antworten wir kürtzlich, daß diese Ratification, so durch den Revers quæstionis beschehen zu seyn Beklagter seits erachtet wird, eodem nullitatis vitio laborire, womit der erste Vergliech behafftet. Denn 1.) ist Fr. Klägerin tempore des von sich gestellten Reverses qu. so Ao. 1670. geschehen, mehr nicht als 19. Jahr alt, also noch weit von ihrer majorennität entfernet, folglich incapabel absque Curatore legitimè constituto den vorhin von ihrem Vatter und Vormundern nichtiglich getroffenen Vergliech zu ratificiren gewesen. Und haben 2.) ihre von weyl. Hertzog Eberhards Hochfürstl. Durchl. Glorwürdigsten Andenckens Gn. verordneten Curatoribus zu gedachtem von ihrer Curanda ertheilten Revers de jure keinen Consensum ertheilen mögen, weil die Sach fürnemlich ihr selbsteignen Nutzen offenbar betroffen 42

Jura nostra autem non patiuntur ut Tutores ac Curatores in rem suam authores fiant.

l. 1. l. 7. ff. de author. tut. §. 4. Instit. eod.

So hat 3.) sie sonst keinen andern ihro tanquam personæ minorenni à Magistratu ullo ad istud negotium constituirten und verpflichteten Curatorem gehabt, der seinen Consensum ihro darzu 43

darzu gegeben denn was Hr. Lic. Kürnern anbelangt, iſt ſelbiger nicht in Qualität eins à Magiſtratu verordneten Curatoris, ſondern einig und allein als ein erbetener Beyſtand zugegen geweſen, deswegen deſſen præſentia & aſſiſtentia den actum ratificationis nicht convalidiren können. Und eben ſo wenig hat ſolches 4.) thun können ihres Herrn Vatters, unter deſſen Gewalt ſie damals noch geweſen, Gegenwart und Einwilligung, den 1.) iſt demſelben die adminiſtration ſeiner Tochter Güter ſammt der Nutznieſſung von der Fr. Obriſtin Pflaumerin benommen, der Urſach er ſich der Adminiſtration im geringſten zu immmiſciren nicht befugt geweſen.

per Nov. 117. c. 1.

44 2.) Hat der Revers auch ſeinen Nutzen principaliter mit concerniret, deswegen er ſo wenig, als die Curatores, dazu in commodum ſuum einigen Conſenſum pro validando negotio ertheilen können.

Nam nec Pater in ſui commodum author eſſe poteſt filio vel filiæ *arg. d. l. 1. verb.* Sed ſi author fiat, ut filio ſuo quid tradatur, nulla erit authoritas &c.

45 Weil nun die Aushändigung dieſes Reverſes mit ſo vielen Mängeln und daher rührenden manifeſto nullitatis vitio behafft, hat dadurch der vorige nichtige Vergliech keines weges confirmirt, beſtättiget und ratificirt werden können.

Cum vitioſum per æque aut magis vitioſum confirmari aut validari minime poſſit

l. 29. ff. de reg. jur.

46 So wenig aber gedachter Vergliech durch dieſen Revers quæſt. confirmirt worden, ſo wenig iſt ſolches auch durch die Ao. 1676. erfolgte Wiedereintauſchung der beeden Abſtätter Höffe mittelſt der davor gegebenen Landſchafftl. Capitalien à 3500. fl. geſchehen, weil Fr. Klägerin juramento erhärtet hat, daß ſie, was es vor eine Beſchaffenheit mit gedachten Höffen gehabt, aus Ermangelung des Großmütterlichen Teſtaments, ſo ſie nie zu ſehen und zu leſen bekommen, bis Herr Looß daſſelbe zu Stutgardt aus der Fürſtl. Cantzley heraus gebracht, nicht gewußt.

47 Ratificatio autem præſupponit plenam geſti & ratificandi negotii ſcientiam, ut nempe ratificans ſciat rem & negotium, quod ratificari debet, cum omnibus qualitatibus ſuis

l. 12. §. 2. ff. rem rat. hab. arg. l. 19. ff. de inoff. teſt. Cothman. *v. 4. R. 39. n. 54.*

48 Et propterea ratificatio non poteſt extendi ad ignorata, nec circa incognita quidquam operatur. Non enim induci poteſt ratificatio, niſi præſuppoſita ſcientia negotii, quod ratificari debet, & quidem certa & ſpecifica, non autem generica vel præſumpta & implicita, præſertim ſi faciat præjudicium ratificanti.

poſt Surdum, Cravettam Herold. *de jure ratificat. cap. 4. n. 4. 5. 6.* Dn. D. Bardili *Diſp. de ratihabit. th. 9.* Chriſtin. *Dec. Belg. vol. 5. Dec. 2. n. 50. 51.* ubi ex Seraphin. *dec. 477.* ſubjicit, ratificationem actûs, qui de ſe erat nullus, non nocere, niſi data ſcientia nullitatis in ratificatione. Menoch *Conſ. 439. n. 40. ſeq.* ubi notanter ferè in terminis terminantibus ita: Objicitur, quod Domina Eliſabetha jam effecta ætate major Ao. 1559. in contractu matrimoniali acceptis libr. 4500. à V. F. expreſſe approbavit & ratificavit transactionem prædictam. Et accedit etiam conſenſus & juramentum Dn. Petri Forteſæ mariti futuri d. Dna. Eliſabetha. Ex quo ſequitur non licere nunc ipſi Dn. Eliſabethæ transactioni contradicere eamque impugnare. *l. ſi quis major. C. de tranſact.* ibi Scribentes. Habet enim transactio vim rei judicatæ, ut poſt alios reſpondet Cravetta *Conſ. 685. n. 17. & Conſ. 715. n. 29.* Sed Reſpondetur primò, ratificationem illam nihil operari ex quo Dn. Eliſabetha non habuit veram & perfectam ſcientiam dictæ transactionis & ejus qualitatum ſicut requiritur ut valeat ratificatio, ut reſponderunt Bald. *Conſ. 329. col. ult.* Bald. *in Conſ. 176.* Cravetta *Conſ. 197. in fin. qui dixit,* eum probare debere ſcientiam ratificantis qui in ea ſe fundat. Idem affirmarunt Ruin. *Conſ. 48. n. 12. lib. 1.* & Pariſ. *Conſ. 47. n. 97.* Et his accedit Natta *Conſ. 162. n. 32.* qui in ſpecie ratificationis factæ alienationis à minore reſpondit, quod factus major non dicitur curſu temporis ratificaſſe alienationem, qu. dubitavit, an illa alienatio eſſet valida, vel non, & dixit, non ſufficere hoc in caſu habitam fuiſſe notitiam in genere alienationis, niſi etiam ipſius alienationis tenor in cunctis ſuis partibus innotuerit, quia tunc ut dubitans haberi poteſt. Et ad rem optime reſpondit Corneus *lib. 1. Conſ. 207. n. 8.* quod licet minor, qui alienavit immobilia effectus ſit major & temporis curſu videatur ratificaſſe alienationem illam, attamen ſi non habuit notitiam, quod decretum non intervenit, & ita credidit, non poſſe eam impugnare, non dicitur ratificaſſe, quia qui credit non poſſe recuſare, non cenſetur velle habere. *arg. l. 15. qui putat. cum 2. ſeqq. ll. ff. de acquir. hered.* & ideò ut habeatur conſenſus & ratificatio debet intervenire notitia defectûs alienationis, quod ſcil. non valuerit. In caſu noſtro clarum eſt, quod Dn. Eliſabetha notitiam & cognitionem non habuit prædictæ transactionis ſ. ejus qualitatis, cum in contractu matrimoniali non fuerit exhibita ſed ſolum habita ad eam relatio. Nec ab eo tempore factæ transactionis veroſimiliter potuit ipſa Dn. Eliſabetha habere perfectam notitiam & cognitionem dictæ transactionis, ex quo ſemper fuit ſub cuſtodia & adminiſtratione Dn. Vincentii fratris ac d. Francinæ mariti, qui non ſolum bona, ſed & jura rationes ac Inſtrumenta veroſimiliter celarunt d. Dn. Eliſabethæ &c. hactenus Menochius. *d. l.*

Quibus ad caſum noſtrum præſentem applicatis dicimus breviter Dn. Actricem non habuiſſe veram & perfectam notitiam transactionis & ejus qualitatis, quod nempe illa ſine requiſitis

à LL. in alienatione rerum immobilium minorum solennitatibus, adeoque nulliter, inita, quare non potest dici transactionem ipso jure nullam in sui præjudicium ratificasse per redemptionem eâ nulliter alienatorum prædiorum, cum non cognoverit, illa nulliter alienata fuisse.

Folget

Die dritte Frage,

darinn enthalten und gefragt wird:

Ob Fr. Klägerin ihro dadurch, daß sie wegen des ihr durch die mit den Legatariis & Fideicommissariis eingegangene Verglieche zugefügten Schadens in genere des Hrn. Expeditions-Raths Schöcken als ihres zur Administration constituirten Vormunds-Erben die Schnepffische Kinder actione tutelæ zu conveniren erwehlet, nachgehends aber sich mit denselben verglichen, dergestalten præjudiciret, daß sie jetzo deswegen an des Rieggers Erben den Regress zu nehmen und ichtwas an sie zu suchen keines weges mehr befugt?

49 Welche wir ebenmäßig mit Nein beantworten, denn Fr. Klägerin hat die freye Wahl gehabt wegen der von ihrem Hrn. Vatter und Vormundern durch den mit den Conditional-Fideicommiss-Erben und Hrn. Rieggern als Legatario conditionali ante conditionis eventum getroffenen Verglich ob omissa & neglecta LL. solennia nichtiglich alienirten und hernach wieder eingetauschten zwey Abstatter-Höffen, oder vielmehr wegen der davor gegebenen 3500. fl. Landschafftl. Capitalien, so dann wegen der neben gedachten Höffen cedirten 800. fl. Capital bey Löbl. Landschafft it. des zu Abstatt gestandenen und mit übergebenen Farrens halber, entweder ihre Curatores und insonderheit den zur Administration constituirten Hrn. Expeditions-Rath Schöcken, ac post mortem Ipsius seine heredes die Schnepffische Kinder, oder aber den Legatarium selbst Hrn. Rieggern und nach dessen Todt seine hinterlassene Erben zu belangen.

50 Ob sie nun wohl jene zu conveniren erwehlet, so ist doch dadurch nicht gleich die Actio contra Legatarium aut ejus heredes competens consumirt, sondern wäre erst consumirt worden, wann sie auch wegen deren Sachen, die illegitime durch den Vergliech auf Hrn. Rieggern transferiret worden, von des Vormunds Erben völlige Satisfaction erhalten hätte. Weil sie aber ratione dieser Sachen von den Schnepffischen Kindern, als des Expeditions-Raths Schöcken Erben, keine Satisfaction erlangt, sondern sich mit selben allein wegen des, was Hr. Schöck seel. selbst vor sich als Fideicommiss-Erbe, per similem transactionem nulliter plane initam, von ihrem Herrn Vatter bekommen, vergliechen, und ihro expresse den Regress an die übrige Pflaumerische Conditional-Fideicommissarios und Legatarios, als die Hallweilische, Müllerische, Zorerische und Rieggerische Erben reservirt, so ist ihr die Action wider die Rieggerische in salvo geblieben, und mit nichten so wenig durch den getroffenen Vergliech, als durch die Anstellung und Intentation der actionis utilis tutelæ, in genere ratione totius perpessi damni, contra Curatoris heredes consumirt.

Quam in rem textus sunt expressi 51

in l. 3. & l. fin. C. si tutor vel Curat. intervener. in quorum illo minori conceditur electio an contra tutores vel curatores agere, an verò bona injuste alienata ab ipso possessore revocare velit. *In l. fin. verò* extenditur & ampliatur *d. l. 3.* ut locum habere debeat, licet minor unum remedium elegerit, per electionem enim unius remedii ipsi nullum præjudicium generari, sed non obstante facta electione, ei liber regressus ad alterum dari debeat, nondum obtenta satisfactione sua per prius intentatam actionem. Unde consequitur actiones has ita concurrere, ut altera in judicium deducta & lite super ea contestata, altera non statim perimatur aut consumatur electione, sed integra maneat, & ita ab una ad alteram accedere & variare liceat, quamdiu à prius convento satisfactum non est, conformiter *l. 18. ff. de O. & A. l. 18. §. fin. ff. de constit. pecun. l. 2. §. 1. de tut. & ration. distrah. l. 28. ff. de novat. l. 7. §. 1. de condict. furtiv. l. 14. §. 2. de except. rei jud.* Struv. *Ex. 46. th. 91. 92.* Mev. *p. 5. dec. 198. n. 7. & p. 8. dec. 126. n. 1.*

Aus welcher dreyen Fragen Resolution nun- 52
mehro von selbsten fliesset, was in gegenwärtiger Sache vor ein Urtheil auszufällen, nemlich weil Fr. Klägerin ihre Fr. Großmutter in ihrem Testament gantz klar versehen §. Nicht weniger und zwölfftens ꝛc. daß weyland Herrn Vogt Rieggern zu Beylstein auf den Fall, da Fr. Kl. nicht ledigen Standes absterben sollte, vor seine Mühwaltung, die er mit den Pflaumerischen Gütern gehabt, ein gebührend und ehrliches Recompens gegeben werden sollte, die Fr. Klägerin sich dißfalls mit dessen Erben jetztmahligen Beklagten deswegen förderist abfindig zu machen und was sie ihnen dafür oder eo nomine in handen lassen wolle zu determiniren haben wird, und wann sie darinn nicht übereinkommen könnten, wird der Herr Richter seine partes zu interponiren und zu sehen haben, daß solches irgends auf 100. Rthlr. oder 200. fl. gesetzt werde. Welche Summ dann Beklagte von denen empfangenen Capitalien, sammt den daraus bißher erhobenen Zinsen, in Händen behalten werden neben den 50. Scheffel Früchten und bey deren Meyern ihrem Vatter per transactionem mitcedirten 177. fl. 23. Kr. so er ceu res mobiles non servabiles ex justa & ll. probata transactione bekommen, deswegen selbige auf die ihnen noch schuldige Recompens nicht abgerechnet werden mögen. Die übrige Summen der indebite so wohl per Transactionem nulliter factam,

factam, als durch den Tausch vor die überlassene Abstatter-Höffe empfangenen Capitalien und das pretium des mitcedirten Farrens werden die Rieggerische Erben sammt denen auser jenen bey Löbl. Landschafft gehobenen Zinsen der Fr. Klägerin zu restituiren haben, worzu sie durch nachstehende Urtheil zu condemniren, wo nicht noch die tentirende Güte anschlagen sollte.

Urtheil.

IN Sachen Rechtens sich haltend zwischen Fr. Dorothea Maria von Reichau gebohrner Böcklinin von Bocklinsau mit Beystand ihres Curatoris ad litem, Klägerin an einem, entgegen und wider weyland Hrn. Bonifacii Rieggers seel. gewesenen Vogtens zu Beylstein hinterlassene Erben in Actis benannt Bekl. am andern Theil erkennet ein Ehrsam Gericht auf Klag, Antwort, abgelegten Ayd und all ander Gerichtl. Vor- und Anbringen, nach gethanem Rechtsatz, genommenem Bedacht, und gehabten Rath, mit Urtheil zu Recht, daß Beklagte der Fr. Klägerin die über Abzug des ihnen Beklagten aus der Fr. Pflaumerin Testament gebührenden Recompens bleibende Summ der von ihrem seel. Hrn. Vatter indebite empfangenen Landschafftl. Capitalien und das pretium des mitcedirten Farrens, sammt den aus jenen gehobenen Zinsen zu restituiren schuldig und verbunden, die Unkosten aber aus Bewegniß gegen einander compensirt und verglichen seyn sollen.

Welches wir zu verlangter Rechts-Belehrung dienstfreundlich nicht verhalten wollen. Melius sentientium Judicio semper salvo. Actum in Collegio nostro den 12. Aug. 1698.

Unserer Sonders großg. Hoch- und Vielgeehrten auch geliebten Herren und Freunde

Dienstwillige

Decanus und andere Doctores der Juristen-Facultät bey Fürstl. Würtemb. Universität Tübingen.

CONSILIUM LXXIV.

DE

Donatione inter vivos, pura & absoluta, à Donatrice in Testamento subsecuto repetita & confirmata, in Legatum non degenerante, hincque in restitutionem fideicommissi universalis non veniente.

SUMMARIA.

1. 2. 3. EX communi Sententia pro firmissimâ fideicommissi constituti conjecturâ habetur, si Testator disposuit, ut bona sua transeant, perveniant vel devolvantur de herede in heredem, vel de uno in alterum.

4. Etsi verba: Pervenire, devolvere, labi, fallen, kommen &c. quandoque pro subjectâ materiâ, etiam directa & non obliqua sint.

5. Numerus vel Elocutio pluralis ad minimum duo requirit, quibus verificetur.

6. 7. Bona restitutioni fideicommissariæ subjecta neque inter vivos, neque ultima voluntate in præjudicium fideicommissariorum alienari possunt.

8. Adeo illicita est horum alienatio, ut non præjudicet fideicommissario, licet ipso præsente & non contradicente facta fuerit.

9. Confirmantur proximè præcedentia.

10. Deciditur in casu substrato non subfuisse fideicommissum, hinc quoque bona liberæ dispositioni subiacuisse. Conf. n. 50.

11. 12. Refutatio & cessio juris emphyteutici in exercitio & actu considerata nil aliud est, quàm legitima juris sui, quod quis in re habuit, dimissio & ejus in alium facta translatio. junct. n. seq.

14. 15. Sicut nec stipulatio nec emptio rei suæ valet, sic nec legatum rei, quæ jam tempore conditi testamenti, legatarii est, subsistit.

16. Quod imprimis procedit, si legatarius rem, antequam dies legati cessit, ex causa lucrativa acquisivit. Conf. n. 22.

17. Qui morte alicujus nihil acquisivit, ille nec fideicommisso onerari potest.

18. Quæ quis donatione simplici & absoluta inter vivos, vel alio titulo à testatore vivo irrevocabiliter accepit, ea fideicommisso gravari minimè possunt. jung. n. seq. 19.

20. Confirmatio negotio, quod per se subsistit, novam non tribuit qualitatem. add. 21.

22. Legatum ex morte Testatoris demum perfectionem accipit.

23. Confirmatio in testamento mariti facta donationis, quam constante matrimonio in uxorem suam contulit, legatum non inducit, nisi animo recedendi à donatione prius facta, verba confirmatoria posuisse constiterit. Add. 24.

25. 26. *Quæ quis vivus per donationem in alium transtulit, sunt extra causam bonorum illius, ideò fideicommisso gravari nequeunt.*

27. 28. 29. *Quamvis maritus nominatim uxoris fidei committere possit, ut & ea restituat, quæ vivus in eam contulit, ex ratione, quòd donatio constante matrimonio uxori facta, nisi morte mariti confirmata, invalida est.*

30. *Longè tamen alia ratio est in donatione inter vivos simplici, inter personas, quæ sibi invicem donare non prohibentur, factâ, quæ hinc non indiget confirmatione per mortem donantis facienda.*

31. *Sicut non licet talem donationem revocare, ita nec gravamen ei imponere.*

32. *Etsi id nonnulli limitent, ut donationi inter vivos perfectæ non possint apponi conditiones ex intervallo, possint tamen in continenti adiici.*

33. 34. 35. *Approbatur tamen & laudatur contrarium. junct. n. seqq.*

38. *Hoc quidem à multis statuitur, quòd, si donatarius non solum in rebus irrevocabiliter antea sibi donatis, sed etiam in aliis bonis ultrà illa, heres fuerit institutus, donator de irrevocabiliter antea quoque donatis donatarium heredem institutum nominatim gravare queat.*

39. *In quantum autem hoc Dd. assertum probari queat, vel non, in dubio relinquitur.*

43. *Per possessionem ex justo titulo, bonaque fide nactam & per longum tempus continuatam jus Emphyteuticum & utile dominium acquiritur. add. n. 44.*

45. 46. *Indubitatum translati dominii signum est, si quis, retento sibi aliquo ex re percipiendo commodo, hanc alii, vel ipse, vel ejus mandatarius, ex quacunque causa tradiderit.*

47. *Epitheta: Ex mera liberalitate, animo nunquam, nullaque ex causa, revocandi, facta donatio; sunt prædicata & attributa donationis inter vivos.*

48. 49. *In quam etiam degenerat legatum, si illud ab ipso testatore vivo simpliciter & absolutè traditur legatario.*

51. *Sponte sua agnoscens voluntatem defuncti, etiamsi Legibus illa non sit subnixa, implendi eam habet necessitatem.*

52. *Remedium L. Ult. C. de Edict. Div. Hadr. toll. excludit legitima contradicendi causa.*

53. 54. 55. 56. *Ex actis ulterius firmatur Decisio hypotheseos præsentis, Respondendo simul ad rationes dubitandi.*

57. 58. 59. 60. 61. *Si testator in testamento, universali aut particulari titulo, relicta vivus simpliciter personis honoratus tradiderit, traditio ista heredis institutionis relictorumque legatorum ac fideicommissorum eversionem & revocationem post se trahit.*

62. *Ubi non tenet legatum, nec durant ea, quæ legato cohærent.*

63. 64. *Cuilibet permissum est, jus suum, quod fortè contra testamentum intendere posset, cum effectu remittere, quo facto obtinet regula, quòd, qui semel remisit jus suum, nequeat amplius illo uti.*

65. *Quæ remissio eò fortior censenda, quando aliquoties verbis ac factis repetita est.*

66. 67. 68. *Opinio, quòd Emphyteusis in rebus Ecclesiæ constituta ad tertiam solummodo generationem accipientis porrigatur, quam nonnulli in consulendo & judicando sequendam referunt:*

69. 70. 71. *Rejicitur.*

72. *Vox: Heredum. in communi & vulgari significatione designat quemlibet, quem quis aut ex propria aut ex Legis dispositione habet juris successorem.*

Als die gesammte in Sachen Fr. Judith Isabella Freyfrau von Oer, Wittiben Quad von Lands-Cron zum Lorings-Hoff, Klägerin Appellatin, contra Fr. Maria Dorothea Freyfrau von der Reck jetzo vermählte Fr. von Gemmingen, beklagte Appellantin, tam in prima, quam in secunda Instantia ad Replicas usque ausgeübte Acta das Stifftwerdische Behandungs-Gut Möncking-hoff betreffend, uns Decano und andern Doctoribus der Juristen-Facultät bey gemeiner Hoch-Fürstl. Würtemb. Universität Tübingen vor einiger Zeit zugesandt worden, mit dem freundlichen Gesinnen, selbige mit Fleiß zu durchgehen, in versammletem Collegio darüber reifflich zu deliberiren, und unser unpartheyisches Gutachten, wie wir die Sach ein oder anderer Seiten in den Rechten fundirt und beschaffen befinden, abzufassen, und zu communiciren; So haben wir so bald uns andere obgehabte wichtige Geschäffte solches immer zugelassen und abgestattet, alles was in der Sach ab utraque parte gehandelt worden, accurate durchlesen, in Collegialischer Deliberation fleißig examinirt und ponderirt, und bezeugen hiemit daß wir unsern obhabenden Pflichten, besten Wissen und Gewissen nach, allen Neben-Respect beyseits gesetzt, anders nicht erachten können, dann daß an Seiten der Fr. von Gemmingen die Sache unsers Ermessens wohl fundirt und dergestallt in den verübten Handlungen tam primæ quam secundæ Instantiæ vorgestellet worden sey, daß sie ihro gute Hoffnung zum Obsieg und einer erlangenden Reformatoria in secunda hac Instantia bey Kayserl. Majestät und des Heil. Röm. Reichs Hochpreißl. Cammer-Gericht machen könne. Welches zu remonstriren wir die in dem Appellations-Libell weitläuffig und umständlich beschehene Geschichts-Erzehlung hier nicht unnöthiger weyse wiederholen, sondern recta zur Sach selbst schreiten und dieselbe in folgenden dreyen Fragen fürstellen wollen.

1.) Ob das Behandungs-Gut Möncksingshoff von Anna von Westerholt in ihrem den 9. Maji 1640. aufgerichteten Testament mit einem Fideicommisso, vermöge dessen es nach weyland Burckarden von Oer Tod auf dessen älteste Schwester jetzige Fr. Klägerin und Appellatin fallen sollen, und daher dero

Bruder

Bruder ermeldter Burckardt von Oer zu Fr. Klägerin Appellatin Præjudiz mit nichten darüber disponiren, und selbiges seiner gewesten Frau Gemahlin jetziger Fr. Beklagtin und Appellantin schencken oder vermachen können, beschwehrt worden sey?

2.) Gesetzt, daß erwehntes Behandungs-Gut von Anna von Westerholt in ihrem Testament mit einem Fideicommiss beschwehrt gewesen, ob solches nicht durch den von ihr nachgehends aufgerichteten Codicill und sonst multis aliis modis wieder aufgehebt worden, und deme nach gedachtes Gut ein freyes Gut geworden sey, davon ermeldter Burckardt von Oer frey zu disponiren, und selbiges seiner gewesten Fr. Gemahlin, jetztmahliger Fr. Beklagtin Appellantin zu verschencken Fug und Macht gehabt?

3.) Ob ihm die gemeine Rechte, so die Successiõn in Emphyteusi Ecclesiasticâ ad heredes sanguinis restringiren, darinnen zuwider seyn?

1 Belangend nun

Die erste Frage.

zuförderist:

Ob das Behandungs-Gut Möncking-hoff von Anna von Westerholt in ihrem Ao. 1640. aufgerichteten Testament mit einem Fideicommisso, vermöge dessen es nach weyl. Burckardt von Oer seel. Tod auf dessen Schwester jetzige Frau Klägerin Appellatin fallen sollen, und daher dero Bruder ermeldter Burckard von Oer zu Fr. Kl. Appellatin Præjudiz mit nichten darüber disponiren, und selbiges seiner gewesten Fr. Gemahlin, jetziger Frau Beklagtin und Appellantin in Pactis dotalibus schencken oder vermachen können?

will deren Affirmativa auf Seiten der Fr. Klägerin und Appellatin ernstlich behauptet und dafür gehalten werden, daß der bey dem Appellations-Libell sub lit. K. befindliche Extractus Testamenti weyland Annen von Westerholt solches gantz klar darthue und gebe, als darinn sie ihrem freundlich lieben Vettern Lamberten von Oer Erbgesessenen zu Kackesbeck förderist aus freyer bewandlicher und guthertziger Zuneigung ihren eignen und eigenthümlich zuständigen freyen Adelichen Sitz und Gut Dünckelburg genannt vermacht und legirt, daß er gemeldten Sitz Dünckelburg neben darzu gehörigen vier Erben und drey Kotten, wie auch die zwey Erben Mensinckh und Volbert mit berührten pertinentien frey und ohnbeschwehrt erblich haben und behalten solle; 2.) disponirt, daß es wegen der Gräfl. Styrumbschen Byßmarcklehen, benenntlich Sunckenshuß und Hartmerick, als auch wegen des Werdischen Erbpfacht- und Behandigungs-Guts Mönckinghoff genannt mit allen seinen Leuten und behörigen Gütern bey der beschehenen Benennung, Cession, Transportation und Behandung auf dessen Person und Kinder sein Verbleibniß haben und solches alles und jedes hierdurch nicht aufgehoben, sondern vielmehr bestättiget seyn solle; 3.) ferner verordnet, daß wann es dem allmächtigen GOtt belieben sollte, den Legatarium Lamberten von Oer, vor oder nach ihrem Leben, über kurtz oder lang, von diesem Leben abzufordern, als dann obberührte vermachte Legata auf dessen Sohn Burckarden von Oer ihren freundl. lieben Vettern verfallen sollen, im Fall aber gemeldter Burckardt der Zeit mit Tod abgangen wäre, oder sonsten ohne gezeugte oder nachbleibende Leibs-Erben hernacher versterben würde, der gantzen Vermächtniß dessen Bruder Wennemar von Oer ihr gleichfalls lieber Vetter, und dafern derselbe alsdann nicht mehr im Leben seyn, oder auch hernachmals ohne eheliche bleibende Leibes-Erben diese Welt verlassen möchte, dessen ältester Bruder Bernhard Gießbert von Oer, ihr auch lieber Vetter erfreut seyn, ohne Abzug gantz und zumahlen geniessen sollte, wie sie dann auf oben gemeldte Fälle also verordne, vermache und legire, jedoch mit der ausgedruckten Bescheidenheit und Bedingung, daß derselbe, so von des Legatarien Lamperten von Oer berührten zweyen jüngern Söhnen die obspecificirte Vermachung und Gifft bekommen werde, selbige gegen den ihme aus den Kackesbeckischen Gütern competirenden kindlichen Antheil compensiren, und nach getrage des obgemeldten Legati denselben daraus zu fordern nicht mächtig seyn, oder je destoweniger empfangen solle, NB. dafern aber obgemeldte Söhne von Oer sämmtlich ohne Hinterlassung ehelicher Leibs-Erben unverhoffentlich absterben würden, so sollen die Legaten auf der Zeit lebende ältiste Tochter von Oer versterben und erfallen.

Welche Testamentalische Disposition aperte 2
und unlaugbar ein Fideicommissum, damit die legirte Güter afficirt seyn sollen, involvirt, indem darinn unter des Legatarii Söhnen eine gewisse Ordnung gemacht und verordnet wird, wie die verschaffte Legata von dem einen auf den andern im Fall keiner hinterlassener Kinder fallen, auch endlich, wann alle Söhne ohn Hinterlassung ehelicher Leibes-Erben versterben, selbige auf die ältiste Tochter kommen sollen, welches durch keinen andern Weg, als mediante substitutione fideicommissaria, vel jure fideicommissi, geschehen und effectuiret werden kan.

3 Unde ex receptâ & communi Doctorum calculo approbatâ sententiâ pro firmissimâ conjecturâ, quod Testator voluerit constituere Fideicommissum, habetur, si ipse disposuerit, ut bona sua transeant, perveniant vel devolvantur de herede in heredem, vel de uno in alterum, quia bona non possunt transire, devolvi, & pervenire de primo in secundum, de secundo in tertium, & sic porro, nisi mediante substitutione fideicommissariâ, vel mediante restitutione ex fideicommisso factâ, habetur itaque clausula talis pro fideicommissi inductiva, & censentur per eam omnes à testatore nominati ita vocati, ut unus post mortem alterius ordine successivo & gradatim succedat etiam post hereditatem aditam & quæsitam, quod non convenit substitutioni vulgari, quæ præsupponit rem non habitam, & post habitam cessat.

l. post aditam. C. de impub. & aliis subst. l. si legata. C. de legat.

Fideicommissariæ verò substitutioni hereditatem aditam ac quæsitam esse non officit, imò ea suo modo præsupponit adeptionem bonorum, non possunt enim eadem restitui, nisi primus aut secundus illa prius adeptus sit, adeptio autem ista cum vulgari nullo modo consistit, habet enim ea duplicem conditionem, unam *si heres non sit vel esse nolit*, alteram *si heres esse non possit.*

l. 30. l. 39. §. ult. de Vulg. & pupill. substit. d. l. post aditam| C. de impub. & aliis substit. post Socinum, Decium, Gratum, Parisium, Ruinum, Gozadinum Menochius *l. 4. præs. 68. n. 7. 8.* Grass *§. fideicommissum. q. 4. n. 16.* Joh. à Sand. *lib. 4. tit. 5. def. 1.* Vinc. Fusar. *de substit. fideicomm. qu. 383.*

4 Etsi verba pervenire, devolvere, sive labi, **fallen, kommen,** &c. quandoque, pro subjecta materia, etiam directa, & non obliqua, sint, operenturque, ut successores propria authoritate & ipso jure, citra alterius manum & operam, possessionem nanciscantur.

post alios Klock *vol. 1. Cons. 7. n. 53. seqq.*

5 **Und weil 2.) die Fr. Testirerin, nachdem sie beedes von dem Gut Dünckelburg und Mönckinghoff** disponirt gehabt, **hinzufügt: Sollte es nun dem allmächtigen GOtt belieben vor oder nach meinem Ableben, über kurtz oder lang den** Legatarien Lamberten von Oer **von diesem Leben abzufordern, alsdann will und ordne ich, daß obberührte vermachte** Legata **auf dessen Sohn Burckardt von** Oer **meinen freundl. lieben Vettern verfallen** &c. **also mit dem verordneten** Fideicommiss **nicht nur** nominatim & speciatim **das Gut Dünckelburg** afficirt, **sondern** in plurali numero **die obberührte** Legata **damit verhafft seyn will, müsse sie neben dem Gut Dünckelburg den Mönckinghoff darunter mit** comprehendirt **haben, sonst wann es allein auf das Gut Dünckelburg gezogen werden wollte, würde der** numerus pluralis, **da es heißt: die obberührte vermachte** Legata, **nicht** exhaurirt, cum constet numerum vel elocutionem pluralem ad minimum duo, quibus verificetur, requirere.

l. 12. ff. de testib.

Sind nun 3.) beede Güter so wohl der Mönckinghoff als das Gut Dünckelburg mit dem onere fideicommissi afficirt, **und ist zu dem verordneten** Fideicommisso **auf den Fall, wann des** Legatarii Lamberti **von Oer gesammte Söhne ohn Hinterlassung ehelicher Leibs-Erben abster-ben würden, von der** Testatricin **ausdrücklich die älteste Tochter des** Legatarii Lamberti **von** Oer **auch beruffen worden, so scheint Fr. Klägerin und** Appellatin, **weil sie älteste Tochter, und sich die** Conditio **durch seeliges Ableiben ihres Hrn. Brudern Burckard von** Oer, **so ohne Hinterlassung einiger ehelicher Leibs-Erben den** 30. Julii 1678. **verstorben, ergeben, von dem Behandungs-Gut Mönckinghoff keines wegs mit Recht** excludirt **werden zu können, noch ihr Herr Bruder befugt gewesen zu seyn, zu seiner Fr. Schwester** Præjudiz **und Nachtheil, davon in** Pactis dotalibus vel ultimâ voluntate **zu** disponiren, **und dasselbe seiner geweßten Frau Gemahlin, jetziger Fr. Beklagtin und** Appellantin, **darinn zu vermachen.**

Bona enim fideicommisso obnoxia aut restitutioni fideicommissariæ subjecta neque inter vivos, neque ultima voluntate in præjudicium fideicommissariorum alienari posse in vulgus notum est. 7

l. fin. §. 2. Cum Auth. Res quæ. C. commun. de legat. l. 69. §. 1. ff. de legat. 2. l. Marcellus 3. §. res quæ &c. 3. ff. ad SCt. Trebell. ubi ex propria natura alienari posse negantur. Gail. *2. O. 137. n. 1. & per tot.* Philipp. Matthæi *vol. 1. Cons. Marp. 20. n. 43. seq. & Cons. 31. n. 38.*

Eorumque alienationem contra naturam fideicommissi esse asserit

Decian. *vol. 1. Resp. 52. n. 5.*

ac fideicommissum subsistere & bona eidem subjecta alienari posse, incompatibilia esse, & sic tanquam inter se contraria & incompatibilia juxta se stare non posse tradunt

Socin. Sen. *lib. 4. Cons. 43. col. 1. & 2.* Decius *Cons. 11. n. 7.*

Hinc adeo illicita est rerum fideicommissariæ restitutioni subjectarum alienatio, ut non præjudicet fideicommissario, licet alienatio in ipsius præsentia facta, isque non contradixerit 8

Bald. *in l. 1. in fin. C. de bon. mat.* Besold. *p. 3. Cons. 49. n. 90.* ubi dixit ita communiter Dd. tenere.

Cum enim Testator in certarum quarundam personarum favorem fideicommissum ordinat, id efficere desiderat, seriòque vult, ut bona sua ad eos perveniant, & quamdiu horum quisquam est, ad alios non transferantur. Huic autem Testatoris & fideicommissum instituentis voluntati, menti & dispositioni, uti & propriæ fideicommissi naturæ manifestò adversatur, qui bona ista vel per contractum, vel per testamentum aut ultimam voluntatem vel quocunque alio titulo in alium, qui non est ex horum, in quorum favorem Testator fideicommissum constituit, numero, transferre tendat. Hoc ergo nullo modo ferendum ac concedendum est. 9

d. l. Marcellus. §. res quæ. ff. ad SCt. Trebell. l. pen. C. eod.

C. eod. l. fin. §. sed quia. Auth. res qua. C. comm. de legat. l. Lucius. 88. §. matre. 16. ff. de leg. 2. ibi Dd. Knipschild *de fideicomm. fam. nob. cap. 11. n. 169.*

Voluntas enim testatoris pro Lege observanda

Nov. 22. c. 4. ibi: *disponat itaque unusquisque super rebus suis ut dignum est & sit lex ejus voluntas; c. ultima voluntas. 4. c. 1. 2. quæst. 2.*

nec quicquam contra illam attentare vel disponere cuiquam liceat aut permissum esto, interest enim ipsius Reipublicæ ut cujusque suprema voluntas exacte & ad unguem adimpleatur & executioni mandetur nec in minimo offendenda aut negligenda.

l. 5. ff. quemadmod. testam. aper. Dec. *Cons. 499. num. 3.*

10 Obwohl aber dieses also scheinbarlich pro affirmativa angeführet wird, so sind doch die rationes so pro negativa beklagter seits deduciret worden, viel stringenter, und können wir derenthalben keineswegs erachten, daß das Behandungs-Gut Monckinghof Krafft des von Frau Anna von Westerholt anno 1640. aufgerichteten Testaments mit dem onere fideicommissi beschwehet seye, und vermöge des darauff hafftenden fideicommissi nach weyland Burckard von Oer seeligen Tod, auf dessen Schwester jetzige Frau Klägerin Appellatin fallen sollen, demnach inutiliter von Burckard von Oer seiner gewesten Frau Gemahlin in Pactis dotalibus ultima voluntate confirmatis vermacht worden, sondern halten vielmehr davor, daß es ab omni fideicommissi onere frey, und daher sein Burckards von Oer freyen disposition unterworffen, folglich er befugt gewesen pro arbitrio davon zu disponiren, und solches seiner Frau Gemahlin zu verschencken und zu vermachen.

11 Denn 1.) gibt nicht nur der sub lit. B. dem Appellations-Libell beygelegte Extract aus der Reichs-Abbtey Werden Lehen- und Behandungs-Protocoll über dero Sadelhof Mönckinghof genannt bey Oldenseel, sondern auch der bey Werdischer Cantzley unter des Abbts Hugo Unterschrifft expedirte Behandungs-Brieff selbst, daß bereits in anno 1638. auf Absterben weyland Barthold von Freydag zu Sandfurth, Lambert von Oer an dem Werdischen Sadelhof Mönckinghof, daran mit der andern Hand gedachte Anna von Westerholt, Wittwe zu Sandfurth, damahls annoch behandet gestanden, Krafft von dieser præsentirter und unterschriebener denomination von Abbt Hugo behandet worden, in selbigem Jahr noch den 10. Novembr. ist an statt obgemeldter Anna von Westerholt, auf dero gethane Refutation und Cession, cum consensu Abbatis Hugonis ihr Vetter Jobst Wesel von Oer an dem Gut Mönckinghof, woran mit einer Hand dessen Vater Lambert von Oer bereits behandet gestanden, mit der andern Hand behandet worden. Ist nun von Anna von Westerholt die Refutation und Cession in gratiam Jobst Wesels von Oer cum consensu Abbatis anno 1638. geschehen, und dessen Ammanuation würcklich darauf erfolgt, so hat sich ja Anna von Westerholt ihres utilis dominii und Juris emphyteutici, so sie von ihren Eltern ererbt und an dem Gut Mönckinghof biß dahin gehabt, per illam refutationem & cessionem begeben, und ist solches auf Lambert von Oer, und dessen Sohn Jobst Wesel von Oer transferiret worden, gestalten ja die Refutation und Cession in exercitio & actu considerata nichts anders ist, als legitima juris sui, quod quis habuit in re, dimissio, & ejus in alium facta translatio

Rosenthal *de feud. cap. 9. concl. 50. n. 3.*

Per eam igitur Emphyteuta refutans abdi- 12
cat omne suum jus emphyteuticum, amittit consequenter omnia commoda inde provenientia, nisi sibi quædam in specie reservet ab illo, in cujus gratiam refutationem facit, præstanda. Is vero, cui vel cujus in favorem fit refutatio, in refutantis locum subintrat, succeditque in omnia refutantis jura, commoda ac incommoda, & omnes obligationes atque actiones sibi acquirit.

Rosenthal. *d. l.* Aurel. Corbul. *de causa privat. ex eo, quod Emphyteut. patit. alium de Emphyt. invest.*

Welches die Natur des Behandigungs- 13
Guts 2.) auch mit sich bringt, denn selbe erfordert, daß jederzeit zwey an sothanem Gut behandet seyn sollen, weil nun Lambert von Oer nach tödtlichem Hintritt Herrn Bartholds von Freytag, neben Anna von Westerhold den 5ten Martii 1638. behandet worden, hernach diese an ihre Stelle Jobst Wesel von Oer, nebenst seinem Vatter den 10. Novembr. an. 1638. behanden lassen, folgt, daß sie durch Jobst Wesels von Oer procurirte Behandung an ihre Stelle ihr Jus auf den an ihre statt behandeten Oerischen Sohn transferiret, sonsten von anno 1638. biß 1643. da Jobst Wesel von Oer gestorben, ja auch nachgehends ferner, denn auf dessen seeliges Ableiben gleich den 12ten Januar. 1644. dessen Bruder Burckardt von Oer neben dem Vatter wieder behandet worden, da Anna von Westerhold noch bis ad annum 1658. gelebet, wann also sie nicht bey ihren Lebzeiten per actum inter vivos ihr jus transferirt gehabt, wären nicht nur zwey, sondern drey Hände an dem Gut behandet gewesen, welches so wohl der Natur des Behandungs-Guts, als dem Behandungs-Brief vom 12ten Jan. 1644. Schnurstracks zuwider, als worinn mit keinem jota der Annä von Westerholt, und daß sie noch einig Recht an dem Sadelhofe habe, gedacht wird, sondern einig und allein des Lamberti von Oer Meldung geschicht, daß der mit der einen Hand daran behandet stehe, und also zur andern Hand sein Sohn Burckard damit Krafft solchen Briefs behandet werde, auf welchen beeden der Hof behandet gebliebren biß in annum 1665. da auf den Tod des Vatters Lamberts von Oer der andere Sohn Wennemar von Oer, neben seinem

seinem Bruder Burckard von Oer den 9ten Novembr. behandet worden. 3.) Zeuget der Extractus Protocolli vom 30. Septembr. 1640. daß Anna von Westerhold Lamberten von Oer, und dessen Sohn Jobst Weseln von Oer, den Werdischen Sadelhof Mönckinghof Krafft einer freyen, steten, und unwiederrufflichen Gabe donirt, und davon würckliche possession sammt aller Gerechtigkeit eingeraumet, die von Oer in nutzliche Gewehr und Gewalt des Guts gesetzt, aus demselben und von den darein gehörigen Leuten die jährlich fallende Pfacht und Nutzungen, wie ein wahrer Eigenthümer, zu erheben und zu geniessen, sich hergegen aller Gerechtigkeit, so sie darzu und daran gehabt, verziegen und begeben, welches sie Anna von Westerholt durch ihren Gevollmächtigten Gerichtlich anzeigen lassen, und ist darüber ein Gerichtlicher Schein ertheilt worden, daß der Mönckinghof mit desselben pertinentien vor dem Gericht von Oldenseel transportirt und cedirt worden, in vollkommene Possession und Besitz zu nehmen, gleichwie die original donation und Verglich es breitern Innhalts gebe, daß sie Anna von Westerholt davon Abstand gethan, und wohlgemeldten von Oer denselben eingeraumet. Woraus ja so klar und offenbar erhellet, daß durch gedachte Refutation und Cession, cum consensu Abbatis Werdensis anno 1638. geschehen, Anna von Westerholt sich ihres von ihren Vor-Eltern ererbten Erb-Pfacht-Rechts an dem Mönckinghof mit aller davon dependirenden Gerechtsame begeben, solches neben der würckl. Possession, Krafft der von ihr beschehenen freyen, steten und unwiederrufflichen donation, so solche Refutation und Cession in favorem deren von Oer, als ihrer nahen Bluts-Verwandten geschehen, reipsa in sich gehalten und begriffen, auf Lambert und Jobst Wesel von Oer, Vatter und Sohn, transferirt, und sie in nutzliche Gewehr und Gewalt die jährlich fallende Pfacht und Nutzung zu erheben gesetzt, sich aber aller biß dahin darzu und daran gehabten Gerechtigkeit verziehen und begeben, daß es nicht wohl klärer könnte gesagt werden.

14 Darauf sich auch 4.) Lambert von Oer in der seinem an Lic. Becken geschickten Diener Peter gegebenen Instruction und Memorial referirt, wann er ihm befohlen, forderist die gewöhnliche Curialia bey demselben abzulegen, so dann den gantzen Cappelschen Verfolg, ordentlich vom ältesten dato an biß auf die Zeit darinn ergangen, vorzulesen, daß vorgemeldter Herr Lic. seine Observata drauß machen könne, woraus er Lambert von Oer denn nächst mit ihm mündlich weiter conferiren wolle, insonderheit solle er in Acht nehmen, und ihn berichten, NB. daß die donatio inter vivos lang zuvor vorgangen, ehe das Testament an den Tag kommen sey.

Ist nun 5.) Lambert von Oer schon anno 1638. und also zwey gantzer Jahr vor dem von Anna von Westerholt aufgerichteten Testament, so erst anno 1640. den 9ten Maji zum Stand gebracht, mit seinem Sohn Jobst Wesel von Oer, facta in ipsorum gratiam refutatione & cessione consensu Abbatis, würcklich ammanuirt, und behandet, mithin mediante illa, non tantum conditionate & provisionaliter, sed pure facta, investitura, Annæ von Westerholt ihr Behandungs- und Erb-Pfacht-Recht auf sie beede von Oer transferirt gewesen, so kan mehrermeldte Frau Anna von Westerholt sothanes Gut Mönckinghof besagtem Lamberten von Oer nicht erst titulo legati in ihrem Testament verschafft, und mit einem Fideicommiss beschwehrt zu haben, gesagt werden.

Sicut enim nec stipulatio, nec emptio rei 15
suæ valet:

l. 82. ff. de verb. oblig. l. 16. ff. de contrah. empt.

Sic nec legatum rei, quæ jam tempore conditi testamenti legatarii est, subsistit, sed inutile est, imo idem quoque est, etsi legatarius tempore testamenti nondum quidem fuerit illius dominus, res tamen post testamentum conditum antequam dies legati cedat, ipsius propria facta sit, nam nec ita legatum consistere potest, ex hac ratione quia quod proprium jam tum est legatarii, amplius ejus fieri nequit

§. 11. Inst. de legat. l. 41. §. 2. ff. l. 13. C. eod. l. 3. §. 4. de acquir. vel amitt. possess.

Quod imprimis procedit, si legatarius 16
rem antequam dies legati cessit, ex donatione vel alia simili causa lucrativa acquisiverit, cum certissima juris regula sit, duas lucrativas causas in eandem rem, idemque corpus, & in eundem hominem, concurrere non posse.

§. 6. Inst. de legat. add. l. 87. de legat. 2. l. 17. l. 19. ff. de oblig. & act.

nam si ex causa onerosa rem nactus sit, consequetur ex testamento, quantum ipsi pro illa abest, nempe pretium quod dedit

l. 34. §. 7. de leg. 1. arg. l. 14. de V. S. l. 82. de V. O.

Et qui neque legitimus, neque scriptus in 17
testamento heres est, neque legatum, neque fideicommissum, neque mortis causa donationem accepit, & sic morte alicujus nihil acquisivit, ille nec fideicommisso onerari potest, qui enim illo onerari vel gravari debet, eum oportet à defuncto morte ejus aliquo illorum titulorum tantum obtinuisse, quantum jure fideicommissi alii restituere jussus.

l. 9. l. 31. C. de fideicomm. §. 2. 10. 11. Inst. de fideicomm. hered. l. 1. §. 6. l. 6. in fin. de leg. 3. l. 77. §. 1. de leg. 2. Brunnem. *ad d. l. 9.* M. Ant. Peregrin. *de fideicomm. art. 1. num. 10. seqq.* Petr. Ant. de Petra *quæst. 5. num. 71. seqq.*

Quæ-

18 Quæcunque igitur quis donatione simplici & absolutâ inter vivos, vel alio titulo à vivo testatore irrevocabiliter accepit, ea fideicommisso gravari minime possunt. Sic v. gr. si Pater dedit dotem filiæ inter vivos, & stipulatus est dotem restitui filiæ soluto matrimonio, non potest Pater super dote constituere fideicommissum, quia filia habet dotem à Patre irrevocabiliter, & ita quidem ab eo inter vivos obtinuit, non ex ultima voluntate accepit.

Brunnem. *ad d. l. 9. num. 7.* Vinc. Fusar. *de substit. fideicomm. qu. 297. n. 12.*

19 Inmassen denn 6.) die verba Testamenti Frau Annä von Westerholt, wann sie sagt: daß sie wolle, daß es auch sowohl wegen der Gräfl. Styrumbschen Byßmarck-Lehen, benanntlich Sunckenhuß und Hartmerick, als auch wegen des Werdischen Erb-Pfacht- und Behandigungs-Guts Mönckinghof genannt, mit allen seinen Leuten und behörigen Gütern, bey der beschehenen Benennung, Cession, Transportation und Behandung auf des Lamberts von Oer Person und Kinder sein Verbleibniß haben, und solches alles und jedes hierdurch nicht aufgehoben, sondern vielmehr bestättiget seyn solle; nicht sowohl dieses inferiren, daß Frau Testiererin in Krafft derselben den Mönckinghof legire, als vielmehr diß anzeigen, daß sie wolle, daß die bereits vorhin Lamberten von Oer geschehene Donation, Cession, Transportation und Behandung in ihrem vigor bleiben, und dadurch, daß sie Lambert von Oer mit dem Gut Dünckelburg und darzu gehörigen vier Erben und drey Kotten, wie auch mit den zwey Erben Mensinckh und Vollbert so reichlich in ihrem Testament bedacht und ihm alle solche Güter legirt, keinesweges aufgehoben, sondern vielmehr bestätiget seyn solle, nicht illo effectu, daß sie die Qualitæt eines Legati auch annehmen und haben, sondern die vorige Qualität einer freyen, steten, unwiederrufflichen Gabe oder Donation, wie sie solche vorhin gehabt, behalten solle;

20 Nam simplex communi forma facta confirmatio negotio confirmato, quod per se subsistebat, non novam tribuit qualitatem, sed illud in suo statu, quo fuit, approbat, confirmans enim actum per se jam subsistentem & validum, nihil innovat vel novi dat, sed ei majorem tantum conciliare studet authoritatem

c. 1. de confirm. util. & inutil. c. inter dilectos. 6. §. porro. de fid. Instrument. Schrader *de feud. p. 5. c. 2. num. 32.* Sebast. Medic. *de novat. p. 2. q. 1. n. 26.* Seraph. de Seraphin. *de privil. juram. privil. 74. num. 193.* Cothmann. *vol. 3. Resp. 50. num. 181.*

cum de natura confirmationis sit addere robur confirmato, non illud innovare aut extendere

l. 28. §. 5. de liber. leg. Bald. *in l. adversus. num. 3. C. si adverss. rem jud.* Alex. *vol. 6. Cons. 122. num. 21.*

Und gilt demnach diese vormahls schon valide beschehene in dem Testament zum Uberfluß bestätigte Donation des Mönckinghofs nicht als ein Legat quod ex morte Testatoris demum perfectionem accipere debuerit, 21

Uti hoc de natura & essentia Legati est, quippe cujus dies, si pure vel in diem relictum est, demum à morte Testatoris cedit, 22

l. 5. §. 1. ff. qu. dies legat. cedit.

adeoque ex eo modo, tempore, & non prius, deberi incipit. Ac cum debitum hoc ejus sit naturæ, ut præstari debeat ab herede, secundum definitionem legati, hinc peti nequit, nisi ubi per aditionem aliquis factus fuerit heres, à quo peti poterit, & qui præstationem hanc faciat. Quod igitur à testatore vivo per donationem in aliquem jam tum, & quidem irrevocabiliter, translatum est, frustra & inutiliter ei legatur

arg. l. 109. pr. de leg. 1.

ubi JCtus Africanus ita: Si quando quis uxori suæ ea, quæ vivus donaverat, vulgari modo leget, non de aliis donationibus eum videri sentire ait, quam de his, quæ jure valituræ non sunt, alioquin frustra ei legaturus sit, atque si ita exprimat: Quæ uxori meæ jure donavero, vel ita: Quæ uxori manumissionis causa donavero, ea ei lego, nam inutile legatum futurum est, unde patet, inter vivos valide donatum donatario inutiliter legari.

sondern als eine stete, unwiederrufflíche, und unänderliche, schon längst vorhin validè vollzogene Cession und Schenckung inter vivos.

per text. l. 14. C. de donat. inter vir. & uxorem.

ubi talis proponitur casus: Titius uxori suæ constante matrimonio quædam donavit, & postea in testamento suo donationem factam confirmavit, quæritur ergo an uxor res istas jure legati, vel donationis à donante specialiter in ultima voluntate confirmatæ capiat? Resp. Imperatores, quod licet verba testatoris ad significandum & relinquendum legatum sint idonea, non tamen propterea statim inducant legatum, sed tum demum, si testatorem, animo recedendi à donatione prius facta, & legandi res antea donatas, verba ista posuisse constiterit, alias enim potius verbis illis tantum præcedentem donationem & uxori dominium rerum donatarum confirmasse videatur, & sic uxor res illas non legati, sed donationis jure accipiat. Et hinc notanter Gothofredus in notis suis *ad h. l.* inquit: Innuit hæc lex, donatione inter vivos per maritum uxori facta, & in ejus testamento confirmatâ, rem ejusque æstimationem non simul deberi, sed rem tantum ex donatione morte confirmata, ut confirmatio donationis inter virum & uxorem facta in testamento, non intelliga- 23

tur esse nova dispositio, sed veteris tantum corroboratio & retrotrahatur. Ideoque si donator mihi legat, quod antea mihi donavit, id confirmationis h. e. donationis confirmatæ jure capietur, non legati, ut hinc constet verbum Lego non semper facere legatum, uti nec verbum dono donationem. *l. 15. §. 4. ff. loc. conduct.* Et significantius, cum quæritur: An confirmatio actus, quæ in testamento fit, valeat ut simplex confirmatio, an vero ut Legatum & nova dispositio? quæstionem hanc ex *d. l. 14. C. de donat. inter virum & uxorem*, resolvit Hieron. Gabrielius *vol. 1. Cons. 129. num. 5.* mediante distinctione hac, ut si actus sit talis, qui fuisset morte testatoris tacite confirmatus, sit simplex confirmatio, non legatum per *d. l. 14.* Sin talis sit, qui remansisset invalidus, nec morte fuisset confirmatus, tunc sit dispositio nova & legatum. *l. donationes quas Parentes. 25. C. d. t. de donat. inter virum & uxorem.* Ita optime distinguit Bartol. *in l. si quando. 109. ff. de leg. 1.* ubi hæc ejus sunt formalia: Quæro utrum illa confirmatio, donationis scilicet inter conjuges, quæ fit expresse in testamento, habeat vim legati vel fideicommissi, an vero æquiparetur donationi inter virum & uxorem quæ morte tacite confirmatur? Inter hæc enim magna est differentia, ut notatur *in l. reg. 24. C. de donat. inter vir. & uxor.* Respond. de hoc est text. *in l. ex verbis. 14. C. de donat. inter vir. & uxor.* tamen Glossa illud involvit, ideo dic: aut testator dicit: Lego vel fideicommitto, & valet ut legatum vel fideicommissum, & videtur recedere à donatione. *arg. l. 77. de acq. hered.* aut dicit confirmo, vel uxor mea habeat, & similia verba dubia adhibet, tunc in eo, quod fuisset tacitè confirmatum per mortem, valet ut donatio, non ut legatum *d. l. 14.* in eo vero quod non esset tacite confirmatum per mortem ut si excedebat legitimam summam, tunc valeret ut legatum vel fideicommissum *l. 25. C. de don. inter vir. & ux.* Quam distinctionem repetit Idem Bartol. *ad illam legem 14. C. de donat. inter vir. & ux.* eamque etiam approbant Angel. Paul. de Castro *in d. l. 109. de leg. 1.* Salicet. *in d. l. 14.* qui expresse ita: Donatio inter vivos uxori à marito facta si in testamento confirmetur res, num jure legati an ex donatione morte confirmata peti debeat? Dic, quod aut de testantis voluntate constat & illa servanda, aut dubitatur & tunc donatio erat per se firma & valida, ut in casibus notatis in lege præcedenti & tunc ad illam verba testantis non porriguntur vel circa eam nihil operantur *l. si quando. 109. de leg. 1.* aut donatio tota erat invalida & tunc aut mors secuta erat ipsius confirmativa, quo casu verba testatoris confirmativa legatum vel fideicommissum non inducunt, sed solum declarant voluntate testantis eam confirmari. *d. l. 14.* aut mors secuta non erat ipsius saltem ex toto confirmativa, quia forte excedebat legitimam summam *l. 25. C. de donat. inter vir. & ux.* & tunc ut res in totum habeat effectum dico, quod verba testantis inducant fideicommissum. Probat item dictam distinctionem Bald. *ad d. l. 14. C. de don. inter vir. & ux.* notanter inquiens: Confirmatio donationis inter virum & uxorem facta in testamento non intelligitur esse nova dispositio, sed veteris corroboratio, quia confirmatio ista inerat tacite, unde per expressam non augetur effectus. Quandoque id quod confirmatur, non eget aliqua confirmatione, & tunc confirmatio nihil operatur, quia ex ea non augetur effectus, quandoque id quod confirmatur, egebat confirmatione, & tunc aut confirmatio fit ad illum finem, ad quem tacite inerat, & idem obtinet, aut ad alium finem, & tunc de novo inducitur, aut dubitatur in quem finem facta & tunc aut præcedit confirmabile de sui natura, aut non; Primo casu confirmatio intelligitur fieri prout tacite inerat, & nihil inducit *d. l. 14.* Secundo casu oportet aliquid de novo inducat *l. 25. C. de donat. inter virum & uxorem.* Ex quibus satis evidens est, donationem in & per se validam & utilem, ac confirmatione plane non indigentem per confirmationem in testamento ex abundanti factam nequaquam in Legatum transire aut mutari, sed naturam suam retinere, magisque inde corroborari. Weil nun hierfalls undisputirlich die Lamberten von Oer von Frau Anna von Westerholt beschehene Donation an und für sich gültig, kräfftig, zu Recht beständig und unwiederrufflich gewesen, auch weder tacita noch expressa confirmatione in testamento facienda bedürfft und nöthig gehabt, solat unstrittig, daß sothane von ihr, Anna von Westerholt, in ihrem Testament gethane Bestätigung der vordin von ihr valide beschehenen Cession, Transportation und Behandung des Guts Mönckinghof, auf Lambert von Oer nicht könne pro nova dispositione Legati inductiva, oder tali gehalten werden, die da würcke, daß er das Gut, Krafft Testaments, als ein Legat fordern mögen, sondern pro mera donationis in se validæ confirmatione, plane ex superfluo & abundanti, sine ullo singulari effectu, factâ anzusehen, und beständig davor zu halten sey, daß es eine stete, unwiederruffliche, bey lebendigem Leibe aus freyem und liberalen Willen übergebene Gabe, Schenckung und Donation geblieben sey. 24

Wohlfolglich ist sie auch 7.) unter dem Paragrapho, darinn die legirte Güter mit dem onere fideicommissi beschwehret worden, nicht begriffen, mag auch darunter keineswegs gezogen werden, denn weil das Gut Mönckinghof tempore conditi Testamenti nicht mehr in der Testatricin Handen und Gewalt, sondern schon auf den Donatarium Lamberten von Oer, und dessen Sohn Jobst Wesel von Oer

Oer irrevocabiliter transferirt und sie beede bereits damit von dem Abbt zu Werden in anno 1638. behandet und investiret gewesen, also der Hof nicht erst morte Testatricis auf sie kommen sollen, so ist die Frau Testiererin gar nicht de jure befugt gewesen, den Hof noch mit einem fideicommiss zu graviren und zu beschwehren zu Præjudiz des Donatarii.

26 Nam quæ quis vivus per donationem (simplicem imprimis & absolutam, qualis hæc fuit,) in alium transtulit, sunt extra causam bonorum ipsius donatoris, nec ex ultima voluntate ejusdem capiuntur, ideo fideicommisso gravari nequeunt, hoc enim illa tantum gravari possunt, quæ jure hereditario, aut legati vel fideicommissi, nec non mortis causa donationis jure ac titulo percipiuntur

per jura superius adducta. *add. l. 68. de leg. 2.* Paris. *lib. 2. Cons. 33. num. 76. junct. num. 35.* Menoch. *lib. 4. præs. 196. num. 9.* M. Ant. Peregrin. *de fideicommiss. art. 6. num. 1. 2.*

27 Nec obstant verba: Planè nominatim maritus uxoris fidei committere potest, ut & ea restituat, quæ scil. vivus in eam contulit.

in d. l. 68. de legat. 2.

Nam loquitur lex ista de donatione à marito constante matrimonio uxori facta, quæ invalida est, nisi morte mariti fuerit confirmata

t. t. ff. de donat. inter virum & uxorem l. 25. C. eod.

28 Cum ergo maritus dictam donationem invalidam revocare possit, non mirum est quod etiam uxoris fidei committere expresse & nominatim possit, ut ipsa, cum reliquis quæ jure hereditario à marito ad eam perventura sunt, & donata illa restituat, & eo ipso, quo hoc fidei uxoris commisit, fideicommittendo revocasse donationem intelligitur.

arg. l. 37. §. 4. de leg. 3.

29 Quod si autem nominatim uxori non sit injunctum, ut & sibi à marito constante matrimonio donata, cum reliquis, quæ ex judicio testatoris ultimo sub jure & nomine heredis ad illam perventura sunt, restituat, sed ipsa à marito heres instituta simpliciter jussa sit, ut, quæcunque ex bonis ejus cepisset, his vel illis restitueret, tunc res inter vivos à testatore marito uxori donatæ, quarum donatio solâ morte, non demum hereditatis editione, ut id, quod ex testamento quis capit, confirmatur, in restitutionem fideicommissi, quo uxor heres instituta gravata est, non veniunt, quia sunt extra causam bonorum defuncti testatoris, scilicet quæ percipiuntur ex ultima illius voluntate sive testamento, nam donata illa pervenerunt ad uxorem ex negotio inter vivos, licet morte consummato & confirmato, & ideo fideicommisso universali non continentur, quippe in cujus restitutionem tantùm veniunt, quæ jure hereditario capiuntur,

l. 55. pr. ad SCt. Trebell.

& uxor res illas donatas habitura esset, licet heres non instituta fuisset, sed alius heres extitisset, non autem fideicommisso universali comprehenduntur, quæ heres gravatus habiturus alio herede existente, nisi de iis nominatim testator eum rogaverit.

d. l. 68. de legat. 2. ibi Bartol. Paulus de Castro & alii Dd. Menoch. *lib. 4. præs. 196. num. 4. seq.* Peregrin. *de fideicomm. art. 6. num. 1.* & ab his magno numero allegati.

30 Longe alia vero ratio est in donatione inter vivos simplici inter personas, quæ sibi invicem, donare non prohibentur, factâ, quæ hinc non, indiget confirmatione per mortem donantis facienda, (uti eâ indiget inter conjuges prohibita donatio) qualem hic in proposito nostro casu habemus ab Anna de Westerholt, Lamberto de Oer & ejus filio Jobst Wesel de Oer per refutationem & cessionem prædii Monckinghof, procurata ipsis ab Abbate Werdensi ceu Domino directo facta de eo Investitura anno 1638, ex libera voluntate & singulari erga eos affectione animo nunquam revocandi factam, huic enim si semel sit perfecta, quod accidit, si à donatario sit acceptata, donator non potest fideicommissum, modum, conditionem vel ullum aliud onus imponere vel adjicere, nisi de voluntate donatarii.

textus hanc in rem expressus & rotundus est in l. 4. C. de donat. quæ sub mod. ibi Glossa Brunnemann. & alii Gomez. *lib. 2. var. resol. 4. num. 11.* Fontanell. *de pact. nupt. tom. 1. claus. 4. gl. 5. num. 4.* Menoch. *Cons. 496. n. 104.* Alphons. de Olea *de cess. jur. & act. tit. 1. quæst. 6. num. 15.* Castillo *quotidian. lib. 3. c. 10. num. 2. seqq. qui ampliat id in Principe donatore, maxime si jus plene fuerit quæsitum donatario.*

31 Sicut enim non licet donationem talem in totum revocare, ita nec gravamen imponere per quod jus donatario quæsitum minuatur.

arg. l. 75. de rei vind.

32 Etsi autem nonnulli id limitent, ut donationi inter vivos perfectæ non possint apponi conditiones ex intervallo, possint tamen bene adjici in continenti, invito quoque donatario, facta licet sit jam ab eo acceptatio, & hæc præcesserit adjectas conditiones, veluti ita sentiunt

Socin. *lib. 1. Cons. 66. in fin.* Covarruv. *lib. 1. var. resol. c. 14. num. 1.* Decian. *v. 1. Cons. 1. num. 29.* Fontanell. *d. l. num. 5.* Peralta *in l. 3. §. qui fideicommissa. num. 68. ff. de hered. instit.*

33 Contrarium tamen, perfectæ nempe donationi nec in continenti modum, conditionem vel aliud gravamen adjici posse, invito donatario, cui jus irrevocabile ex acceptata semel sine conditione donatione quæsitum est, defendunt

Sarmient. *de redit. Eccles. part. 1. c. 4. num. 10.* Castillo *lib. 3. c. 3. num. 50.* Ripa *Resp. 63. num. 6. 8.* & alii.

quia satis fallax est principale fundamentum, quo innititur prior sententia, ut advertit

Sarmient. *d. l.*

34 Deinde videntur limitationi illi adversari

l. 39. C. de transact. l. 12. C. de contrah. empt. l. 5. C. de oblig. & act.

juxta quas leges non consideratur, an ex intervallo, an vero in continenti unus ex contrahentibus velit à contractu recedere vel aliquo modo eum innovare, sed tantum inspicitur, an semel fuerit perfecta conventio & constituta obligatio, tuncque nequaquam licet à contractu perfecto alicui discedere, altera parte invitâ.

d. l. 12. C. de contrah. empt.

35 & jure quidem optimo, quia in contractibus jam perfectis & absolutis statim est jus quæsitum Parti, quod ipsi auferri non potest, nec ex intervallo, nec in continenti.

cit. l. 5. C. de Oblig. & act.

36 Cum ergo donatio perinde ut contractus utriusque donantis & donatarii voluntate legitime declarata perficiatur, & pacto licet saltem constituta tradendi necessitatem in se habeat

§. 2. Inst. de donat. l. 35. §. f. C. de donat.

37 ex ratione *d. l. 5. C. de Obl. & act.* ex declarato utrinque consensu donatione semel constituta, nec in continenti nec ex intervallo pœnitentia, novatio sive alteratio admitti posse videtur.

Fontanell. *Dec. 46. num. 6. & dec. 47. ubi dicit quod donans in sua donatione inter vivos potest apponere pactum, modum, conditionem ac tempus, & facere illam revocabilem, prout sibi videbitur, dummodo istud faciat à principio contractus, & antequam jus sit quæsitum donatario, quod illi quæritur statim perfecta aut semel constituta donatione.* Bursat. *vol. 2. Cons. 173. num. 68. seq.* Gabriel. *lib. 1. Cons. 3.*

38 Hoc equidem à multis statui novimus, quod si donatarius non solùm in rebus irrevocabiliter sibi antea donatis heres fuerit institutus, sed etiam in aliis bonis ultra illa, donator de irrevocabiliter antea donatis quoque donatarium heredem institutum nominatim gravare queat, & eo casu si omnibus bonis frui velit donatarius, onus & gravamen in iis, quæ antea sibi irrevocabiliter donata fuere, adjectum adimplere teneatur, imo eo ipso, quod hereditatem adierit, censeatur consensisse modis & conditionibus donationi aut rebus antea donatis adjectis.

Alexand. *lib. 3. Cons. 20.* Curtius Jun. *lib. 2. Cons. 120. num. 9.* Paris. *lib. 3. Cons. 33. num. 78.* Castillo *d. c. 10. num. 46.*

39 Sed, ut jam non inquiramus, in quantum assertum hoc Doctorum probari queat vel non, nos in hujusmodi terminis hic plane non versamur, nam Anna de Westerholt Lambertum de Oer neque in prædio Mœnckinghof, neque in aliis bonis heredem unquam instituit, sed ei tantum Castrum Dunckelburg cum designatis pertinentiis & certis aliquot prædiis legavit, ac legata illa prædia fideicommissi onere affecit; Donationem autem prædii Mœnckinghof antea jam factam simpliciter ex abundanti & superfluo in testamento confirmavit sine ullo adjecto onere.

40 Und wann man 8.) gleich setzet, daß die von Anna von Westerholt anno 1638. beschehene Refutation und darauf erfolgte Behandung Lamberts und Jobst Wesels von Oer den Effect nicht gehabt, daß dadurch das Erb-Pfacht-Recht auf diese transferirt worden, sondern die würckliche Ubergab erst mense Septembri anno 1640. noch im Majo selbigen Jahrs aufgerichteten Testament geschehen, und die Testirerin erst damahlen Lamberten von Oer, damit ihren letzten Willen und Testament in allen Clausuln und Puncten nachgelebet werden, auch ihre Disposition vollkommentlich in Ober-Yssel ausserhalb Lands über darunter gelegene Güter billigen Effect erreichen und gewinnen möchte, ut habent verba Protocolli de d. 30. 1640. in die würckliche Possession des Mönckinghofs setzen lassen, so bleibt doch, daß sie Anna von Westerholt zwar aus vorberührter Ursach ihr aufgerichtetes Testament vor Gericht gebracht, und selbiges zu dem Ende Gerichtlich confirmiren lassen, die würckliche Ubergab des Guts Mönckinghof aber ist dazumahl nulla alia intentione, als zu Vollziehung der vorhin beschehenen Refutation, und der steten, unwiederrufflichen, auch zum Uberfluß in vorgedachtem Testament confirmirten Donation, geschehen, wie solches gantz klar und offenbar besagt, 1.) der vor dem Münsterischen Hof-Richter von Frau Anna von Westerholt, Herrn Thomas Loges, beeder Rechten Doctoris gegebene Gewalt, vor den Gerichten von Oldensel und Enschede zu compariren, und Lamberten von Oer und seinen Erben den Mönckinghof mit allen darunter gehörenden Gerechtigkeiten, Zinsen, Renten und Pertinentien zu cediren und zu trans-

transportiren in ihrem Namen, wie ſie bereits damit behandet ſeyn, und Conſtituentin mit Hand und Mund Verzeihung gethan, ohn daß ſie einig Eigenthum daran ihr vorbehalten, ſub Lit. C. bey den Duplicis.

2.) Der Gerichtliche Donations- und Ceſſions-Schein ſelbſt, deren im Gericht Oldenſeel belegenen und zu dem Mönckinghof gehörigen Gütern vom 16. Septembr. 1640. der ſich expreſſe referirt, auf die den 5ten Martii und 10den Novembr. 1638. beſchehene immanuation und vorgehende refutation, zu deren Vollziehung die Ubergab geſchehen.

3.) Beſtetigt ſelbiges des Richters der Landſchafft von Oberyſſel zu Enſchede Heinrich von Limburg Brieff vom 30. Septembr. 1640. in verbis: *Ock mede im Nahmen ende von vvegen haeren gemeldte Conſtituentinae tho cederen anc tſo transporteren deſſelbſt L. Broedern den Wohl-Edelgebohrnen, Geſtrengen Lambert von Oer to Kakesbecke ende deſſelben Sohne Jobſt Weſel von Oer de goedern Herrn Lambert von Oer in vorgeſchrevenem Teſtament guthaertiglick gemackt ende gedonnert*, NB. *Krafft einer unvvederroplicken Gaven, als nemlich den Adelicken Werdiſchen Sadelhof, genombt den Mænckinghof &c.* Mit welchem 4.) übereinſtimmt der Exaractus Protocolli de d. 30. Septembr. 1640. verbis: *Off beſchene Immanuation ihren L. Herrn Broeder dem Hoch-Edel ende Geſtrengen Lamberten von Oer, zu Kakesbeck ende deſſen Sohn Jobſt Weſeln von Oer, darinnen gootherzelick vermacket ende donneret hat, Krafft èiner freyen, ſtæten, ende onvvederroplicken Gaben &c.*

42 Wie nun Frau Anna von Weſterholt hierdurch ihrer Seits 9.) gantz klar und offenbar, dazu Gerichtlich, zu erkennen geben, quo titulo ſie Lamberten von Oer den Werdiſchen Sadelhof, Mönckinghof genannt, bey ihren geſunden Tagen im Leben übergeben, nemlich in Krafft einer ſteten, unwiederrufflichen Gabe oder Donation, alſo hat auch Lambert von Oer vielfältig zu verſtehen gegeben, daß er ermeldten Hof durchaus nicht Legati aut aliæ ultimæ voluntatis titulo, ſondern als ein unwiederrufflich Geſchenck titulo donationis inter vivos von ihr bekommen, angenommen und beſeſſen, ein ſolches hat er in ſeiner oben angezogenen dem Peter an Herrn Lic. Bucken gegebenen Inſtruction expreſſe bezeuget, da er ihm befohlen, inſonderheit zu melden, daß die donatio inter vivos lange zuvor vorgangen, ehe das Teſtament vor den Tag gekommen ꝛc. In einem Concept Schreibens an die Herren Deputirte der Landſchafft Oberyſſel vom 1ſten Octobr. 1659. führet er dieſe Worte: Denenſelben habe er dienſtlich anfügen wollen, wie daß im Jahr 1642. (ſoll ſeyn 1640.) von der Wohlſeeliaverſtorbenen Frau Annen gebohrnen von Weſterholt, Wittiben von Freydag zu Sandfurth und Rehede, Frauen zur Cappel und Dünckelburg, das im Gericht Oldenſeel belegenes Gut Mönckinghof cum Pertinentiis für beeden Gerichten Oldenſeel und Enſchede ihm verehret, aufgetragen, und mit Beliebung des Abbten zu Werden, als Behandigungs-Herrn abgetreten, auch à dato donationis & transportationis biß dahin in ruhiger Poſſeſſion conſervirt und gelaſſen worden, biß vor wenig Tagen ſich einige Pfächters des 50. und 25. Pfennings beeder Gerichten Oldenſeel und Othmarſen ſeine daſelbſten auf Lamberti verfallene Zinſe zu arreſtiren gelüſten laſſen, unter dieſem bloſſen Vorwand, als wann er nach Abſterben wohlgemeldter Frauen zur Cappel ſeel. ernennete Mönckingshofs-Güter per teſtamentum vel ex collaterali Succeſſione ererbet, und dahero ihnen, als jetzigen und bereits ſechs Jahr geweſenen Pfachters den 25ſten Pfennig competiren wolle, da dennoch aus beeden Protocollis zu Oldenſeel und Enſchede klärlich zu erſehen, daß ihm dieſe Güter nicht per Teſtamentum der Wohlſeelig verſtorbenen Frauen zu Cappel, ſondern ſchon anno 1642. (1640) wie oben vermeldet, ohn einziges Reſervat guthertzig aus der Hand geſchencket, auch von den zugehörigen mit der Echt verhaffteten Leuten, mit Erbwinnungen, Sterbfällen, Freykäuffen als Dominus Proprietarius gehalten worden ꝛc.

Dergleichen conteſtiret er in dem den 1ſten 41
Maji ſt. n. 1660. Peter Hillemann gegebenen Gewalt und Vollmacht ſolches klar hiſce verbis: Demnach mir Untenbenannten vor ohngefähr achtzehen Jahren die Twentiſche Mönckingshofs-Güter von der nunmehr in GOtt verſtorbenen Fr. Annen, gebohrnen von Weſterholt, Frauen zur Cappel ſeel. cum conſenſu des Herrn Abten zu Werden, als dahin gehöriges Sadelgut, erblich und freywilliglich aus der Hand geſchencket, auch alſo fort vor beeden Gerichten Oldenſeel und Enſchede würcklich abgetreten und eingeraumet worden. Und denn nunmehro wegen dieſer Donation die Herren der Landſchafft Oberyſſel eines zu der Zeit ausgegebenen Placats halber, ſichere Prætenſion zu formiren, vermeynen, auch zu dem Ende ſichern Terminum mir oder meinem Bevollmächtigten anbeſtimmen wollen, als habe &c. Und wie 10) hieraus ſo wohl die cauſa poſſeſſionis als der animus poſſidendi zur Gnüge hervor leuchtet, und an offenem Tage iſt, daß Lambert von Oer nicht ex teſtamento Annæ von Weſterholt, und in ſpecie nicht ex cauſa legati vel fideicommiſſi, ſondern ex cauſa donationis inter vivos ſubſecuta prævio domini directi conſenſu traditione adimpletæ die Poſſeſſion des Guts Mönckinghof ſub qualitate prædii emphyteutici erlangt, und von anno 1640. biß in annum 1665. und an ſein ſeeliges Ende, alſo über die 25. Jahr ruhig continuiret, nachgehends ſolche auf ſeinen Sohn Burckard von Oer, der bey Lebzeiten des Vatters und der

Frau Annâ von Westerholt schon in anno 1644. mit der einen Hand an dem Gut behandet worden, facta apprehensione devolvirt, und von diesem wieder biß an sein seeliges Ende von besagtem 1665sten Jahr, nemlich biß in annum 1678. also continuiret, diese beede demnach solch Gut als ein von Anna von Westerholt unwiederrufflich geschencktes, freyes, ab omni fideicommissi onere immunes und ihrer freyen dispositon, doch nach der Natur, Art und Eigenschafft eines prædii Emphyteutici, unterworffenes Gut über die 30. Jahr
43 besessen; Also ist eine ausgemachte Sache, daß sie ungezweiffelt per possessionem ex justo titulo donationis ab Anna de Westerholt inter vivos factæ, judiciali cessione, transportatione & traditione munitæ, terque quaterque à Domino directo, Abbate Werdensi, repetitæ investituræ renovatione corroboratæ, bona fide nactam & per tot annos continuatam, das utile dominium und Jus Emphyteuticum mediante præscriptione acquirirt.

arg. l. ult. C. de long. temp. præscript. Bachov. *vol. 1. Disp. 29. th. 9. lit. A. & B.*

44 Wann sie es nicht schon vorhin per rei emphyteuticæ traditionem & prævio Domini directi consensu per investituræ renovationem & Canonis à novo Emphyteuta soluti acceptationem satis declarato, judicialiter factam cessionem, ac legitimam successionem, justè erworben hätten, wie unsers Ermessens unzweifelich geschehen, ut vel inde colligi potest, daß Anna von Westerholt ihro bey der auf die vorgangene Behandung beschehene Judicial-Cession und Transportation des Guts auf Lamberten von Oer nichts als die Niessung der von Lambert von Oer aus dem Gut erhebenden, und aus seiner Hand empfangenden commodorum, vorbehalten, welches ein indubitatum signum ist translati in ipsum dominii.

45 Qui enim rem suam alteri donat, retento sibi ad dies vitæ usufructu, dominium omnino in donatarium transtulisse intelligitur, per tex. expressum in

l. 28. C. de donat. ubi ita Impp. *Quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando vel vendendo usumfructum ejus retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, nec quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio, sed omnimodo idem sit in his causis usumfructum retinere, quod tradere. add. l. 35. §. 5. C. eod.* utrobique Brunnemann. cum allegatis. B. D. Frommann. *Disp. de ficta tradit. th. 46.*

46 So dann ist es unstrittigen ausgemachten Rechtens per traditionem ex causa donationis inter vivos à vero domino vel alio ejus jussu aut mandato ut hic, factam transferri dominium plenum vel minus plenum, juxta intentionem tradentis & accipientis

per §. 40. Inst. de rer. divis.

Daß aber hier die traditio des Guts Mön- 47
ckinghof ex causa donationis inter vivos à vera Domina vel ejus jussu à Procuratore speciale mandatum ad id habente geschehen, ist ex superioribus bereits offenbar, und zeigt sich gantz manifest aus den Epithetis, da es eine freye, (h. e. ex mera liberalitate) stete, unwiederrufflich (h. e. animo nunquam, nullaque ex causa, revocandi facta donatio) oder Gabe genennet wird, die aus freyer Hand geschehen, deßgleichen aus dem, daß ja mit keinem jota des künfftigen Todes der Donatricin gedacht worden, daß sie in illius casum collata seyn solle, daß sie nicht allein nur dem Lamberten von Oer, sondern zugleich seinen Erben und Erbnehmen sub nomine appellativo geschehen, welches alles mit der donatione mortis causa keineswegs bestehen kan, sondern lauter prædicata und attributa donationis inter vivos seyn.

vid. Menoch. *de præsumpt. lib. 3. præs. 35. num. 2. 4. 7. 14. 16. 34. 36. 38. 39.* Carpzov. *lib. 5. Resp. 55. n. 9.*

In quam etiam degenerat Legatum, si 48
illud ab ipso testatore vivo simpliciter & absolute, nulla injecta mentione legati, tradatur legatario, ita, ut tum in omnibus jure puræ & perfectæ donationis inter vivos censeatur & judicetur, ex communi Doctorum sententia

per txx. l. 22. ff. de legat. 2. l. 11. C. de legat. l. 84. §. 11. ff. de legat. 1. & authoritates plena manu congestas à Dn. Collega D. Grasso *in Disp. de Traditione relictor. in ult. volunt. à vivo testat. personæ honor. facta. th. 12.* & in ipsis Actis hujus causæ adductas, quibus addant. Guttierez. *in l. nemo potest. ff. de legat. 1. num. 257. & lib. 3. Pract. quæst. 64. num. 2. seq.* Tellus Fernandez. *in leg. 17.* Taurin. *num. 83. 86.* Molina *de primogen. l. 4. c. 2. num. 19.* Sanz. Morquech. *de divis. bon. lib. 3. c. 5. num. 21. & cap. 6. num. 64.* Cancer. *3. var. resolut. 20. num. 55. seqq.* Pichard. *in relect. tit. ff. de legat. cap. 2. num. 24. & in §. legatum. Inst. d. t. num. 21.* Alvarado *de conjecturata mente defuncti lib. 2. cap. 3. §. 1. n. 13. & lib. 3. c. 2. num. 35.*

Derentwegen wann auch gleich das Gut 49
quæst. nemlich der Mönckinghof von Anna von Westerholt in ihrem Testament wahrhafftig, neben dem Gut Dünckelburg Lamberten von Oer wäre legirt worden, so doch nulla ratione von uns eingestanden und zugegeben werden kan, so könnten wir doch nicht anders sagen, denn daß solch Legatum wäre in donationem inter vivos verwandelt worden durch die

die von der Teſtatricin bey ihren Lebzeiten beſchehene Übergabe des Mönckinghofs, ſine ulla commemoratione Legati, mit der ausdrücklichen Declaration, daß ſie ihrem lieben Bruder Lamberten von Oer beſagten Werdiſchen Sadelhof, Mönckinghof genannt, abtrete, cedire und übergebe, Krafft einer freyen, ſteten, und unwiederrufflichen Gabe, welches ſo viel iſt, daß ſie ſolchen Hof ex cauſa antecedentis ſimplicis, veræ & abſolutæ, nullo jure cogente, ſed ex liberrima voluntate, meræ liberalitatis gratia, animo nunquam revocandi, factæ donationis & refutationis auf ihn transferire, wie er dann ſelben, obangezogener Maſſen, auch ex hac donationis inter vivos cauſa, & non ex titulo legati, bekommen zu haben agnoſcirt, und verbis ac factis conteſtirt.

50 Hat nun Lambert von Oer, wie biß dato zur Gnüge ad oculum demonſtrirt, und in den von Seiten der Frau Beklagtin und Appellantin tam in prima, quam ſecunda inſtantia eingegebenen Schrifften weitläufftiger dermaſſen dargethan, daß wir unnöthig halten, uns länger hierbey aufzuhalten, und mehrers ex Actis davon zu repetiren, das Gut Mönckinghof als ſein eignes ab omni onere fideicommiſſi befreyetes Erb-Zins-Gut ex cauſa donationis & refutationis in ipſius favorem factæ à Domino directo per impertitam illi inveſtituram confirmatæ rechtmäßig erworben, und über die 25 Jahr ruhig beſeſſen, auch alſo ſub hac qualitate auf ſeinen ſchon bey ſeinen und der Donatricin Lebzeiten behandeten Sohn Burckardum von Oer jure legitimæ ſucceſſionis transmittiret, und dieſer es gleichmäßig in 13 Jahr lang ſub eadem qualitate beſeſſen, ſo waltet bey uns kein Zweifel, daß er als Dominus (utilis ſcil.) darüber per Pactum dotale aut Teſtamentum zu diſponiren wohl befugt geweſen, und optimo maximo jure ſeiner geweßten Frau Gemahlin, jetziger Frau Beklagtin und Appellantin in denen mit ihr den 15 Jun. 1676. aufgerichteten Pactis dotalibus in die 30. Julii 1678. condito Teſtamento expreſſe confirmatis daſſelbe vermachen können, ohne daß Frau Klägerin und Appellatin das geringſte darwider ex hoc capite, daß das Gut quæſt. ex Teſtamento Annæ von Weſterholt onere fideicommiſſi ihro verhafft, und deswegen zu ihrem Præjudiz von ihrem Herrn Bruder ſeel. nicht alienirt werden mögen, mit Recht moviren könnte, weil ſolches ein gantz irriges, ungegründetes præſuppoſitum, ob wäre quæſtionirtes Gut mit einem fideicommiſs afficirt, und hätte ſie ſpem ſuccedendi in illo minimè ipſi intercipiendam, quo cadente fundamento non poteſt non ſimul corruere jus & aſſertum ipſi ſuperſtructum, juxta commune iſtud dicterium: Collapſa ruunt ſubductis tecta columnis.

Joh. Petr. Surd. *Conſ. 45. num. 20.* Monter. à Cueva *Dec. 32. num. 21.* Gratian. *diſcept. for. 675. num. 17. tom. 4.*

Und vermag Frau Klägerin und Appellatin 51
ſo weniger was dawider erhalten, als ſie ihres ſeel. Herrn Bruders Pacta dotalia, darinn er ſolches Gut ſeiner geweſenen Frau Gemahlin, jetzigen Frau Beklagtin und Appellantin, vermacht, und deſſen Teſtament, worinn er die Pacta dotalia expreſſe confirmirt, mit gar emphatiſchen Worten approbirt, das ihr darinn verſchaffte Legatum angenommen, nach demſelben die Mobilia mit Frau Appellantin getheilet, ſie die Poſſeſſion des Guts quæſtionis willig ohn einige Contradiction ergriffen, und über drey Jahr quiete darinn ſitzen laſſen, alſo die in den Ehe-Pactis und Teſtament enthaltene Verordnungen, in ſpecie die Vermächtniß des Guts quæſtionis an Frau Appellantin verbis & factis in viel Weys und Weg genehm gehalten, deswegen ſie ſolche jetzo anzufechten und zu impugniren ſo weniger befugt und berechtiget, als eine von den Doctoribus communi calculo approbirte und bewährte Concluſion iſt: Quod ſua ſponte agnoſcens voluntatem defuncti, etiamſi illa legibus non ſit ſubnixa, implendi eam neceſſitatem habeat, ut reſcripſerunt Imper. Gratianus, Valent. & Theodoſius,

in l. 16. C. de teſtam.

& quod ultro agnoſcens voluntatem defuncti minus ſolennem atque ex ea ſolvens minime repetere queat, quod ſolvit,

l. 2. l. 23. C. de fideicommiſſ.

neque audiendus, qui teſtamentum etſi invalidum, ſemel approbavit, cum illud ex approbatione ſemel facta, poſtea omnino contra ſe allegari & valere cogatur, imo & approbatio unius capituli totius approbationem inferat.

l. 37. pr. de leg. 3. l. 8. §. 6. de bon. poſſeſſ. contr. tab. l. fin. de inoff. teſtam. d. l. 16. C. de teſtament. Mev. *p. 7. dec. 9.* Moller. *lib. 1. ſemeſtr. c. 20. n. 2.*

Inſonderheit iſt das von Frau Klägerin in- 52
tentirte Remedium *L. ult. C. de Edict. D. Hadr. tollend.* hier bey ſo bewandten Sachen, da ſie zu dem Gut quæſtionis weder einiges Erb-Recht, noch ſonſt ullum alium titulum ex ultima voluntate & teſtamento Annæ von Weſterholt hat, hergegen Frau Beklagtin und Appellantin daſſelbe juſto titulo pactorum dotalium per teſtamentum confirmatorum beſitzt, und Legitima Contradictrix iſt ꝛc. durchaus nicht fundirt, deßwegen Frau Bekl. und Appellantin billig in prima inſtantia von der von Frau Klägerin intentirten Klage abſolvirt werden ſollen, ohnangeſehen deren oben in contrarium angeführten Schein-Gründe, als die nichts in Receſſu haben, und wider bißher ausgeführte deciſion im geringſten nichts operiren mögen.

Denn was die erſte dubitandi rationem anlanget, ſo geſtehet man gerne daß die von Anna von Weſterholt in dem angezogenen Extractu teſtamenti ihrem Vetter Lamberten

von Oer verschaffte Legata, versiculo: Solte es nun dem Allmächtigen GOTT belieben ꝛc. mit einem Fideicommiss, vermöge dessen sie von ihm auf seine Söhne und nach deren Absterben ohne Kinder auf seine älteste Tochter fallen sollen, beschwehret seyen, die Legata aber bestehen in dem Sitz Dünckelburg und denen dazu gehörigen vier Erben und drey Kotten, so dann in den zwey Erben Minsinck und Volberth, und kan darunter das Werdische Erb- Pfacht- und Behandigungs-Gut, Mönckinghof genannt, nicht gezogen werden, weil solches schon vorhin von der Testirerin dem Legatario refutirt, inter vivos donirt, cedirt, transportirt, und er von dem Domino directo damit investirt und behandet gewesen, deßwegen selbiges ihm nicht mehr legirt werden können,

Cum enim dominium non nisi ex una causa acquiri possit

l. 3. §. 4. ff. de acq. vel amitt. poss.

sequitur inutile esse legatum rei, cujus dominium quis jam tum habet vel tempore conditi testamenti, vel tempore mortis, quia priori casu ab initio legatum consistere nequit, nec tractu temporis propter regulam Catonianam reconvalescere potest, licet postea dominus esse desierit.

l. 41. §. 1. de leg. 1.

Posteriori vero casu Legatum ideo non subsistit, quia res jam antequam dies legati cedit, legatarii propria facta est, unde ex illa causa, quod scil. res mea amplius mea fieri haud queat, corruit legatum, si legatarius post conditum testamentum ex causa lucrativa v. gr. donatione, rem acceperit & acquisiverit.

l. 87, de legat. 2.

54 Massen dann auch in dem Testament Annä von Westerholt kein Wort oder Titul davon, daß sie Lamberten von Oer das Gut Mönckinghof legire, sondern sie hat die vorhin beschehene Donation, Cession und Transportation desselben an ihne Lamberten von Oer darinn ex abundanti & superfluo confirmirt, dadurch aber selbige durchaus nicht in aliam speciem, Legatum nempe verwandelt worden, sondern in seiner vorigen substantia & forma unverändert geblieben per rationem decidendi sextam.

55 Wie nun diß Gut Mönckinghof nicht unter den Legatis ist, also ist es auch nicht unter dem Fideicommisso, damit jene beschwehrt, begriffen. Und obwohl, also ad secundam dubitandi rationem zu kommen, Frau Anna von Westerholt, beedes von dem Gut Dünckelburg und dem Mönckinghof disponirt, so ist solches doch diverso plane modo geschehen, das Gut Dünckelburg und die dazu gehörige vier Erben und drey Kotten, sodann die zwey Erben Minsinck und Vollbert hat sie legiret, des Guts Mönckinghof längst vorhin beschehene Donation hat sie ex abundanti in testamento confirmirt, ohn daß sie dadurch die an sich kräfftige Donation in ein Legatum verwandeln wollen, wie sie solches in der würcklich erfolgten Ubergab und Abtretung der Possession deutlich zu erkennen geben, indem sie ausdrücklich contestirt, daß selbige von ihr geschehe in Krafft einer freyen, steten, unwiederruffl.ichen Gabe oder Donation, deßwegen weil sie allein obberührte Legata, so das Gut Dünckelburg, die vier dazu gehörige Erbe, und dann die zwey Erbe Minsinck und Volberth, in denen auch der gebrauchte Numerus pluralis, da Frau Testatrix saget: Obberührte Legata &c. schon gnugsam, als in zerschiedenen legirten Stücken und Gütern verificiret wird, mit dem fideicommisso afficirt, ist solches auf diß geschenckte Gut Mönckinghof nicht zu ziehen, noch zu extendiren.

Ist nun das Gut Mönckinghof von dem fi- 56
deicommiss befreyet und ohnbeschwehrt geblieben, und simpliciter ohn alle condition auf Lamberten von Oer per donationem inter vivos transferirt, auch also von ihm auf seinen Sohn Burckardt von Oer legitimæ successionis jure wieder devolvirt, hat er dasselbe nach seinem Gefallen seiner geweßten Frau Gemahlin per Pacta dotalia aut Testament. vermachen können. Mithin fallen von selbst die in tertia dubitandi ratione angezogene Jura de prohibita & interdicta alienatione bonorum fideicommisso obnoxiorum, als die in sich gantz richtig und unverwerfflich, aber incongruè auf diß freye Gut, so mit keinem fideicommiss beschwehrt, appliciret werden.

Folget nunmehro

Die andere Frage:

Ob, gesetzt, daß berührtes Behandungs- 57
Gut von Anna von Westerholt in ihrem Testament mit einem Fideicommiss beschwehret gewesen, solches nicht durch den von ihr nachgehends aufgerichteten codicill, und sonst multis aliis modis wieder aufgehebt worden und demnach ein freyes Gut geworden sey, davon ermeldter Burckardt von Oer frey zu disponiren, und selbiges seiner geweßten Frau Gemahlin, jetztmahliger Frau Appellantin, zu verschencken Fug und Macht gehabt?

Da es dann an dem, daß wann man gleich 58
den ungestandenen Fall setzet, daß das Erb-Pfacht- und Behandungs-Gut Mönckinghof von Anna von Westerholt in ihrem Testament, neben dem Gut Dünckelburg Lamberten von Oer legirt, und mit dem fideicommiss afficirt worden, vermöge dessen es von ihm auf seine Söhne nach einander und endlich nach aller deren Tod ohne Kinder auf die

älteste

älteste Tochter Frau Klägerin und Appellatin kommen und fallen sollen, wäre doch die Clausula fideicommissaria, dadurch Frau Klägerin nach tödtlichem Abgang ihrer Brüder ad successionem in dem Gut Mönckinghof vocirt worden, durch den von ihr hernach in anno 1648. aufgerichteten Codicill wieder aufgehoben worden, mithin hatte Lambert von Oer und dessen Sohn Burckardt von Oer freye Hand bekommen, davon nach Belieben zu disponiren, und es seiner Gemahlin pro arbitrio in Pactis dotalibus aut Testamento zu vermachen, angesehen sie in gedachtem ihrem Codicill ausdrücklich disponirt, weil sie sich erinnere, daß sie in ihrem verschlossenen Original-Testament eine Clausul gesetzt, derowegen nach ihrem tödtlichen Hintritt zwischen ihren inngesetzten Erben Herrn Burckardt von Westerholt, Herrn zu Lembeck, und ihrem Legatarien Lambert von Oer, und den ihrigen einig Mißverstand oder Irrung solle einfallen können, die zu verhüten und abzukehren, wolle sie, daß die ihrem Testament inserirte Clausul, die da anfange jedoch, ꝛc. biß zum Ende hiemit nichtig seyn solle ꝛc. Wann nun die Clausula Testamenti anfangend: Jedoch ꝛc. biß zum Ende cassirt und aufgehoben seyn solle, so ist auch die Clausula substitutionis fideicommissariæ, qua, in casum mortis filiorum Lamberti de Oer sine relictis heredibus, dessen älteste Tochter, so jetzige Frau Klägerin und Appellatin zu den legirten und mit dem Fideicommiss afficirten Gütern vocirt worden, zugleich mit cassirt und aufgehoben, denn dieselbe in dem Testament nach dem Versiculo: Jedoch ꝛc. vor dem Ende enthalten, wie der Augenschein gibet, zumahl da die Frau Testirerin bezeuget, daß sie solche Clausulam der Ursach insonderheit revocirt, weil selbige zwischen ihrem eingesetzten Erben Herrn von Westerholt und Lembeck, und dem Legatarien Herrn Lambert von Oer, und den Ihrigen, Mißverstand und Irrung erwecken möchte, zu deren Verhütung sie dieselbe revociren wolle, dergleichen Mißverstand und Irrungen zwischen dem eingesetzten Erben Herrn von Westerholt und Lembeck, und dem Legatario Herrn Lambert von Oer, sodann den Ihrigen viel eher die Clausula substitutionis fideicommissariæ, qua in defectu filiorum vocata fuit filia, erwecken können, als was in den antecedentibus verbis disponirt, daß derselbe so von des Legatarien Lambert von Oer zweyen jüngern Söhnen, die obspecificirte Vermachung und Gifft bekommen würde, selbige gegen den ihm aus den Kackesbeckischen Gütern competirenden kindlichen Antheil compensiren, und nach Betrage des obgemeldten Legati denselben daraus zu fordern nicht mächtig sey, oder je destoweniger empfange; Denn diese Disposition wohl unter des Lamberts von Oer Kindern endlich, dem Ansehen nach aber nicht zwischen dem Herrn von Westerholt und Lamberten von Oer, und den Ihrigen, Mißverstand und Irrung causiren mögen.

Daß aber von Seiten der Frau von Quad 59
in Novemplicis hierwider eingewandt wird, daß Frau Anna von Westerholt ja ausdrücklich melde, daß sie in so weit ihren Willen verändere, daß nemlich Lambert von Oer oder die Seinigen, der Testatricis Groß-Vaters und Vaters Schulden aus dem Dünckelburgischen und dazu gehörigen Gütern abführen solle, davon sie ihn doch in dem Testament befreyet gehabt, deme noch heutiges Tages auch also nachgelebet, und aus erwähnten Gütern die oberzählte Schulden bezahlet werden, wie Gegentheil selbst nicht läugnen werde; Thut nichts zur Sache, indem nächst des vorigen Passes Revocation dieses erst in sequenti Paragrapho des Codicills, anfangend: Weil dennoch ꝛc. disponirt, und dadurch die Clausul des Testaments Lamberten von Oer von Bezahlung der Schulden aus den Dünckelburgischen Gütern befreyend, und solche dem instituirten Erben auflegend ebenmäßig dergestalt geändert worden, daß, weil der Erbe dadurch gar zu sehr beschwehret werde, Lambert von Oer selbst die auf dem legirten Gut Dünckelburg hafftende, von ihrem Groß-Vater und Vater herrührende Schulden bezahlen, ihr Erbe aber ihre Privat-Schulden abtragen solle, aus der Coppel und dabey bleibenden Gütern, wie aus dem Codicill gantz klar zu sehen. Deswegen wir dann, so viel wir noch zur Zeit können aus dem producirten Extract des Codicills judiciren und abnehmen, anders nicht salvo quocunque aliorum judicio, erachten können, als daß die Substitutions-Clausul, per quam Domina Actrix ad fideicommissum vocata fuit, unter dem versiculo: Jedoch ꝛc. anfangend, welchen Testatrix biß zu Ende aufgehoben, und daß er nichtig seyn solle, sich in Codicillis expressis verbis erklärt, begriffen mit revocirt sey, es wäre dann, daß die Antecedentia & Consequentia gantz ein anders zeigeten, davon wir nicht urtheilen können, weil wir bloß allein den Gerichtlich producirten Extract des Testaments und Codicills gehabt, und wohl wünschen mögen, daß wir das gantze Testament und Codicill zu sehen und lesen bekommen, um desto besser ex antecedentibus & consequentibus davon zu judiciren.

Weil aber ad primam quæstionem mit 60
mehrerem bereits dargethan, daß nimmermehr dafür gehalten werden könne, daß der Mönckinghof Lamberten von Oer, von Anna von Westerholt in ihrem Testament legirt, und mit einem Fideicommiss, Krafft dessen er auf Frau von Quad fallen und kommen solle, afficirt sey, wollen wir uns hierbey nicht länger unnöthig aufhalten, sondern mit wenigem gleichfalls nur noch gedencken, daß, wann gleich gesetzt den ungestandenen Fall, auch diß Gut

Mönckinghof legirt, mit dem Fideicommiſs ſolcher Geſtalten, daß es auf die Frau von Quade nach ihrer Brüder Tod und Hintritt ohn Erben fallen ſollte, afficirt, und das Fideicommiſs durch den Codicill nicht revocirt worden wäre, es nichts deſtoweniger dadurch revocirt und abolirt wäre, daß die Frau Teſtirerin noch bey ihren Lebzeiten ſo wohl dem in gemeldtem ihrem Teſtament eingeſetzten Erben, dem Herrn von Weſterholt die Erbſchafft Gerichtlich abgetreten und cedirt als dem Legatario Lamberten von Oer nicht nur den Hof quæſtionis, ſondern auch die andere legirte Güter übergeben, mithin das gantze Teſtament abolirt, aufgehoben und revocirt, Geſtalten von den Dd. dieſes vor eine richtige Lehr gehalten wird:

61 Quod ſi Teſtator vel Teſtatrix in teſtamento vel ultima voluntate, univerſali Inſtitutionis heredis, aut particulari legati vel fideicommiſſi ſingularis titulo relicta vivus ſimpliciter perſonis honoratis præſtiterit aut tradiderit, traditio iſta totius teſtamenti atque in eo factæ heredis inſtitutionis, relictorumque legatorum aut fideicommiſſorum everſionem & revocationem poſt ſe trahat, & ut prior titulus heredis inſtitutionis & legati in donationem inter vivos tranſeat ac degeneret, operetur.

arg. l. 22. ff. de legat. 2. l. 84. §. 11. ff. de legat. 1.

Qui textus id evidentiſſimè probant de legato, ejusque à vivo teſtatore legatario facta præſtatione, ceu conceptis verbis de eo loquentes & ſatis clare id innuentes, quod legatum per ejusmodi traditionem ab ipſomet Teſtatore in vita ſua ſimpliciter factam in donationem inter vivos convertatur, nihil autem prohibet aut obſtat, quo minus iidem etiam ad heredis inſtitutionem extendantur, & de eadem idem quoque aſſeratur, ex rationis identitate, quæ caſibus utut in facto ſeparatis, in medio concludendi tamen coincidentibus eandem ſuadet & operatur deciſionem.

l. 32. ff. ad Leg. Aquil. l. 9. §. 2. ff. de edend.

Unde & caſus ſub ratione legis comprehenſus in lege ipſa comprehenſus ac deciſus intelligitur

Roſenthal. *de feud. cap. 12. concluſ. 19. num. 19.*

Pluribus id probare, & tam rationibus, quam authoritatibus confirmare ſatagit Dn. Collega D. Graſs *cit. Diſp. de Traditione relictor. in ult. volunt. à vivo teſtat. perſonæ honoratæ facta. th. 16. ad quem remiſiſſe ſufficiat, ne ibi diſcuſſa hic repetamus præter neceſſitatem. Oſtendit idem etiam in ſeqq. th. 17. 18. &c. quod hanc abolitionem, everſionem & revocationem teſtamenti & heredis inſtitutionis, quam operatur traditio talis à vivo teſtatore heredi & legatariis ſimpliciter facta, per neceſſariam conſequentiam ſequatur deſtructio & revocatio omnium cæterorum capitum, quæ præter heredis inſtitutionem in teſtamento ſcripta fuere, in ſpecie legatorum & fideicommiſſorum caſſatio & revocatio, reique legatæ ab onere fideicommiſſi in teſtamento ei, qua tali, ante impoſiti liberatio.*

Wenigſtens wäre indubitatò durch die von 62
Frau Anna von Weſterholt bey ihren Lebzeiten geſchehene Übergab des Mönckinghofs Krafft einer freyen, ſteten und unwiederruffl'chen Gabe, wann man gleich ſetzet, daß er in ihrem Teſtament legirt, und fideicommiſſo, auch in favorem Actricis afficirt, der titulus legati in titulum donationis ſimplicis & abſolutæ inter vivos convertirt, mithin das dem per traditionem à viva teſtatrice factam abolirten und in donationem inter vivos convertirten Legato annectirte fideicommiſs caſſirt und abolirt.

arg. d. l. 22. & l. 84. §. 11.

Ubi enim non tenet legatum, nec durabunt ea, quæ legato cohærent, & propter legatum facta ſunt, adeoque nec onus fideicommiſſi legato impoſitum aut adjectum tenebit.

arg. l. 37. pr. §. 1. ff. de legat. 3. ibid. Gloſſa & Bart. *l. 28. ff. de adim. & transf. legat.*

Und wird ſich 3.) klärer ergeben und an Tag 63
legen, ob Lamberts von Oer hinterlaſſene Kinder ſolches nicht ſelbſt agnoſcirt, wann der Brüder- und Schweſterliche Theilungs-Vergleich producirt wird, ſo zwiſchen gedachten Lamberts von Oer Söhn und Töchtern nach des Vaters Tode getroffen worden, vermög deſſen dem älteſten Bruder Gisbert von Oer das Haus Kakesbeck, Wennemar von Oer an Geld . . . . Rthl., Burckard von Oer das Gut Dünckelburg und Mönckinghof aſſignirt, ſodann einer jeden Schweſter 3000 Reichsthaler an ſtatt der Erbs-Portion gegeben worden ſeyn ſolle. Denn wann es ſich mit ſolcher Theilung alſo verhält, wie von Frau Beklagtin Appellantin in ihren Schrifften angeführt, möchte nicht unbillig erachtet werden, weil dergleichen Theilungs-Vergliech mit dem Fideicommiſs faſt nicht compatibel, daß ſie Geſchwiſtrige das Fideicommiſs, wann es bißdahin beſtanden, einander remittirt und aufgehoben. Welches aber der producirende Theilungs-Verglich künfftig wird lehren, deſſen, wie auch Frau Klägerin Verzichts-Notul oder Inſtrumenti Renunciationis paternæ, maternæ & fraternæ hereditatis Edition Rechts-befugter Weyſe geſucht und verlanget worden, woraus ſich ergeben wird,

ob

ob Frau Klägerin nicht gleich ihrer Schwester nahmentlich auf das Gut q. renunciret.

Wann aber selbiges gleich nicht expresse darinn geschehen, stehet ihro doch sehr entgegen die von ihr verbis & quidem valde emphaticis ac factis zu verschiedenen mahlen beschehene approbation ihres Herrn Bruders, mit Frau Beklagtin und Appellantin aufgerichteten Ehe-Pacten und Testaments, sodann deren darinn beschehenen Vermächtniß des Guts quæstionis Genehmhaltung, wie sub gravamine *11. & 12.* weitläufftig remonstrirt, Uns darauf geliebter Kürtze halben beziehend. Weil dann nach bißheriger Ausführung, wann ja gleich öffters berührtes Behandungs-Gut mit einem Fideicommiss beschwehrt gewesen, solches doch durch den nachgehends aufgerichteten Codicill, ja vorhin durch die würckliche Ubergab desselben von der Testatricin in ihren Lebzeiten, durch die getroffene Schwester- und Brüderliche Theilung, wieder aufgehebt worden, und dasselbe von Burckard von Oer, wie er vielfältig klar zu erkennen gegeben, als ein freyes Gut besessen, hat er selbiges seiner Gemahlin zu vermachen gut Fug und Macht gehabt, kan auch solche Vermachung so weniger von Frau Klägerin mehr angefochten werden, als sie selbige multis modis approbirt und ratificirt.

64 Certum enim est, quod cuilibet permissum ac concessum sit jus suum, quod forte contra testamentum habet & intendere possit, cum effectu remittere, quo facto obtinet regula, quod qui semel remisit jus suum, nequeat amplius illo uti

l. 1. §. 6. de succeſſ. Edict. l. 14. §. 9. de Ædil. Edict.

65 Quæ remissio in præsenti casu eo fortior censenda, quod ea non semel, sed aliquoties verbis & quidem tam emphaticis ac factis repetita sit, quo casu si non quod semel, multo minus quod pluries, totiesque placuit, displicere potest ac debet.

c. 21. de reg. jur. in 6. l. 10. ff. qui ſatisd. cog.

notum quippe, quod ex actu reiterato & toties repetito arguatur certa & deliberata voluntas reiterantis

Barbos. *theſ. locupl. lib. cap. ax.*

& ideò deinde tanto minus contra eam veniens audiendus.

66 Ist noch übrig mit wenigem

Die dritte Frage

zu berühren:

Ob Burckarden von Oer nicht die Gemeine Rechte, so die Succession in Emphyteusi Ecclesiastica ad heredes sanguinis restringiren, darinn zuwider gestanden, daß er das Gut quæst. seiner Gemahlin nicht vermachen mögen?

Bey deren wir kürtzlich der beständigen 67
rechtlichen Meynung seyn, daß ihm die Rechte darinn durchaus nicht zuwider gestanden seyn.

Denn obwohl viele davor halten, quod 68
Emphyteusis Ecclesiastica in rebus Ecclesiæ constituta ad tertiam solummodò generationem accipientis porrigatur,

Nov. 7. c. 3. pr. & c. 7.

ac quamvis jure novo in perpetuum & in infinitum pro descendentibus concedi queat, non tamen ad heredes extraneos transeat,

Nov. 120.

in eoque differat à Civili Emphyteusi in rebus secularibus constituta, quæ perpetua & ad quoscunque heredes transitoria

§. 3. Inſt. de locat. conduct. l. 1. pr. ff. si ager vectigal.

ut quidem communem hanc opinionem esse & in consulendo judicandoque sequendam refert & sequitur

Clar. *§. Emphyteusis. quæſt. 28. num. 8.* Dec. *in c. in præsentia. §. sit ergo conclusio. X. de probat.* Covarruv. *lib. 2. var. resol. 17. num. 5.* Colleg. Jur. Argent. *ad d. tit. ff. si ager vectig. th. 40. 44.* Obrecht. *Disp. de Jur. Emphyteut. sub rubr. de forma Emphyteus. th. 92. seqq.* Bocer. *cl. 1. Disp. 15. th. 49.*

So ist doch diese Meynung und gemachte 69
Differenz inter Civilem & Ecclesiasticam Emphyteusin in Rechten durchaus nicht gegründet, sondern es kan so wohl Emphyteusis Ecclesiastica als Civilis auch privatis in perpetuum oder ad certum tempus gegeben werden.

Nov. 120. c. 6. §. 1. ibi: *sed & perpetuo &c. c. 7. x. de reb. Eccleſ. non alien.*

Und ist beyderley sive utraque species sua 70
natura ad quosvis heredes transitoria, non attento, utrum simpliciter, an verò Emphyteutæ & heredibus, vel Emphyteutæ & heredibus quibuscunque concessa Emphyteusis fuerit. Semper enim, quocunque illorum modorum uno concessa fuerit, ad heredes non tantùm descendentes, sed quoscunque, etiam extraneos, transire eandem dicendum est, cum alias paciscentes non sibi solum, sed & heredibus suis qualibuscunque, omninò prospicere voluisse videantur ac intelligantur.

l. 9. ff. de probat. 2. F. 18.

Wie gantz wohl observiren 71

Harpprecht. *ad §. 3. Inſt. de locat. conduct. num. 176. 184. seqq.* Bachov. *vol. 1. ad Treutl. Disp. 29. th. 10. lit. A.* Franzk. *de laudem. cap. 9. num. 49. seqq.*

seqq. Strauch. *Dissert. ad univers. Jus Justin. 15. th. 24.* ibique Thomas. Ludwell. *Ex. 13. th. 7. lit. i.* Ziegler ad Lancell. *Inst. lib. 2. §. 7.* B. D. Lauterbach. *ad tit. ff. si ager vectig. th. 16.* Klock. *vol. 2. Cons. 47. num. 77. seqq.*

72 Welches hier bey diesem Werdischen in Emphyteusin ab Abbate Werdensi, cum consensu totius Conventus & Capituli, (testantibus literis Investituræ ab Hermanno Abbate Werdensi anno 1564. d. 9. Junii Hermanno de Westerholt concessis, verbis: Wir Hermann von GOttes Gnaden Abt, Antonius Prior, Paulus Kelner, Stephanus, Henricus, Fridericus Seniores, Rabanus Custos und fort wir samentliche Capitels Personen des Stiffts Sanct Ludgers zu Werden, thun kund,) concedirten Sadelhof, der Mönckinghof genannt, desto eher und mehr anschlägt, als derselbe ausdrücklich zu einem Erb-Pfacht-Gut nicht nur gedachtem Hermann von Westerholt, sondern auch dessen Erben, Erbfolgern, und Nachkommen, (testibus prædictis literis Investituræ, ibi: Und wann Vielged. Westerholt nach dem Willen des Allmächtigen in GOtt verstorben, soll alsdann obbemeldten Westerholts Erbfolger &c. & ibi: Daß vielgemeldter Westerholt vor sich und seine Erben &c. Rursus ibi: Sollen Westerholt und seine Erben, von Erben zu Erben, &c. quorum nomine utique non tantum heredes sanguinis & descendentes, sed heredes quicunque, etiam extranei, veniunt, ut oppido id probant & evincunt Investituræ ab Abbate Hugone Bartholdo de Freytag, & Lamberto de Oer factæ, quæ satis declarant, in qua significatione vox heredum in anterioribus Investiturus usurpata, nempe in communi & vulgari significatione, qua designat quemlibet, quem quis aut ex propria aut legis dispositione habet Juris Successorem, hoc est, non tantum liberos & descendentes, aliosque proximiores ab intestato succedentes Ascendentes Agnatos & Cognatos, verum etiam extraneos quascunque heredes institutos.

Aug. Barbos. *tract. de verborum appellativa signific. voc. heres num. 40.* addatur Vinc. Fusar. *de substit. quæst. 318. & quæst. 339. num. 2. seq. per tot.*)

gegeben worden, und die uhralte Observanz und Gewohnheit nicht nur in den bereits angezogenen Exempeln des Bartholdi von Freytag zu Sandfurth und Lamberten von Oer, sondern auch in andern längst vorher gegangenen Exempeln des Hermanni von Coppel Gerhard von Sassen Tochtermanns, des Burckardi von Westerholt, des Philipp Arnolden von Virmund zu Bladenhorst gnug und überflüßig bezeugt und bestätiget, daß auch Extranei heredes damit öffters behandet worden seyn.

Deßwegen dem letztern Besitzer des Guts 73
quæstionis nichts im Wege gestanden, daß er nicht den so viel Jahr von ihm und seinem Vatter ex titulo donationis inter vivos ipsi factæ, als ein freyes Gut, besessenen Hof cum Pertinentiis seiner Frau Gemahlin in den Pactis dotalibus und nachgehends aufgerichteten Testament vermachen, und sie damit behanden lassen dürffen, wo wider dessen Frau Schwester so weniger mit einigem Nachdruck waß moviren kan, als sie sothane disposition wohlbedächtlich an leiblich geschwohrnen Aydes statt vermittelst eines ausführlichen und in expressiven terminis abgefaßten Renunciations-Scheins Gerichtlich approbirt, das ihr darinn vermachte Legatum würcklich angenommen und sich damit vergnügt, auf alle dagegen habende Forderunge, Recht und Streit renunciret, Frau Beklagtin und Appellantin in ruhige Possession des ihr vermachten Guts kommen, und drey gantzer Jahr darinn ruhig sitzen lassen, und gegen diejenige, so sie darinn zu turbiren sich unterwunden, Ihro mit Rath und That würcklich assistirt.

Bey welcher der Sachen Bewandtniß, wir nochmahls, salvo aliorum judicio ac suffragio, anders nicht erachten können, denn daß Frau Appellantin zum Ob-Sieg und erfreulichen Reformatoria in hac Instantia gute Hoffnung zu schöpffen.

Welches wir zu verlangter Rechtlichen Nachricht dienstlich nicht verhalten, und alles den Rechten gemäß zu seyn mit Unserer Facultæt gewohnlichen Insigel bekräfftigen wollen.

Actum in Collegio nostro d. 22. Septembr. 1698.

CON-

CONSILIUM LXXV.

De

Privatione Legatorum, ob eorum possessionis apprehensionem privata authoritate, a personis honoratis factam, an hodie, & quatenus locum habeat?

SUMMARIA.

1. *Si Legatarius propria authoritate, violenter vel clam, & ita etiam singulari violentia rem legatam apprehendit, actio legati ipsi denegatur.*

2. *Si namque privatis, ut sibi jus dicerent, permitteretur, nunquam judiciis suus constaret honos, nusquam legibus sua authoritas.*

3. *Merito ergò autodice, tanquam pestis Pacis publicæ pernitiosissima, & turbarum, tumultuum, seditionum cædiumque causa, Legibus invisa & prohibita est.*

4. *Unde qui debitum à debitore non fugiente per vim extorquet, jus crediti amittit.*

5. *Qui rem mobilem, quam suam putat, imprudens juris, eo animo per vim abstulit, quasi id domino liceret, dominio suæ rei cadit. Sin autem aliena res sit, restitutionem ejus, etiam æstimationem præstare cogitur.*

6. *Nec circa personam invasoris refert, cujuscunque sit sexus aut conditionis.*

7. *Nec multum interest, palam an clam facta fuerit invasio.*

8. *Multi quidem hactenus dictorum usum & observantiam hodiernam in dubium vocant.*

9. 10. 11. 12. 13. *Viridis tamen Legum, autodicen ita punientium, usus stabilitur atque ostenditur.*

14. 15. 16. 17. *Limitantur tamen hactenus adducta, si Legatarius propria authoritate capiat Legatum post aditam hereditatem.*

18. *Aut nisi Legatarius in continenti doceat de Legato, ejusque diem ante aditam hereditatem cessisse. junct. num. 19. 20.*

21. *Heredes distinguuntur in necessarios & voluntarios, illi rursus in necessarios simplicieter tales, & suos ac necessarios simul. Voluntarii sive extranei heredes sunt, qui non sunt in potestate testatoris, sive sanguine juncti sint, sive non.*

22. 23. *Hereditatis aditio est actus, quo is, cui hereditas delata, voluntatem de ea suscipienda, declarat signis externis.*

25. *Hinc adeundi animus nullum producit effectum, nisi foras prodierit.*

26. *Hodie ante trigesimum diem hereditas non suscipitur, nec ante testamenta publicantur. add. num. sqq.*

30. *Si legatarius aliquam rem subtraxit heredi, quæ non erat legata, sed pro legato, in quantitate aut genere consistente, obligata, ille solum jure hypothecæ, quod habebat in illa re, cadit.*

31. 32. *Non admittenda est probatio ejus, quod probatum non relevat.*

33. *Pro consequendo legato quantitatis aut generis, competit actio personalis ex testamento, cum qua alternativè concurrit actio hypothecaria.*

34. *Uxor, quæ marito de suis & uxoris bonis simul testanti consensit, marito mortuo dispositionem illam mutare nequit.*

35. *Præsertim, quando illa heres ex asse est instituta, voluntatemque ultimam mariti agnovit & hereditatem adiit. add. num. 36.*

37. *Malitiis non est indulgendum.*

38. *Sed iis obviandum.*

39. *Monitum Davidis Mevii ad Judicem conscientiosum & cordatum de litibus abbreviandis.*

40. *Legata cum usuris à tempore moræ, juxta naturam actionis ex testamento, bonæ fidei actiones in hoc imitantis, sunt exsolvenda.*

Urthel.

IN Sachen Rechtens sich haltend zwischen Seel. Rittmeister Christoph Oppermanns hinterlassener Wittwen Erben, Beklagten Appellanten und Leuteranten Eines, entgegen und wider gedachten Rittmeister Oppermanns Legatarten Klägern, Appellaten und Leuteraten andern Theils beederseits in Actis benannt, erkennen wir Fürstlich Stifft-Hildesheimische Verordnete Cantzler und Räthe, allem Gerichtlichen Fürbringen nach auf eingehohlten Rath auswärtiger Unpartheyischen Rechtsgelehrten, mit Urtheil zu recht, daß Leuteraten sich durch Ergreiffung der Possession des Oppermannischen Brau- und Wohn-Hauses auf der Almen-Strassen in Hildesheim, Ihrer von ermeldtem Rittmeister in seinem den 15. Novembr. anno 1683. aufgerichteten Testament verschafften, und von seiner Wittib nachmahls in ihrem den 13den Octobr. errichteten Testament nichtig revocirten Legaten, alles Gegentheiligen Einwendens ungehindert, keineswegs verlustig gemacht haben, sondern Leuteranten nunmehro ohne weitere Verzögerung inner sechs Wochen den Leuteraten die Ihnen von besagtem Rittmeister Oppermann in seinem Testament verschaffte Legata sammt den Zinsen von Zeit der Oppermannschen Wittiben Tode, als à tempore moræ, zu entrichten schuldig und verbunden, oder im Wägerungs-Fall der Execution gewärtig, die Unkosten aber aus Bewegniß gegen einander compensiret und verglichen seyn sollen.

RATIONES DECIDENDI.

DIe Ursachen, so Uns in Sachen Rittmeister Oppermanns Legatarien, wider dessen hinterlassener Wittwen Erben, also zu sprechen, wie vorstehende Urtheil enthält, bewogen, bestehen kürtzlich darinn.

1 Daß ob zwar 1.) nicht ohne, daß in

L. 5. C. de legat.

klar versehen, quod si Legatarius propria authoritate violenter vel clam, & ita etiam singulari violentia, rem legatam apprehenderit, actio legati ipsi denegari & sic legato privari debeat. Idque quia si quis aliquod Jus de quacunque re vel facto contra aliquem se habere putaverit, Judicem vel Magistratum adire debet, & per eum, quod sibi deberi existimat, reposcere.

Idcirco enim Judiciorum vigor, Jurisque publici tutela ut ajunt Impp. Honorius & Theodosius

in leg. 14. Cod. de Judæis & Calicol.

videtur in medio constituta, ne quisquam sibi ipsi vindicare valeat ultionem. Certè in re propria iniquum admodum est, alicui licentiam tribuere jus sibi ipsi dicendi.

Leg. 1. Codic. ne quis in sua causa judic.

Si namque privato cuivis, ut sibi jus di- 2
ceret, permitteretur, nunquam sanè Judiciis suus constaret honos, nusquam legibus sua authoritas: Quinimò omnium Civium tenuiorum bona libidini & avaritiæ potentiorum exponerentur, qui postea sine difficultate sub prætextu debiti aut juris in re quapiam sibi constituti per vim tenuioribus sua eriperent, illosque jure suo spoliarent.

Non concedendum esse singulis, quod per Magistratum possit publice fieri, bene & recte inculcat Paulus JCtus

in l. 176. ff. de reg. jur.

addens rationem, ne occasio sit majoris tumultus faciendi, à qua non multum abludit ratio, quæ redditur

in l. 13. §. 3. de usufruct.

Cur ad arma & rixam patiatur procedere Prætor, quos potest sua Jurisdictione componere? Tumultum autem quem evitari vult Jurisconsultus Paulus, eleganter & ad hanc ipsam rem sic describit Constantinus Imperator

in l. 6. Cod. ad Leg. Jul. de vi public. & privat.

Multa

Multa, inquiens, facinora ſub uno violentiæ nomine continentur, cum aliis vim inferre tentantibus, aliis cum indignatione reſiſtentibus, verbera, cædesque crebro deteguntur admiſſæ.

3 Merito ergo autodikia tanquam peſtis pacis publicæ pernitioſiſſima, & turbarum, tumultuum, ſeditionum, cædiumque cauſa, legibus inviſa & prohibita eſt. Quicunque itaque propria & privata authoritate, vel potius temeritate ſibi ipſi jus dicit, vel propria authoritate illud vindicat, occupat, aut alio modo per vim ſurripit, in quo commode Magiſtratus ſententiam expectare potuiſſet, juris ſui, quod in illo vel ad id habuit,
4 amiſſione mulctatur. Unde qui debitum à debitore non fugiente per vim extorquet, jus crediti amittit,

l. 12. §. 2. l. 13. ff. quod met. cauſa.

5 Qui rem mobilem, quam ſuam putat, imprudens juris, eo animo per vim abſtulit, quaſi domino liceret etiam per vim rem ſuam à poſſeſſoribus auferre, dominio rei ſuæ cadit; ſin autem aliena res ſit poſt reſtitutionem ejus, etiam æſtimationem ejusdem præſtare cogitur.

§. 1. Inſt. de vi bon. rapt. l. 7. C. unde vi ubi Impp. ſimiliter ita reſcribunt:

Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut poſſeſſionem rerum apud Fiſcum vel apud homines quoslibet conſtitutarum, ante adventum Judicialis arbitrii, violenter invaſerit, Dominus quidem conſtitutus poſſeſſionem, quam abſtulit, reſtituat poſſeſſori, & dominium ejusdem rei amittat. Si vero alienarum rerum poſſeſſionem invaſit, non ſolum eam poſſidentibus reddat, verum etiam æſtimationem earundem reſtituere compellatur.

add. l. 4. C. fin. regund. l. pen. & l. ult. ff. ad L. Jul. de vi priv. l. pen. C. de loc. conduct. l. 6. C. ad L. Jul. de vi publ. Nov. 60. c. 1. ubi ſimiles conſtitutiones.

6 Nec circa perſonam invaſoris refert, cujuscunque ſit ſexus aut conditionis, nam nec fœmina, nec miles, nec ruſticus hîc excuſatur, quoad iſtam pœnam, ſi tale quid attentaverint.

poſt Bald. Alber. de Roſate, Raph. Fulgoſium, Angelum, Aretinum, Menoch. *de recup. poſſ. remed. 9. n. ult.* Mev. *p. 4. dec. 218. num. 1.* Hahn. ad Weſenbec. *tit. de vi bon. rapt. n. 4.* Brunneman. *Ex. 24. ad Inſtit. th. 2.*

7 Nec multum intereſt, palam an clam facta fuerit invaſio, nam licet *l. 7. Cod. unde vi.* nominatim de violenta invaſione loquatur, ac violenta invaſio videatur illa, quæ palam fit, attamen qui clam ſeſe ingerit in alienas ædes, fundumve, à pœna d. Conſtitutionis nequaquam excuſatur, vi enim factum videtur, quod inſcio & invito domino factum eſt.

l. 5. pr. ff. de acquir. vel amitt. poſſ. l. 4. §. 25. de uſurp. & uſucap. l. 13. ff. quod met. cauſ. Mev. *p. 4. dec. 219.* ubi in terminis de eo, qui præſentibus Notario & teſtibus fundum oppignoratum abſente & ignorante debitore ingreſſus.

Und ob gleich 2.) viele hodiernum harum Le- 8
gum uſum & obſervantiam in Zweiffel ziehen, ſagende illarum rigorem totius orbis Chriſtiani uſu atque Praxi antiquatum & abolitum eſſe, quos magno numero adducit

B. Dn. Rebhan. *in Hodogeta Jur. Chart. 3. clim. 4. n. 25.* addens, quod in certa quadam hypotheſi iis omnibus & pluribus aliis in aciem productis, tamen evincere non potuerit, quo minus Cliens *in d. l. 7.* pœnam incidiſſe per ſententiam declararetur, quibus add. Wiſſenbach. *ad ff. Diſp. 35. th. 8.* Perez. *ad tit. Cod. Unde vi. num. 30.*

Können wir doch denſelben in ſo weit keinen 9
Beyfall geben, daß wir erachten ſollten, daß dieſe Leges in unſerm Reich teutſcher Nation heutiges Tages keinen Uſum mehr hätten, geſtalten auſſer deme, daß pro cujusque Legis obſervantia die Præſumption ſo lang ſtehe, und der ſich in Lege Juſtinianea gründet, ſo lang eine beſtgegründete Intention habe, biß ein widriges eingeführtes Recht vom Gegentheil dargethan iſt,

arg. Ord. Cam. p. 1. tit. 13. pr. & tit. 57. p. 2. tit. 31. inf. p. 3. tit. 54. pr. Rec. Imp. de Ao. 1654. §. 77. & §. 99. Ord. Jud. Aul. *tit. 1. 5. & ult. in fin.* Joh. Ott. Tabor. *de altero tanto. part. 4. art. ult.* Carpz. *p. 2. dec. 101.* Mev. *ad Jus Lub. qu. prælim. 7. n. 8. ſeqq.*

ſo laſſen uns de viridi illarum Legum, per 10
quas violenti rerum invaſores ihres Rechts, ſo ſie in den propria authoritate occupirten Rebus gehabt, priviret werden, uſu durchaus nicht zweifflen 1.) die Reichs-Conſtitutiones, darinn ſelbige, theils ausdrücklich und explicite, theils implicite, beſtättiget ſeyn.

vid. Ord. Cam. ann. 1521. tit. Wie es in Irrung der Poſſeſſion. §. Und ob ſich &c. ibi: ſo ſoll der Entſetzer dadurch directum dominium, das Eigenthum oder Haupt-Gerechtigkeit der Güter oder Gerechtigkeit, darum der Streit geweſen, verlohren haben. So aber dieſelbe Güter oder Gerechtigkeit gedachtem Entſezer mit ihrem Eigenthum nicht zugehören, ſoll er deren Werth dem Entſezten, NB. nach Ordnung gemeiner Rechte zu geben ſchuldig ſeyn. add. Ord. de Pace publica Wormatiæ inita Anno 1521. tit. dieſer Landfried ſoll &c.

Unde patet, quod licet Receſſibus Imp. alia 11
quo[illegible] remedia, quibus res per vim extorta
[illegible]oſſit, ſint introducta, tantum ta-
[illegible]d Proceres Imp. veteres LL.
deſuper

Urthel.

IN Sachen Rechtens sich haltend zwischen Seel. Rittmeister Christoph Oppermanns hinterlassener Wittwen Erben, Beklagten Appellanten und Leuteranten Eines, entgegen und wider gedachten Rittmeister Oppermanns Legatarten Klägern, Appellaten und Leuteraten andern Theils beederseits in Actis benannt, erkennen wir Fürstlich Stifft = Hildesheimische Verordnete Cantzler und Räthe, allem Gerichtlichen Fürbringen nach auf eingehohlten Rath auswärtiger Unpartheyischen Rechtsgelehrten, mit Urtheil zu recht, daß Leuteraten sich durch Ergreiffung der Possession des Oppermannschen Brau- und Wohn = Hauses auf der Almen-Strassen in Hildesheim, Ihrer von ermeldtem Rittmeister in seinem den 15. Novembr. anno 1683. aufgerichteten Testament verschafften, und von seiner Wittib nachmahls in ihrem den 13den Octobr. errichteten Testament nichtig revocirten Legaten, alles Gegentheiligen Einwendens ungehindert, keineswegs verlustig gemacht haben, sondern Leuteranten nunmehro ohne weitere Verzögerung inner sechs Wochen den Leuteraten die Ihnen von besagtem Rittmeister Oppermann in seinem Testament verschaffte Legata sammt den Zinsen von Zeit der Oppermannschen Wittiben Tode, als à tempore moræ, zu entrichten schuldig und verbunden, oder im Wägerungs-Fall der Execution gewärtig, die Unkosten aber aus Bewegniß gegen einander compensiret und verglichen seyn sollen.

RATIONES DECIDENDI.

DIe Ursachen, so Uns in Sachen Rittmeister Oppermanns Legatarien, wider dessen hinterlassener Wittwen Erben, also zu sprechen, wie vorstehende Urtheil enthält, bewogen, bestehen kürtzlich darinn.

1 Daß ob zwar 1.) nicht ohne, daß in

L. 5. C. de legat.

klar versehen, quod si Legatarius propria authoritate violenter vel clam, & ita etiam singulari violentia, rem legatam apprehenderit, actio legati ipsi denegari & sic legato privari debeat. Idque quia si quis aliquod Jus de quacunque re vel facto contra aliquem se habere putaverit, Judicem vel Magistratum adire debet, & per eum, quod sibi deberi existimat, reposcere.

Idcirco enim Judiciorum vigor, Jurisque publici tutela ut ajunt Impp. Honorius & Theodosius

in leg. 14. Cod. de Judæis & Caelicol.

videtur in medio constituta, ne quisquam sibi ipsi vindicare valeat ultionem. Certè in re propria iniquum admodum est, alicui licentiam tribuere jus sibi ipsi dicendi.

Leg. 1. Codit. ne quis in sua causa judic.

Si namque privato cuivis, ut sibi jus di- 2
ceret, permitteretur, nunquam sanè Judiciis suus constaret honos, nusquam legibus sua authoritas: Quinimò omnium Civium tenuiorum bona libidini & avaritiæ potentiorum exponerentur, qui postea sine difficultate sub prætextu debiti aut juris in re quapiam sibi constituti per vim tenuioribus sua eriperent, illosque jure suo spoliarent.

Non concedendum esse singulis, quod per Magistratum possit publice fieri, bene & recte inculcat Paulus JCtus

in l. 176. ff. de reg. jur.

addens rationem, ne occasio sit majoris tumultus faciendi, à qua non multum abludit ratio, quæ redditur

in l. 13. §. 3. de usufruct.

Cur ad arma & rixam patiatur procedere Prætor, quos potest sua Jurisdictione componere? Tumultum autem quem evitari vult Jurisconsultus Paulus, eleganter & ad hanc ipsam rem sic describit Constantinus Imperator

in l. 6. Cod. ad Leg. Jul. de vi public. & privat.

Multa

Multa, inquiens, facinora ſub uno violentiæ nomine continentur, cum aliis vim inferre tentantibus, aliis cum indignatione reſiſtentibus, verbera, cædesque crebro deteguntur admiſſæ.

3 Merito ergo autodikia tanquam peſtis pacis publicæ pernitioſiſſima, & turbarum, tumultuum, ſeditionum, cædiumque cauſa, legibus inviſa & prohibita eſt. Quicunque itaque propria & privata authoritate, vel potius temeritate ſibi ipſi jus dicit, vel propria authoritate illud vindicat, occupat, aut alio modo per vim ſurripit, in quo commode Magiſtratus ſententiam expectare potuiſſet, juris ſui, quod in illo vel ad id habuit,
4 amiſſione mulctatur. Unde qui debitum à debitore non fugiente per vim extorquet, jus crediti amittit,

l. 12. §. 2. l. 13. ff. quod met. cauſa.

5 Qui rem mobilem, quam ſuam putat, imprudens juris, eo animo per vim abſtulit, quaſi domino liceret etiam per vim rem ſuam à poſſeſſoribus auferre, dominio rei ſuæ cadit; ſin autem aliena res ſit poſt reſtitutionem ejus, etiam æſtimationem ejusdem præſtare cogitur.

§. 1. Inſt. de vi bon. rapt. l. 7. C. unde vi ubi Impp. ſimiliter ita reſcribunt:

Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut poſſeſſionem rerum apud Fiſcum vel apud homines quoslibet conſtitutarum, ante adventum Judicialis arbitrii, violenter invaſerit, Dominus quidem conſtitutus poſſeſſionem, quam abſtulit, reſtituat poſſeſſori, & dominium ejusdem rei amittat. Si vero alienarum rerum poſſeſſionem invaſit, non ſolum eam poſſidentibus reddat, verum etiam æſtimationem earundem reſtituere compellatur.

add. l. 4. C. fin. regund. l. pen. & l. ult. ff. ad L. Jul. de vi priv. l. pen. C. de loc. conduct. l. 6. C. ad L. Jul. de vi publ. Nov. 60. c. 1. ubi ſimiles conſtitutiones.

6 Nec circa perſonam invaſoris refert, cujuscunque ſit ſexus aut conditionis, nam nec fœmina, nec miles, nec ruſticus hîc excuſatur, quoad iſtam pœnam, ſi tale quid attentaverint.

poſt Bald. Alber. de Roſate, Raph. Fulgoſium, Angelum, Aretinum, Menoch. *de recup. poſſ. remed. 9. n. ult.* Mev. *p. 4. dec. 218. num. 1.* Hahn. ad Weſenbec. *tit. de vi bon. rapt. n. 4.* Brunneman. *Ex. 24. ad Inſtit. th. 2.*

7 Nec multum intereſt, palam an clam facta fuerit invaſio, nam licet *l. 7. Cod. unde vi.* nominatim de violenta invaſione loquatur, ac violenta invaſio videatur illa, quæ palam fit, attamen qui clam ſeſe ingerit in alienas ædes, fundumve, à pœna d. Conſtitutionis nequaquam excuſatur, vi enim factum videtur, quod inſcio & invito domino factum eſt.

l. 5. pr. ff. de acquir. vel amitt. poſſ. l. 4. §. 25. de uſurp. & uſucap. l. 13. ff. quod met. cauſ. Mev. *p. 4. dec. 219.* ubi in terminis de eo, qui præſentibus Notario & teſtibus fundum oppignoratum abſente & ignorante debitore ingreſſus.

Und ob gleich 2.) viele hodiernum harum Le- 8
gum uſum & obſervantiam in Zweiffel ziehen, ſagende illarum rigorem totius orbis Chriſtiani uſu atque Praxi antiquatum & abolitum eſſe, quos magno numero adducit

B. Dn. Rebhan. *in Hodogeta Jur. Chart. 3. clim. 4. n. 25.* addens, quod in certa quadam hypotheſi iis omnibus & pluribus aliis in aciem productis, tamen evincere non potuerit, quo minus Cliens *in d. l. 7.* pœnam incidiſſe per ſententiam declararetur, quibus add. Wiſſenbach. *ad ff. Diſp. 35. th. 8.* Perez. *ad tit. Cod. Unde vi. num. 30.*

Können wir doch denſelben in ſo weit keinen 9
Beyfall geben, daß wir erachten ſollten, daß dieſe Leges in unſerm Reich teutſcher Nation heutiges Tages keinen Uſum mehr hätten, geſtalten auſſer deme, daß pro cujusque Legis obſervantia die Præſumption ſo lang ſtehe, und der ſich in Lege Juſtinianea gründet, ſo lang eine beſtgegründete Intention habe, biß ein widriges eingeführtes Recht vom Gegentheil dargethan iſt,

arg. Ord. Cam. p. 1. tit. 13. pr. & tit. 57. p. 2. tit. 31. inf. p. 3. tit. 54. pr. Rec. Imp. de Ao. 1654. §. 77. & §. 99. Ord. Jud. Aul. *tit. 1. 5. & ult. in fin.* Joh. Ott. Tabor. *de altero tanto. part. 4. art. ult.* Carpz. *p. 2. dec. 101.* Mev. *ad Jus Lub. qu. prælim. 7. n. 8. ſeqq.*

ſo laſſen uns de viridi illarum Legum, per 10
quas violenti rerum invaſores ihres Rechts, ſo ſie in den propria authoritate occupirten Rebus gehabt, priviret werden, uſu durchaus nicht zweifflen 1.) die Reichs-Conſtitutiones, darinn ſelbige, theils ausdrücklich und explicite, theils implicite, beſtättiget ſeyn.

vid. Ord. Cam. ann. 1521. tit. Wie es in Irrung der Poſſeſſion. §. Und ob ſich &c. ibi: ſo ſoll der Entſetzer dadurch directum dominium, das Eigenthum oder Haupt-Gerechtigkeit der Güter oder Gerechtigkeit, darum der Streit geweſen, verlohren haben. So aber dieſelbe Güter oder Gerechtigkeit gedachtem Entſezer mit ihrem Eigenthum nicht zugehören, ſoll er deren Werth dem Entſezten, NB. nach Ordnung gemeiner Rechte zu geben ſchuldig ſeyn. add. Ord. de Pace publica Wormatiæ inita Anno 1521. tit. dieſer Landfried ſoll &c.

Unde patet, quod licet Receſſibus Imp. alia 11
quoque remedia, quibus res per vim extorta recuperari poſſit, ſint introducta, tantum tamen abſit, quod Proceres Imp. veteres LL.

33 Contrarium tamen, perfectæ nempe donationi nec in continenti modum, conditionem vel aliud gravamen adjici posse, invito donatario, cui jus irrevocabile ex acceptata semel sine conditione donatione quæsitum est, defendunt

Sarmient. *de redit. Eccles. part. 1. c. 4. num. 10.* Castillo *lib. 3. c. 3. num. 50.* Ripa *Resp. 63. num. 6. 8.* & alii.

quia satis fallax est principale fundamentum, quo innititur prior sententia, ut advertit

Sarmient. *d. l.*

34 Deinde videntur limitationi illi adversari

l. 39. C. de transact. l. 12. C. de contrah. empt. l. 5. C. de oblig. & act.

juxta quas leges non consideratur, an ex intervallo, an vero in continenti unus ex contrahentibus velit à contractu recedere vel aliquo modo eum innovare, sed tantum inspicitur, an semel fuerit perfecta conventio & constituta obligatio, tuncque nequaquam licet à contractu perfecto alicui discedere, altera parte invitâ.

d. l. 12. C. de contrah. empt.

35 & jure quidem optimo, quia in contractibus jam perfectis & absolutis statim est jus quæsitum Parti, quod ipsi auferri non potest, nec ex intervallo, nec in continenti.

cit. l. 5. C. de Oblig. & act.

36 Cum ergo donatio perinde ut contractus utriusque donantis & donatarii voluntate legitime declarata perficiatur, & pacto licet saltem constituta tradendi necessitatem in se habeat

§. 2. Inst. de donat. l. 35. §. f. C. de donat.

37 ex ratione *d. l. 5. C. de Obl. & act.* ex declarato utrinque consensu donatione semel constituta, nec in continenti nec ex intervallo pœnitentia, novatio sive alteratio admitti posse videtur.

Fontanell. *Dec. 46. num. 6. & dec. 47. ubi dicit quod donans in sua donatione inter vivos potest apponere pactum, modum, conditionem ac tempus, & facere illam revocabilem, prout sibi videbitur, dummodo istud faciat à principio contractus, & antequam jus sit quæsitum donatario, quod illi quæritur statim perfecta aut semel constituta donatione.* Bursat. *vol. 2. Cons. 173. num. 68. seq.* Gabriel. *lib. 1. Cons. 3.*

38 Hoc equidem à multis statui novimus, quod si donatarius non solùm in rebus irrevocabiliter sibi antea donatis heres fuerit institutus, sed etiam in aliis bonis ultra illa, donator de irrevocabiliter antea donatis quoque donatarium heredem institutum nominatim gravare queat, & eo casu si omnibus bonis frui velit donatarius, onus & gravamen in iis, quæ antea sibi irrevocabiliter donata fuere, adjectum adimplere teneatur, imo eo ipso, quod hereditatem adierit, censeatur consensisse modis & conditionibus donationi aut rebus antea donatis adjectis.

Alexand. *lib. 3. Cons. 20.* Curtius Jun. *lib. 2. Cons. 120. num. 9.* Paris. *lib. 3. Cons. 33. num. 78.* Castillo *d. c. 10. num. 46.*

39 Sed, ut jam non inquiramus, in quantum assertum hoc Doctorum probari queat vel non, nos in hujusmodi terminis hic plane non versamur, nam Anna de Westerholt Lambertum de Oer neque in prædio Mœnckinghof, neque in aliis bonis heredem unquam instituit, sed ei tantum Castrum Dunckelburg cum designatis pertinentiis & certis aliquot prædiis legavit, ac legata illa prædia fideicommissi onere affecit; Donationem autem prædii Mœnckinghof antea jam factam simpliciter ex abundanti & superfluo in testamento confirmavit sine ullo adjecto onere.

40 Und wann man 8.) gleich setzet, daß die von Anna von Westerholt anno 1638. beschehene Refutation und darauf erfolgte Behandung Lamberts und Jobst Wesels von Oer den Effect nicht gehabt, daß dadurch das Erb-Pfacht-Recht auf diese transferirt worden, sondern die würckliche Ubergab erst mense Septembri anno 1640. noch im Majo selbigen Jahrs aufgerichteten Testament geschehen, und die Testirerin erst damahlen Lamberten von Oer, damit ihren letzten Willen und Testament in allen Clausuln und Puncten nachgelebet werden, auch ihre Disposition vollkommentlich in Ober-Yssel ausserhalb Lands über darunter gelegene Güter billigen Effect erreichen und gewinnen möchte, ut habent verba Protocolli de d. 30. 1640. in die würckliche Possession des Mönckinghofs setzen lassen, so bleibt doch, daß sie Anna von Westerholt zwar aus vorberührter Ursach ihr aufgerichtetes Testament vor Gericht gebracht, und selbiges zu dem Ende Gerichtlich confirmiren lassen, die würckliche Ubergab des Guts Mönckinghof aber ist dazumahl nulla alia intentione, als zu Vollziehung der vorhin beschehenen Refutation, und der steten, unwiederrufflichen, auch zum Uberfluß in vorgedachtem Testament confirmirten Donation, geschehen, wie solches gantz klar und offenbar besagt, 1.) der vor dem Münsterischen Hof-Richter von Frau Anna von Westerholt, Herrn Thomas Loges, beeder Rechten Doctoris gegebene Gewalt, vor den Gerichten von Oldenseel und Enschede zu compariren, und Lamberten von Oer und seinen Erben den Mönckinghof mit allen darunter gehörenden Gerechtigkeiten, Zinsen, Renten und Pertinentien zu cediren und zu trans-

transportiren in ihrem Namen, wie ſie bereits damit behandet ſeyn, und Conſtituentin mit Hand und Mund Verzeihung gethan, ohn daß ſie einig Eigenthum daran ihr vorbehalten, ſub Lit. C. bey den Duplicis.

2.) Der Gerichtliche Donations- und Ceſſions-Schein ſelbſt, deren im Gericht Oldenſeel belegenen und zu dem Mönckinghof gehörigen Gütern vom 16. Septembr. 1640. der ſich expreſſe referirt, auf die den 5ten Martii und 10den Novembr. 1638. beſchehene immanuation und vorgehende refutation, zu deren Vollziehung die Übergab geſchehen.

3.) Beſtetigt ſelbiges des Richters der Landſchafft von Oberyſſel zu Enſchede Heinrich von Limburg Brieff vom 30. Septembr. 1640. in verbis: *Ock mede im Nahmen ende von vvegen haeren gemeldte Conſtituentinae tho cederen anc tſo transporteren deſſelbſt L. Broedern den Wohl-Edelgebohrnen, Geſtrengen Lambert von Oer to Kakesbecke ende deſſelben Sohne Jobſt Weſel von Oer de goedern Herrn Lambert von Oer in vorgeſchrevenem Teſtament guthaertiglick gemackt ende gedonnert*, NB. *Krafft einer unvvederroplicken Gaven, als nemlich den Adelicken Werdiſchen Sadelhof, genombt den Mænckinghof &c.* Mit welchem 4.) übereinſtimmt der Exarctus Protocolli de d. 30. Septembr. 1640. verbis: *Off beſchene Immanuation ihren L. Herrn Broeder dem Hoch-Edel ende Geſtrengen Lamberten von Oer, zu Kakesbeck ende deſſen Sohn Jobſt Weſeln von Oer, darinnen gootherzelick vermacket ende donneret hat, Krafft èiner freyen, ſtæten, ende onvvederroplicken Gaben &c.*

42 Wie nun Frau Anna von Weſterholt hierdurch ihrer Seits 9.) gantz klar und offenbar, dazu Gerichtlich, zu erkennen geben, quo titulo ſie Lamberten von Oer den Werdiſchen Sadelhof, Mönckinghof genannt, bey ihren geſunden Tagen im Leben übergeben, nemlich in Krafft einer ſteten, unwiederrufflichen Gabe oder Donation, alſo hat auch Lambert von Oer vielfältig zu verſtehen gegeben, daß er ermeldten Hof durchaus nicht Legati aut aliæ ultimæ voluntatis titulo, ſondern als ein unwiederruffliches Geſchenck titulo donationis inter vivos von ihr bekommen, angenommen und beſeſſen, ein ſolches hat er in ſeiner oben angezogenen dem Peter an Herrn Lic. Bucken gegebenen Inſtruction expreſſe bezeuget, da er ihm befohlen, inſonderheit zu melden, daß die donatio inter vivos lange zuvor vorgangen, ehe das Teſtament vor den Tag gekommen ꝛc. In einem Concept Schreibens an die Herren Deputirte der Landſchafft Oberyſſel vom 1ſten Octobr. 1659. führet er dieſe Worte: Denenſelben habe er dienſtlich anfügen wollen, wie daß im Jahr 1642. (ſoll ſeyn 1640.) von der Wohlſeeliaverſtorbenen Frau Annen gebohrnen von Weſterholt, Wittiben von Freydag zu Sandfurth und Rehede, Frauen zur Cappel und Dünckelburg, das im Gericht Oldenſeel belegenes Gut Mönckinghof cum Pertinentiis für beeden Gerichten Oldenſeel und Enſchede ihm verehret, aufgetragen, und mit Beliebung des Abbten zu Werden, als Behandigungs-Herrn abgetreten, auch à dato donationis & transportationis biß dahin in ruhiger Poſſeſſion conſervirt und gelaſſen worden, biß vor wenig Tagen ſich einige Pfächters des 50. und 25. Pfennings beeder Gerichten Oldenſeel und Othmarſen ſeine daſelbſten auf Lamberti verfallene Zinſe zu arreſtiren gelüſten laſſen, unter dieſem bloſſen Vorwand, als wann er nach Abſterben wohlgemeldter Frauen zur Cappel ſeel. ernennete Mönckingshofs-Güter per teſtamentum vel ex collaterali Succeſſione ererbet, und dahero ihnen, als jetzigen und bereits ſechs Jahr geweſenen Pfachters den 25ſten Pfennig competiren wolle, da dennoch aus beeden Protocollis zu Oldenſeel und Enſchede klärlich zu erſehen, daß ihm dieſe Güter nicht per Teſtamentum der Wohlſeelig verſtorbenen Frauen zu Cappel, ſondern ſchon anno 1642. (1640) wie oben vermeldet, ohn einziges Reſervat guthertzig aus der Hand geſchencket, auch von den zugehörigen mit der Echt verhaffteten Leuten, mit Erdwinnungen, Sterbfällen, Freykäuffen als Dominus Proprietarius gehalten worden ꝛc.

Deßgleichen conteſtiret er in dem den 1ſten 41
Maji ſt. n. 1660. Peter Hillemann gegebenen Gewalt und Vollmacht ſolches klar hiſce verbis: Demnach mir Untenbenannten vor ohngefähr achtzehen Jahren die Twentiſche Mönckingshofs-Güter von der nunmehr in GOtt verſtorbenen Fr. Annen, gebohrnen von Weſterholt, Frauen zur Cappel ſeel. cum conſenſu des Herrn Abten zu Werden, als dahin gehöriges Sadelgut, erblich und freywilliglich aus der Hand geſchencket, auch alſo fort vor beeden Gerichten Oldenſeel und Enſchede würcklich abgetreten und eingeraumet worden. Und denn nunmehro wegen dieſer Donation die Herren der Landſchafft Oberyſſel eines zu der Zeit ausgegebenen Placats halber, ſichere Prætenſion zu formiren, vermeynen, auch zu dem Ende ſichern Terminum mir oder meinem Bevollmächtigten anbeſtimmen wollen, als habe &c. Und wie 10) hieraus ſo wohl die cauſa poſſeſſionis als der animus poſſidendi zur Gnüge hervor leuchtet, und an offenem Tage iſt, daß Lambert von Oer nicht ex teſtamento Annæ von Weſterholt, und in ſpecie nicht ex cauſa legati vel fideicommiſſi, ſondern ex cauſa donationis inter vivos ſubſecuta prævio domini directi conſenſu traditione adimpletæ die Poſſeſſion des Guts Mönckinghof ſub qualitate prædii emphyteutici erlangt, und von anno 1640. biß in annum 1665. und an ſein ſeeliges Ende, alſo über die 25. Jahr ruhig continuiret, nachgehends ſolche auf ſeinen Sohn Burckard von Oer, der bey Lebzeiten des Vatters und der

Frau Annâ von Westerholt schon in anno 1644. mit der einen Hand an dem Gut behandet worden, facta apprehensione devolvirt, und von diesem wieder biß an sein seeliges Ende von besagtem 1665sten Jahr, nemlich biß in annum 1678. also continuiret, diese beede demnach solch Gut als ein von Anna von Westerholt unwiederrufflich geschencktes, freyes, ab omni fideicommissi onere immunes und ihrer freyen dispositon, doch nach der Natur, Art und Eigenschafft eines prædii Emphyteutici, unterworffenes Gut über die 30. Jahr
43 besessen; Also ist eine ausgemachte Sache, daß sie ungezweiffelt per possessionem ex justo titulo donationis ab Anna de Westerholt inter vivos factæ, judiciali cessione, transportatione & traditione munitæ, terque quaterque à Domino directo, Abbate Werdensi, repetitæ investituræ renovatione corroboratæ, bona fide nactam & per tot annos continuatam, das utile dominium und Jus Emphyteuticum mediante præscriptione acquirirt.

arg. l. ult. C. de long. temp. præscript. Bachov. *vol. 1. Disp. 29. th. 9. lit. A. & B.*

44 Wann sie es nicht schon vorhin per rei emphyteuticæ traditionem & prævio Domini directi consensu per investituræ renovationem & Canonis à novo Emphyteuta soluti acceptationem satis declarato, judicialiter factam cessionem, ac legitimam successionem, justè erworben hätten, wie unsers Ermessens unzweifelich geschehen, ut vel inde colligi potest, daß Anna von Westerholt ihro bey der auf die vorgangene Behandung beschehene Judicial-Cession und Transportation des Guts auf Lamberten von Oer nichts als die Niessung der von Lambert von Oer aus dem Gut erhebenden, und aus seiner Hand empfangenden commodorum, vorbehalten, welches ein indubitatum signum ist translati in ipsum dominii.

45 Qui enim rem suam alteri donat, retento sibi ad dies vitæ usufructu, dominium omnino in donatarium transtulisse intelligitur, per tex. expressum in

l. 28. C. de donat. ubi ita Impp. *Quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando vel vendendo usumfructum ejus retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, nec quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio, sed omnimodo idem sit in his causis usumfructum retinere, quod tradere. add. l. 35. §. 5. C. eod.* utrobique Brunnemann. cum allegatis. B. D. Frommann. *Disp. de ficta tradit. th. 46.*

46 So dann ist es unstrittigen ausgemachten Rechtens per traditionem ex causa donationis inter vivos à vero domino vel alio ejus jussu aut mandato ut hic, factam transferri dominium plenum vel minus plenum, juxta intentionem tradentis & accipientis

per §. 40. Inst. de rer. divis.

Daß aber hier die traditio des Guts Mön- 47
ckinghof ex causa donationis inter vivos à vera Domina vel ejus jussu à Procuratore speciale mandatum ad id habente geschehen, ist ex superioribus bereits offenbar, und zeigt sich gantz manifest aus den Epithetis, da es eine freye, (h. e. ex mera liberalitate) stete, unwiederrufflich (h. e. animo nunquam, nullaque ex causa, revocandi facta donatio) oder Gabe genennet wird, die aus freyer Hand geschehen, deßgleichen aus dem, daß ja mit keinem jota des künfftigen Todes der Donatricin gedacht worden, daß sie in illius casum collata seyn solle, daß sie nicht allein nur dem Lamberten von Oer, sondern zugleich seinen Erben und Erbnehmen sub nomine appellativo geschehen, welches alles mit der donatione mortis causa keineswegs bestehen kan, sondern lauter prædicata und attributa donationis inter vivos seyn.

vid. Menoch. *de præsumpt. lib. 3. præs. 35. num. 2. 4. 7. 14. 16. 34. 36. 38. 39.* Carpzov. *lib. 5. Resp. 55. n. 9.*

In quam etiam degenerat Legatum, si 48
illud ab ipso testatore vivo simpliciter & absolute, nulla injecta mentione legati, tradatur legatario, ita, ut tum in omnibus jure puræ & perfectæ donationis inter vivos censeatur & judicetur, ex communi Doctorum sententia

per txx. l. 22. ff. de legat. 2. l. 11. C. de legat. l. 84. §. 11. ff. de legat. 1. & authoritates plena manu congestas à Dn. Collega D. Grasso *in Disp. de Traditione relictor. in ult. volunt. à vivo testat. personæ honor. facta. th. 12.* & in ipsis Actis hujus causæ adductas, quibus addant. Guttierez. *in l. nemo potest. ff. de legat. 1. num. 257. & lib. 3. Pract. quæst. 64. num. 2. seq.* Tellus Fernandez. *in leg. 17.* Taurin. *num. 83. 86.* Molina *de primogen. l. 4. c. 2. num. 19.* Sanz. Morquech. *de divis. bon. lib. 3. c. 5. num. 21. & cap. 6. num. 64.* Cancer. *3. var. resolut. 20. num. 55. seqq.* Pichard. *in relect. tit. ff. de legat. cap. 2. num. 24. & in §. legatum. Inst. d. t. num. 21.* Alvarado *de conjecturata mente defuncti lib. 2. cap. 3. §. 1. n. 13. & lib. 3. c. 2. num. 35.*

Derentwegen wann auch gleich das Gut 49
quæst. nemlich der Mönckinghof von Anna von Westerholt in ihrem Testament wahrhafftig, neben dem Gut Dünckelburg, Lamberten von Oer wäre legirt worden, so doch nulla ratione von uns eingestanden und zugegeben werden kan, so könnten wir doch nicht anders sagen, denn daß solch Legatum wäre in donationem inter vivos verwandelt worden durch die

die von der Teſtatricin bey ihren Lebzeiten beſchehene Übergabe des Mönckinghofs, ſine ulla commemoratione Legati, mit der ausdrücklichen Declaration, daß ſie ihrem lieben Bruder Lamberten von Oer beſagten Werdiſchen Sadelhof, Mönckinghof genannt, abtrete, cedire und übergebe. Krafft einer freyen, ſteten, und unwiederrufflichen Gabe, welches ſo viel iſt, daß ſie ſolchen Hof ex cauſa antecedentis ſimplicis, veræ & abſolutæ, nullo jure cogente, ſed ex liberrima voluntate, meræ liberalitatis gratia, animo nunquam revocandi, factæ donationis & refutationis auf ihn transferire, wie er dann ſelben, obangezogener Maſſen, auch ex hac donationis inter vivos cauſa, & non ex titulo legati, bekommen zu haben agnoſcirt, und verbis ac factis conteſtirt.

50 Hat nun Lambert von Oer, wie biß dato zur Gnüge ad oculum demonſtrirt, und in den von Seiten der Frau Beklagtin und Appellantin tam in prima, quam ſecunda inſtantia eingegebenen Schrifften weitläufftiger dermaſſen dargethan, daß wir unnöthig halten, uns länger hierbey aufzuhalten, und mehrers ex Actis davon zu repetiren, das Gut Mönckinghof als ſein eignes ab omni onere fideicommiſſi befreyetes Erb-Zins-Gut ex cauſa donationis & refutationis in ipſius favorem factæ à Domino directo per impertitam illi inveſtituram confirmatæ rechtmäßig erworben, und über die 25 Jahr ruhig beſeſſen, auch alſo ſub hac qualitate auf ſeinen ſchon bey ſeinen und der Donatricin Lebzeiten behandeten Sohn Burckardum von Oer jure legitimæ ſucceſſionis transmittiret, und dieſer es gleichmäßig in 13 Jahr lang ſub eadem qualitate beſeſſen, ſo waltet bey uns kein Zweifel, daß er als Dominus (utilis ſcil.) darüber per Pactum dotale aut Teſtamentum zu diſponiren wohl befugt geweſen, und optimo maximo jure ſeiner geweßten Frau Gemahlin, jetziger Frau Beklagtin und Appellantin in denen mit ihr den 15 Jun. 1676. aufgerichteten Pactis dotalibus in die 30. Julii 1678. condito Teſtamento expreſſe confirmatis daſſelbe vermachen können, ohne daß Frau Klägerin und Appellatin das geringſte darwider ex hoc capite, daß das Gut quæſt. ex Teſtamento Annæ von Weſterholt onere fideicommiſſi ihro verhafft, und deswegen zu ihrem Præjudiz von ihrem Herrn Bruder ſeel. nicht alienirt werden mögen, mit Recht moviren könnte, weil ſolches ein gantz irriges, ungegründetes præſuppoſitum, ob wäre quæſtionirtes Gut mit einem fideicommiſs afficirt, und hätte ſie ſpem ſuccedendi in illo minimè ipſi intercipiendam, quo cadente fundamento non poteſt non ſimul corruere jus & aſſertum ipſi ſuperſtructum, juxta commune iſtud dicterium: Collapſa ruunt ſubductis tecta columnis.

Joh. Petr. Surd. *Conſ. 45. num. 20.* Monter. à Cueva *Dec. 32. num. 21.* Gratian. *diſcept. for. 675. num. 17. tom. 4.*

Und vermag Frau Klägerin und Appellatin 51 ſo weniger was dawider erhalten, als ſie ihres ſeel. Herrn Bruders Pacta dotalia, darinn er ſolches Gut ſeiner geweſenen Frau Gemahlin, jetzigen Frau Beklagtin und Appellantin, vermacht, und deſſen Teſtament, worinn er die Pacta dotalia expreſſe confirmirt, mit gar emphatiſchen Worten approbirt, das ihr darinn verſchaffte Legatum angenommen, nach demſelben die Mobilia mit Frau Appellantin getheilet, ſie die Poſſeſſion des Guts quæſtionis willig ohn einige Contradiction ergriffen, und über drey Jahr quiete darinn ſitzen laſſen, alſo die in den Ehe-Pactis und Teſtament enthaltene Verordnungen, in ſpecie die Vermächtniß des Guts quæſtionis an Frau Appellantin verbis & factis in viel Weys und Weg genehm gehalten, deswegen ſie ſolche jetzo anzufechten und zu impugniren ſo weniger befugt und berechtiget, als eine von den Doctoribus communi calculo approbirte und bewährte Concluſion iſt: Quod ſua ſponte agnoſcens voluntatem defuncti, etiamſi illa legibus non ſit ſubnixa, implendi eam neceſſitatem habeat, ut reſcripſerunt Imper. Gratianus, Valent. & Theodoſius,

in l. 16. C. de teſtam.

& quod ultro agnoſcens voluntatem defuncti minus ſolennem atque ex ea ſolvens minime repetere queat, quod ſolvit,

l. 2. l. 23. C. de fideicommiſſ.

neque audiendus, qui teſtamentum etſi invalidum, ſemel approbavit, cum illud ex approbatione ſemel facta, poſtea omnino contra ſe allegari & valere cogatur, imo & approbatio unius capituli totius approbationem inferat.

l. 37. pr. de leg. 3. l. 8. §. 6. de bon. poſſeſſ. contr. tab. l. fin. de inoff. teſtam. d. l. 16. C. de teſtament. Mev. *p. 7. dec. 9.* Moller. *lib. 1. ſemeſtr. c. 20. n. 2.*

Inſonderheit iſt das von Frau Klägerin in- 52
tentirte Remedium *L. ult. C. de Edict. D. Hadr. tollend.* hier bey ſo bewandten Sachen, da ſie zu dem Gut quæſtionis weder einiges Erb-Recht, noch ſonſt ullum alium titulum ex ultima voluntate & teſtamento Annæ von Weſterholt hat, hergegen Frau Beklagtin und Appellantin daſſelbe juſto titulo pactorum dotalium per teſtamentum confirmatorum beſitzt, und Legitima Contradictrix iſt ꝛc. durchaus nicht fundirt, deßwegen Frau Bekl. und Appellantin billig in prima inſtantia von der von Frau Klägerin intentirten Klage abſolvirt werden ſollen, ohnangeſehen deren oben in contrarium angeführten Schein-Gründe, als die nichts in Receſſu haben, und wider bißher ausgeführte deciſion im geringſten nichts operiren mögen.

Denn was die erſte dubitandi rationem anlanget, ſo geſtehet man gerne daß die von Anna von Weſterholt in dem angezogenen Extractu teſtamenti ihrem Vetter Lamberten

von Oer verschaffte Legata, versiculo: Solte es nun dem Allmächtigen GOTT belieben ꝛc. mit einem Fideicommiss, vermöge dessen sie von ihm auf seine Söhne und nach deren Absterben ohne Kinder auf seine älteste Tochter fallen sollen, beschwehret seyen, die Legata aber bestehen in dem Sitz Dünckelburg und denen dazu gehörigen vier Erben und drey Kotten, so dann in den zwey Erben Minsinck und Volberth, und kan darunter das Werdische Erb- Pfacht- und Behandigungs-Gut, Mönckinghof genannt, nicht gezogen werden, weil solches schon vorhin von der Testirerin dem Legatario refutirt, inter vivos donirt, cedirt, transportirt, und er von dem Domino directo damit investirt und behandet gewesen, deßwegen selbiges ihm nicht mehr legirt werden können,

Cum enim dominium non nisi ex una causa acquiri possit

l. 3. §. 4. ff. de acq. vel amitt. poss.

sequitur inutile esse legatum rei, cujus dominium quis jam tum habet vel tempore conditi testamenti, vel tempore mortis, quia priori casu ab initio legatum consistere nequit, nec tractu temporis propter regulam Catonianam reconvalescere potest, licet postea dominus esse desierit.

l. 41. §. 1. de leg. 1.

Posteriori vero casu Legatum ideo non subsistit, quia res jam antequam dies legati cedit, legatarii propria facta est, unde ex illa causa, quod scil. res mea amplius mea fieri haud queat, corruit legatum, si legatarius post conditum testamentum ex causa lucrativa v. gr. donatione, rem acceperit & acquisiverit.

l. 87, de legat. 2.

54 Massen dann auch in dem Testament Annä von Westerholt kein Wort oder Titul davon, daß sie Lamberten von Oer das Gut Mönckinghof legire, sondern sie hat die vorhin beschehene Donation, Cession und Transportation desselben an ihne Lamberten von Oer darinn ex abundanti & superfluo confirmirt, dadurch aber selbige durchaus nicht in aliam speciem, Legatum nempe verwandelt worden, sondern in seiner vorigen substantia & forma unverändert geblieben per rationem decidendi sextam.

55 Wie nun diß Gut Mönckinghof nicht unter den Legatis ist, also ist es auch nicht unter dem Fideicommisso, damit jene beschwehrt, begriffen. Und obwohl, also ad secundam dubitandi rationem zu kommen, Frau Anna von Westerholt, beedes von dem Gut Dünckelburg und dem Mönckinghof disponirt, so ist solches doch diverso plane modo geschehen, das Gut Dünckelburg und die dazu gehörige vier Erben und drey Kotten, sodann die zwey Erben Minsinck und Vollbert hat sie legiret, des Guts Mönckinghof längst vorhin beschehene Donation hat sie ex abundanti in testamento confirmirt, ohn daß sie dadurch die an sich kräfftige Donation in ein Legatum verwandeln wollen, wie sie solches in der würcklich erfolgten Übergab und Abtretung der Possession deutlich zu erkennen geben, indem sie ausdrücklich contestirt, daß selbige von ihr geschehe in Krafft einer freyen, steten, unwiederruffl.chen Gabe oder Donation, deßwegen weil sie allein obberührte Legata, so das Gut Dünckelburg, die vier dazu gehörige Erbe, und dann die zwey Erbe Minsinck und Volberth, in denen auch der gebrauchte Numerus pluralis, da Frau Testatrix saget: Obberührte Legata &c. schon gnugsam, als in zerschiedenen legirten Stücken und Gütern verificiret wird, mit dem fideicommisso afficirt, ist solches auf diß geschenckte Gut Mönckinghof nicht zu ziehen, noch zu extendiren.

Ist nun das Gut Mönckinghof von dem fi- 56
deicommiss befreyet und ohnbeschwehrt geblieben, und simpliciter ohn alle condition auf Lamberten von Oer per donationem inter vivos transferirt, auch also von ihm auf seinen Sohn Burckardt von Oer legitimæ successionis jure wieder devolvirt, hat er dasselbe nach seinem Gefallen seiner geweßten Frau Gemahlin per Pacta dotalia aut Testament. vermachen können. Mithin fallen von selbst die in tertia dubitandi ratione angezogene Jura de prohibita & interdicta alienatione bonorum fideicommisso obnoxiorum, als die in sich gantz richtig und unverwerfflich, aber incongruè auf diß freye Gut, so mit keinem fideicommiss beschwehrt, appliciret werden.

Folget nunmehro

Die andere Frage:

Ob, gesetzt, daß berührtes Behandungs- 57
Gut von Anna von Westerholt in ihrem Testament mit einem Fideicommiss beschwehret gewesen, solches nicht durch den von ihr nachgehends aufgerichteten codicill, und sonst multis aliis modis wieder aufgehebt worden und demnach ein freyes Gut geworden sey, davon ermeldter Burckardt von Oer frey zu disponiren, und selbiges seiner geweßten Frau Gemahlin, jetztmahliger Frau Appellantin, zu verschencken Fug und Macht gehabt?

Da es dann an dem, daß wann man gleich 58
den ungestandenen Fall setzet, daß das Erb-Pfacht- und Behandungs-Gut Mönckinghof von Anna von Westerholt in ihrem Testament, neben dem Gut Dünckelburg Lamberten von Oer legirt, und mit dem fideicommiss afficirt worden, vermöge dessen es von ihm auf seine Söhne nach einander und endlich nach aller deren Tod ohne Kinder auf die

älteste

älteste Tochter Frau Klägerin und Appellatin kommen und fallen sollen, wäre doch die Clausula fideicommissaria, dadurch Frau Klägerin nach tödtlichem Abgang ihrer Brüder ad successionem in dem Gut Mönckinghof vocirt worden, durch den von ihr hernach in anno 1648. aufgerichteten Codicill wieder aufgehoben worden, mithin hatte Lambert von Oer und dessen Sohn Burckardt von Oer freye Hand bekommen, davon nach Belieben zu disponiren, und es seiner Gemahlin pro arbitrio in Pactis dotalibus aut Testamento zu vermachen, angesehen sie in gedachtem ihrem Codicill ausdrücklich disponirt, weil sie sich erinnere, daß sie in ihrem verschlossenen Original-Testament eine Clausul gesetzt, derowegen nach ihrem tödtlichen Hintritt zwischen ihren inngesetzten Erben Herrn Burckardt von Westerholt, Herrn zu Lembeck, und ihrem Legatarien Lambert von Oer, und den ihrigen einig Mißverstand oder Irrung solle einfallen können, die zu verhüten und abzukehren, wolle sie, daß die ihrem Testament inserirte Clausul, die da anfange jedoch, ꝛc. biß zum Ende hiemit nichtig seyn solle ꝛc. Wann nun die Clausula Testamenti anfangend: Jedoch ꝛc. biß zum Ende cassirt und aufgehoben seyn solle, so ist auch die Clausula substitutionis fideicommissariæ, qua, in casum mortis filiorum Lamberti de Oer sine relictis heredibus, dessen älteste Tochter, so jetzige Frau Klägerin und Appellatin zu den legirten und mit dem Fideicommiss afficirten Gütern vocirt worden, zugleich mit cassirt und aufgehoben, denn dieselbe in dem Testament nach dem Versiculo: Jedoch ꝛc. vor dem Ende enthalten, wie der Augenschein gibet, zumahl da die Frau Testirerin bezeuget, daß sie solche Clausulam der Ursach insonderheit revocirt, weil selbige zwischen ihrem eingesetzten Erben Herrn von Westerholt und Lembeck, und dem Legatarien Herrn Lambert von Oer, und den Ihrigen, Mißverstand und Irrung erwecken möchte, zu deren Verhütung sie dieselbe revociren wolle, dergleichen Mißverstand und Irrungen zwischen dem eingesetzten Erben Herrn von Westerholt und Lembeck, und dem Legatario Herrn Lambert von Oer, sodann den Ihrigen viel eher die Clausula substitutionis fideicommissariæ, qua in defectu filiorum vocata fuit filia, erwecken können, als was in den antecedentibus verbis disponirt, daß derselbe so von des Legatarien Lambert von Oer zweyen jüngern Söhnen, die obspecificirte Vermachung und Gifft bekommen würde, selbige gegen den ihm aus den Kackesbeckischen Gütern competirenden kindlichen Antheil compensiren, und nach Betrage des obgemeldten Legati denselben daraus zu fordern nicht mächtig sey, oder je destoweniger empfange; Denn diese Disposition wohl unter des Lamberts von Oer Kindern endlich, dem Ansehen nach aber nicht zwischen dem Herrn von Westerholt und Lamberten von Oer, und den Ihrigen, Mißverstand und Irrung causiren mögen.

Daß aber von Seiten der Frau von Quad 59
in Novemplicis hierwider eingewandt wird, daß Frau Anna von Westerholt ja ausdrücklich melde, daß sie in so weit ihren Willen verändere, daß nemlich Lambert von Oer oder die Seinigen, der Testatricis Groß-Vaters und Vaters Schulden aus dem Dünckelburgischen und dazu gehörigen Gütern abführen solle, davon sie ihn doch in dem Testament befreyet gehabt, deme noch heutiges Tages auch also nachgelebet, und aus erwähnten Gütern die oberzählte Schulden bezahlet werden, wie Gegentheil selbst nicht läugnen werde; Thut nichts zur Sache, indem nächst des vorigen Passes Revocation dieses erst in sequenti Paragrapho des Codicills, anfangend: Weil dennoch ꝛc. disponirt, und dadurch die Clausul des Testaments Lamberten von Oer von Bezahlung der Schulden aus den Dünckelburgischen Gütern befreyend, und solche dem instituirten Erben auflegend ebenmäßig dergestalt geändert worden, daß, weil der Erbe dadurch gar zu sehr beschwehret werde, Lambert von Oer selbst die auf dem legirten Gut Dünckelburg hafftende, von ihrem Groß-Vater und Vater herrührende Schulden bezahlen, ihr Erbe aber ihre Privat-Schulden abtragen solle, aus der Coppel und dabey bleibenden Gütern, wie aus dem Codicill gantz klar zu sehen. Deswegen wir dann, so viel wir noch zur Zeit können aus dem producirten Extract des Codicills judiciren und abnehmen, anders nicht, salvo quocunque aliorum judicio, erachten können, als daß die Substitutions-Clausul, per quam Domina Actrix ad fideicommissum vocata fuit, unter dem versiculo: Jedoch ꝛc. anfangend, welchen Testatrix biß zu Ende aufgehoben, und daß er nichtig seyn solle, sich in Codicillis expressis verbis erklärt, begriffen mit revocirt sey, es wäre dann, daß die Antecedentia & Consequentia gantz ein anders zeigeten, davon wir nicht urtheilen können, weil wir bloß allein den Gerichtlich producirten Extract des Testaments und Codicills gehabt, und wohl wünschen mögen, daß wir das gantze Testament und Codicill zu sehen und lesen bekommen, um desto besser ex antecedentibus & consequentibus davon zu judiciren.

Weil aber ad primam quæstionem mit 60
mehrerem bereits dargethan, daß nimmermehr dafür gehalten werden könne, daß der Mönckinghof Lamberten von Oer, von Anna von Westerholt in ihrem Testament legirt, und mit einem Fideicommiss, Krafft dessen er auf Frau von Quad fallen und kommen solle, afficirt sey, wollen wir uns hierbey nicht länger unnöthig aufhalten, sondern mit wenigem gleichfalls nur noch gedencken, daß, wann gleich gesetzt den ungestandenen Fall, auch diß Gut

Mönckinghof legirt, mit dem Fideicommiſs ſolcher Geſtalten, daß es auf die Frau von Quade nach ihrer Brüder Tod und Hintritt ohn Erben fallen ſollte, afficirt, und das Fideicommiſs durch den Codicill nicht revocirt worden wäre, es nichts deſtoweniger dadurch revocirt und abolirt wäre, daß die Frau Teſtirerin noch bey ihren Lebzeiten ſo wohl dem in gemeldtem ihrem Teſtament eingeſetzten Erben, dem Herrn von Weſterholt die Erbſchafft Gerichtlich abgetreten und cedirt als dem Legatario Lamberten von Oer nicht nur den Hof quæſtionis, ſondern auch die andere legirte Güter übergeben, mithin das gantze Teſtament abolirt, aufgehoben und revocirt, Geſtalten von den Dd. dieſes vor eine richtige Lehr gehalten wird:

61 Quod ſi Teſtator vel Teſtatrix in teſtamento vel ultima voluntate, univerſali Inſtitutionis heredis, aut particulari legati vel fideicommiſſi ſingularis titulo relicta vivus ſimpliciter perſonis honoratis præſtiterit aut tradiderit, traditio iſta totius teſtamenti atque in eo factæ heredis inſtitutionis, relictorumque legatorum aut fideicommiſſorum everſionem & revocationem poſt ſe trahat, & ut prior titulus heredis inſtitutionis & legati in donationem inter vivos tranſeat ac degeneret, operetur.

arg. l. 22. ff. de legat. 2. l. 84. §. 11. ff. de legat. 1.

Qui textus id evidentiſſimè probant de legato, ejusque à vivo teſtatore legatario facta præſtatione, ceu conceptis verbis de eo loquentes & ſatis clare id innuentes, quod legatum per ejusmodi traditionem ab ipſomet Teſtatore in vita ſua ſimpliciter factam in donationem inter vivos convertatur, nihil autem prohibet aut obſtat, quo minus iidem etiam ad heredis inſtitutionem extendantur, & de eadem idem quoque aſſeratur, ex rationis identitate, quæ caſibus utut in facto ſeparatis, in medio concludendi tamen coincidentibus eandem ſuadet & operatur deciſionem.

l. 32. ff. ad Leg. Aquil. l. 9. §. 2. ff. de edend.

Unde & caſus ſub ratione legis comprehenſus in lege ipſa comprehenſus ac deciſus intelligitur

Roſenthal. *de feud. cap. 12. concluſ. 19. num. 19.*

Pluribus id probare, & tam rationibus, quam authoritatibus confirmare ſatagit Dn. Collega D. Graſs *cit. Diſp. de Traditione relictor. in ult. volunt. à vivo teſtat. perſonæ honoratæ facta. th. 16. ad quem remiſiſſe ſufficiat, ne ibi diſcuſſa hic repetamus præter neceſſitatem. Oſtendit idem etiam in ſeqq. th. 17. 18. &c. quod hanc abolitionem, everſionem & revocationem teſtamenti & heredis inſtitutionis, quam operatur traditio talis à vivo teſtatore heredi & legatariis ſimpliciter facta, per neceſſariam conſequentiam ſequatur deſtructio & revocatio omnium cæterorum capitum, quæ præter heredis inſtitutionem in teſtamento ſcripta fuere, in ſpecie legatorum & fideicommiſſorum caſſatio & revocatio, reique legatæ ab onere fideicommiſſi in teſtamento ei, qua tali, ante impoſiti liberatio.*

Wenigſtens wäre indubitatò durch die von 62
Frau Anna von Weſterholt bey ihren Lebzeiten geſchehene Übergab des Mönckinghofs Krafft einer freyen, ſteten und unwiederruffichen Gabe, wann man gleich ſetzet, daß er in ihrem Teſtament legirt, und fideicommiſſo, auch in favorem Actricis afficirt, der titulus legati in titulum donationis ſimplicis & abſolutæ inter vivos convertirt, mithin das dem per traditionem à viva teſtatrice factam abolirten und in donationem inter vivos convertirten Legato annectirte fideicommiſs caſſirt und abolirt.

arg. d. l. 22. & l. 84. §. 11.

Ubi enim non tenet legatum, nec durabunt ea, quæ legato cohærent, & propter legatum facta ſunt, adeoque nec onus fideicommiſſi legato impoſitum aut adjectum tenebit.

arg. l. 37. pr. §. 1. ff. de legat. 3. ibid. Gloſſa & Bart. *l. 28. ff. de adim. & transf. legat.*

Und wird ſich 3.) klärer ergeben und an Tag 63
legen, ob Lamberts von Oer hinterlaſſene Kinder ſolches nicht ſelbſt agnoſcirt, wann der Brüder- und Schweſterliche Theilungs-Verglich producirt wird, ſo zwiſchen gedachten Lamberts von Oer Söhn und Töchtern nach des Vaters Tode getroffen worden, vermög deſſen dem älteſten Bruder Gisbert von Oer das Haus Kakesbeck, Wennemar von Oer an Geld . . . . Rthl., Burckard von Oer das Gut Dünckelburg und Mönckinghof aſſignirt, ſodann einer jeden Schweſter 3000 Reichsthaler an ſtatt der Erbs-Portion gegeben worden ſeyn ſolle. Denn wann es ſich mit ſolcher Theilung alſo verhält, wie von Frau Beklagtin Appellantin in ihren Schrifften angeführt, möchte nicht unbillig erachtet werden, weil dergleichen Theilungs-Vergliech mit dem Fideicommiſs faſt nicht compatibel, daß ſie Geſchwiſtrige das Fideicommiſs, wann es bißdahin beſtanden, einander remittirt und aufgehoben. Welches aber der producirende Theilungs-Verglich künfftig wird lehren, deſſen, wie auch Frau Klägerin Verzichts-Notul oder Inſtrumenti Renunciationis paternæ, maternæ & fraternæ hereditatis Edition Rechts-befugter Weyſe geſucht und verlanget worden, woraus ſich ergeben wird,

ob

ob Frau Klägerin nicht gleich ihrer Schwester nahmentlich auf das Gut q. renunciret.

Wann aber selbiges gleich nicht expresse darinn geschehen, stehet ihro doch sehr entgegen die von ihr verbis & quidem valde emphaticis ac factis zu verschiedenen mahlen beschehene approbation ihres Herrn Bruders, mit Frau Beklagtin und Appellantin aufgerichteten Ehe-Pacten und Testaments, sodann deren darinn beschehenen Vermächtniß des Guts quæstionis Genehmhaltung, wie sub gravamine *11. & 12.* weitläuffig remonstrirt, Uns darauf geliebter Kürtze halben beziehend. Weil dann nach bißheriger Ausführung, wann ja gleich öffters berührtes Behandungs-Gut mit einem Fideicommiss beschwehrt gewesen, solches doch durch den nachgehends aufgerichteten Codicill, ja vorhin durch die würckliche Ubergab desselben von der Testatricin in ihren Lebzeiten, durch die getroffene Schwester- und Brüderliche Theilung, wieder aufgehebt worden, und dasselbe von Burckard von Oer, wie er vielfältig klar zu erkennen gegeben, als ein freyes Gut besessen, hat er selbiges seiner Gemahlin zu vermachen gut Fug und Macht gehabt, kan auch solche Vermachung so weniger von Frau Klägerin mehr angefochten werden, als sie selbige multis modis approbirt und ratificirt.

64 Certum enim est, quod cuilibet permissum ac concessum sit jus suum, quod forte contra testamentum habet & intendere posset, cum effectu remittere, quo factu obtinet regula, quod qui semel remisit jus suum, nequeat amplius illo uti

l. 1. §. 6. de succeſſ. Edict. l. 14. §. 9. de Ædil. Edict.

65 Quæ remissio in præsenti casu eo fortior censenda, quod ea non semel, sed aliquoties verbis & quidem tam emphaticis ac factis repetita sit, quo casu si non quod semel, multo minus quod pluries, totiesque placuit, displicere potest ac debet.

c. 21. de reg. jur. in 6. l. 10. ff. qui ſatisd. cog.

notum quippe, quod ex actu reiterato & toties repetito arguatur certa & deliberata voluntas reiterantis

Barbos. *thes. locupl. lib. cap. ax.*

& ideò deinde tanto minus contra eam veniens audiendus.

66 Ist noch übrig mit wenigem

Die dritte Frage

zu berühren:

Ob Burckarden von Oer nicht die Gemeine Rechte, so die Succession in Emphyteusi Ecclesiastica ad heredes sanguinis restringiren, darinn zuwider gestanden, daß er das Gut quæst. seiner Gemahlin nicht vermachen mögen?

Bey deren wir kürtzlich der beständigen 67
rechtlichen Meynung seyn, daß ihm die Rechte darinn durchaus nicht zuwider gestanden seyn.

Denn obwohl viele davor halten, quod 68
Emphyteusis Ecclesiastica in rebus Ecclesiæ constituta ad tertiam solummodò generationem accipientis porrigatur,

Nov. 7. c. 3. pr. & c. 7.

ac quamvis jure novo in perpetuum & in infinitum pro descendentibus concedi queat, non tamen ad heredes extraneos transeat,

Nov. 120.

in eoque differat à Civili Emphyteusi in rebus secularibus constituta, quæ perpetua & ad quoscunque heredes transitoria

§. 3. Inst. de locat. conduct. l. 1. pr. ff. si ager vectigal.

ut quidem communem hanc opinionem esse & in consulendo judicandoque sequendam refert & sequitur

Clar. *§. Emphyteusis. quæst. 28. num. 8.* Dec. *in c. in præsentia. §. sit ergo conclusio. X. de probat.* Covarruv. *lib. 2. var. resol. 17. num. 5.* Colleg. Jur. Argent. *ad d. tit. ff. si ager vectig. th. 40. 44.* Obrecht. *Disp. de Jur. Emphyteut. sub rubr. de forma Emphyteus. th. 92. seqq.* Bocer. *cl. 1. Disp. 15. th. 49.*

So ist doch diese Meynung und gemachte 69
Differenz inter Civilem & Ecclesiasticam Emphyteusin in Rechten durchaus nicht gegründet, sondern es kan so wohl Emphyteusis Ecclesiastica als Civilis auch privatis in perpetuum oder ad certum tempus gegeben werden.

Nov. 120. c. 6. §. 1. ibi: *sed & perpetuo &c. c. 7. x. de reb. Eccles. non alien.*

Und ist beyderley sive utraque species sua 70
natura ad quosvis heredes transitoria, non attento, utrum simpliciter, an verò Emphyteutæ & heredibus, vel Emphyteutæ & heredibus quibuscunque concessa Emphyteusis fuerit. Semper enim, quocunque illorum modorum uno concessa fuerit, ad heredes non tantùm descendentes, sed quoscunque, etiam extraneos, transire eandem dicendum est, cum alias paciscentes non sibi solum, sed & heredibus suis qualibuscunque, omninò prospicere voluisse videantur ac intelligantur.

l. 9. ff. de probat. 2. F. 18.

Wie gantz wohl observiren 71

Harpprecht. *ad §. 3. Inst. de locat. conduct. num. 176. 184. seqq.* Bachov. *vol. 1. ad Treutl. Disp. 29. th. 10. lit. A.* Franzk. *de laudem. cap. 9. num. 49. seqq.*

seqq. Strauch. *Dissert. ad univers. Jus Justin. 15. th. 24.* ibique Thomas. Ludwell. *Ex. 13. th. 7. lit. i.* Ziegler ad Lancell. *Inst. lib. 2. §. 7.* B. D. Lauterbach. *ad tit. ff. si ager vectig. th. 16.* Klock. *vol. 2. Cons. 47. num. 77. seqq.*

72 Welches hier bey diesem Werdischen in Emphyteusin ab Abbate Werdensi, cum consensu totius Conventus & Capituli, (testantibus literis Investituræ ab Hermanno Abbate Werdensi anno 1564. d. 9. Junii Hermanno de Westerholt concessis, verbis: Wir Hermann von GOttes Gnaden Abt, Antonius Prior, Paulus Kelner, Stephanus, Henricus, Fridericus Seniores, Rabanus Custos und fort wir samentliche Capitels Personen des Stiffts Sanct Ludgers zu Werden, thun kund,) concedirten Sadelhof, der Mönckinghof genannt, desto eher und mehr anschlägt, als derselbe ausdrücklich zu einem Erb-Pfacht-Gut nicht nur gedachtem Hermann von Westerholt, sondern auch dessen Erben, Erbfolgern, und Nachkommen, (testibus prædictis literis Investituræ, ibi: Und wann Vielged. Westerholt nach dem Willen des Allmächtigen in GOtt verstorben, soll alsdann obbemeldten Westerholts Erbfolger &c. & ibi: Daß vielgemeldter Westerholt vor sich und seine Erben &c. Rursus ibi: Sollen Westerholt und seine Erben, von Erben zu Erben, &c. quorum nomine utique non tantum heredes sanguinis & descendentes, sed heredes quicunque, etiam extranei, veniunt, ut oppido id probant & evincunt Investituræ ab Abbate Hugone Bartholdo de Freytag, & Lamberto de Oer factæ, quæ satis declarant, in qua significatione vox heredum in anterioribus Investiturus usurpata, nempe in communi & vulgari significatione, qua designat quemlibet, quem quis aut ex propria aut legis dispositione habet Juris Successorem, hoc est, non tantum liberos & descendentes, aliosque proximiores ab intestato succedentes Ascendentes Agnatos & Cognatos, verum etiam extraneos quascunque heredes institutos.

Aug. Barbos. *tract. de verborum appellativa signific. voc. heres num. 40.* addatur Vinc. Fusar. *de substit. quæst. 318. & quæst. 339. num. 2. seq. per tot.*)

gegeben worden, und die uhralte Observanz und Gewohnheit nicht nur in den bereits angezogenen Exempeln des Bartholdi von Freytag zu Sandfurth und Lamberten von Oer, sondern auch in andern längst vorher gegangenen Exempeln des Hermanni von Coppel Gerhard von Sassen Tochtermanns, des Burckardi von Westerholt, des Philipp Arnolden von Birkund zu Bladenhorst gnug und überflüßig bezeugt und bestätiget, daß auch Extranei heredes damit öffters behandet worden seyn.

Deßwegen dem letztern Besitzer des Guts quæstionis nichts im Wege gestanden, daß er nicht den so viel Jahr von ihm und seinem Vatter ex titulo donationis inter vivos ipsi factæ, als ein freyes Gut, besessenen Hof cum Pertinentiis seiner Frau Gemahlin in den Pactis dotalibus und nachgehends aufgerichteten Testament vermachen, und sie damit behanden lassen dürffen, wo wider dessen Frau Schwester so weniger mit einigem Nachdruck waß moviren kan, als sie sothane disposition wohlbedächtlich an leiblich geschwohrnen Aydes statt vermittelst eines ausführlichen und in expressiven terminis abgefaßten Renunciations-Scheins Gerichtlich approbirt, das ihr darinn vermachte Legatum würcklich angenommen und sich damit vergnügt, auf alle dagegen habende Forderunge, Recht und Streit renunciret, Frau Beklagtin und Appellantin in ruhige Possession des ihr vermachten Guts kommen, und drey gantzer Jahr darinn ruhig sitzen lassen, und gegen diejenige, so sie darinn zu turbiren sich unterwunden, Ihro mit Rath und That würcklich assistirt. 73

Bey welcher der Sachen Bewandtniß, wir nochmahls, salvo aliorum judicio ac suffragio, anders nicht erachten können, denn daß Frau Appellantin zum Ob-Sieg und erfreulichen Reformatoria in hac Instantia gute Hoffnung zu schöpffen.

Welches wir zu verlangter Rechtlichen Nachricht dienstlich nicht verhalten, und alles den Rechten gemäß zu seyn mit Unserer Facultæt gewohnlichen Insigel bekräfftigen wollen.

Actum in Collegio nostro d. 22. Septembr. 1698.

CON-

CONSILIUM LXXV.

De

Privatione Legatorum, ob eorum possessionis apprehensionem privata authoritate, a personis honoratis factam, an hodie, & quatenus locum habeat?

SUMMARIA.

1. *Si Legatarius propria authoritate, violenter vel clam, & ita etiam singulari violentia rem legatam apprehendit, actio legati ipsi denegatur.*

2. *Si namque privatis, ut sibi jus dicerent, permitteretur, nunquam judiciis suus constaret honos, nusquam legibus sua authoritas.*

3. *Merito ergò autodice, tanquam pestis Pacis publicæ pernitiosissima, & turbarum, tumultuum, seditionum cædiumque causa, Legibus invisa & prohibita est.*

4. *Unde qui debitum à debitore non fugiente per vim extorquet, jus crediti amittit.*

5. *Qui rem mobilem, quam suam putat, imprudens juris, eo animo per vim abstulit, quasi id domino liceret, dominio suæ rei cadit. Sin autem aliena res sit, restitutionem ejus, etiam æstimationem præstare cogitur.*

6. *Nec circa personam invasoris refert, cujuscunque sit sexus aut conditionis.*

7. *Nec multum interest, palam an clam facta fuerit invasio.*

8. *Multi quidem hactenus dictorum usum & observantiam hodiernam in dubium vocant.*

9. 10. 11. 12. 13. *Viridis tamen Legum, autodicen ita punientium, usus stabilitur atque ostenditur.*

14. 15. 16. 17. *Limitantur tamen hactenus adducta, si Legatarius propria authoritate capiat Legatum post aditam hereditatem.*

18. *Aut nisi Legatarius in continenti doceat de Legato, ejusque diem ante aditam hereditatem cessisse. junct. num. 19. 20.*

21. *Heredes distinguuntur in necessarios & voluntarios, illi rursus in necessarios simplicieter tales, & suos ac necessarios simul. Voluntarii sive extranei heredes sunt, qui non sunt in potestate testatoris, sive sanguine juncti sint, sive non.*

22. 23. *Hereditatis aditio est actus, quo is, cui hereditas delata, voluntatem de ea suscipienda, declarat signis externis.*

25. *Hinc adeundi animus nullum producit effectum, nisi foras prodierit.*

26. *Hodie ante trigesimum diem hereditas non suscipitur, nec ante testamenta publicantur. add. num. sqq.*

30. *Si legatarius aliquam rem subtraxit heredi, quæ non erat legata, sed pro legato, in quantitate aut genere consistente, obligata, ille solum jure hypothecæ, quod habebat in illa re, cadit.*

31. 32. *Non admittenda est probatio ejus, quod probatum non relevat.*

33. *Pro consequendo legato quantitatis aut generis, competit actio personalis ex testamento, cum qua alternativè concurrit actio hypothecaria.*

34. *Uxor, quæ marito de suis & uxoris bonis simul testanti consensit, marito mortuo dispositionem illam mutare nequit.*

35. *Præsertim, quando illa heres ex asse est instituta, voluntatemque ultimam mariti agnovit & hereditatem adiit. add. num. 36.*

37. *Malitiis non est indulgendum.*

38. *Sed iis obviandum.*

39. *Monitum Davidis Mevii ad Judicem conscientiosum & cordatum de litibus abbreviandis.*

40. *Legata cum usuris à tempore moræ, juxta naturam actionis ex testamento, bonæ fidei actiones in hoc imitantis, sunt exsolvenda.*

Urthel.

IN Sachen Rechtens sich haltend zwischen Seel. Rittmeister Christoph Oppermanns hinterlassener Wittwen Erben, Beklagten Appellanten und Leuteranten Eines, entgegen und wider gedachten Rittmeister Oppermanns Legatarten Klägern, Appellaten und Leuteraten andern Theils beederseits in Actis benannt, erkennen wir Fürstlich Stifft-Hildesheimische Verordnete Cantzler und Räthe, allem Gerichtlichen Fürbringen nach auf eingehohlten Rath auswärtiger Unpartheyischen Rechtsgelehrten, mit Urtheil zu recht, daß Leuteraten sich durch Ergreiffung der Possession des Oppermannschen Brau- und Wohn-Hauses auf der Almen-Strassen in Hildesheim, Ihrer von ermeldtem Rittmeister in seinem den 15. Novembr. anno 1683. aufgerichteten Testament verschafften, und von seiner Wittib nachmahls in ihrem den 13den Octobr. errichteten Testament nichtig revocirten Legaten, alles Gegentheiligen Einwendens ungehindert, keinesweges verlustig gemacht haben, sondern Leuteranten nunmehro ohne weitere Verzögerung inner sechs Wochen den Leuteraten die Ihnen von besagtem Rittmeister Oppermann in seinem Testament verschaffte Legata sammt den Zinsen von Zeit der Oppermannschen Wittiben Tode, als à tempore moræ, zu entrichten schuldig und verbunden, oder im Wägerungs-Fall der Execution gewärtig, die Unkosten aber aus Bewegniß gegen einander compensiret und verglichen seyn sollen.

RATIONES DECIDENDI.

DIe Ursachen, so Uns in Sachen Rittmeister Oppermanns Legatarien, wider dessen hinterlassener Wittwen Erben, also zu sprechen, wie vorstehende Urtheil enthält, bewogen, bestehen kürtzlich darinn.

1 Daß ob zwar 1.) nicht ohne, daß in

L. 5. C. de legat.

klar versehen, quod si Legatarius propria authoritate violenter vel clam, & ita etiam singulari violentia, rem legatam apprehenderit, actio legati ipsi denegari & sic legato privari debeat. Idque quia si quis aliquod Jus de quacunque re vel facto contra aliquem se habere putaverit, Judicem vel Magistratum adire debet, & per eum, quod sibi deberi existimat, reposcere.

Idcirco enim Judiciorum vigor, Jurisque publici tutela ut ajunt Impp. Honorius & Theodosius

in leg. 14. Cod. de Judæis & Cælicol.

videtur in medio constituta, ne quisquam sibi ipsi vindicare valeat ultionem. Certè in re propria iniquum admodum est, alicui licentiam tribuere jus sibi ipsi dicendi.

Leg. 1. Codit. ne quis in sua causa judic.

Si namque privato cuivis, ut sibi jus di- 2
ceret, permitteretur, nunquam sanè Judiciis suus constaret honos, nusquam legibus sua authoritas: Quinimò omnium Civium tenuiorum bona libidini & avaritiæ potentiorum exponerentur, qui postea sine difficultate sub prætextu debiti aut juris in re quapiam sibi constituti per vim tenuioribus sua eriperent, illosque jure suo spoliarent.

Non concedendum esse singulis, quod per Magistratum possit publice fieri, bene & recte inculcat Paulus JCtus

in l. 176. ff. de reg. jur.

addens rationem, ne occasio sit majoris tumultus faciendi, à qua non multum abludit ratio, quæ redditur

in l. 13. §. 3. de usufruct.

Cur ad arma & rixam patiatur procedere Prætor, quos potest sua Jurisdictione componere? Tumultum autem quem evitari vult Jurisconsultus Paulus, eleganter & ad hanc ipsam rem sic describit Constantinus Imperator

in l. 6. Cod. ad Leg. Jul. de vi public. & privat.

Multa

Multa, inquiens, facinora ſub uno violentiæ nomine continentur, cum aliis vim inferre tentantibus, aliis cum indignatione reſiſtentibus, verbera, cædesque crebro deteguntur admiſſæ.

3 Merito ergo autodikia tanquam peſtis pacis publicæ pernitioſiſſima, & turbarum, tumultuum, ſeditionum, cædiumque cauſa, legibus inviſa & prohibita eſt. Quicunque itaque propria & privata authoritate, vel potius temeritate ſibi ipſi jus dicit, vel propria authoritate illud vindicat, occupat, aut alio modo per vim ſurripit, in quo commode Magiſtratus ſententiam expectare potuiſſet, juris ſui, quod in illo vel ad id habuit,
4 amiſſione mulctatur. Unde qui debitum à debitore non fugiente per vim extorquet, jus crediti amittit,

l. 12. §. 2. l. 13. ff. quod met. cauſa.

5 Qui rem mobilem, quam ſuam putat, imprudens juris, eo animo per vim abſtulit, quaſi domino liceret etiam per vim rem ſuam à poſſeſſoribus auferre, dominio rei ſuæ cadit; ſin autem aliena res ſit poſt reſtitutionem ejus, etiam æſtimationem ejusdem præſtare cogitur.

§. 1. Inſt. de vi bon. rapt. l. 7. C. unde vi ubi Impp. ſimiliter ita reſcribunt:

Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut poſſeſſionem rerum apud Fiſcum vel apud homines quoslibet conſtitutarum, ante adventum Judicialis arbitrii, violenter invaſerit, Dominus quidem conſtitutus poſſeſſionem, quam abſtulit, reſtituat poſſeſſori, & dominium ejusdem rei amittat. Si vero alienarum rerum poſſeſſionem invaſit, non ſolum eam poſſidentibus reddat, verum etiam æſtimationem earundem reſtituere compellatur.

add. l. 4. C. fin. regund. l. pen. & l. ult. ff. ad L. Jul. de vi priv. l. pen. C. de loc. conduct. l. 6. C. ad L. Jul. de vi publ. Nov. 60. c. 1. ubi ſimiles conſtitutiones.

6 Nec circa perſonam invaſoris refert, cujuscunque ſit ſexus aut conditionis, nam nec fœmina, nec miles, nec ruſticus hîc excuſatur, quoad iſtam pœnam, ſi tale quid attentaverint.

poſt Bald. Alber. de Roſate, Raph. Fulgoſium, Angelum, Aretinum, Menoch. *de recup. poſſ. remed. 9. n. ult.* Mev. *p. 4. dec. 218. num. 1.* Hahn. ad Weſenbec. *tit. de vi bon. rapt. n. 4.* Brunneman. *Ex. 24. ad Inſtit. th. 2.*

7 Nec multum intereſt, palam an clam facta fuerit invaſio, nam licet *l. 7. Cod. unde vi.* nominatim de violenta invaſione loquatur, ac violenta invaſio videatur illa, quæ palam fit, attamen qui clam ſeſe ingerit in alienas ædes, fundumve, à pœna d. Conſtitutionis nequaquam excuſatur, vi enim factum videtur, quod inſcio & invito domino factum eſt.

l. 5. pr. ff. de acquir. vel amitt. poſſ. l. 4. §. 25. de uſurp. & uſucap. l. 13. ff. quod met. cauſ. Mev. *p. 4. dec. 219.* ubi in terminis de eo, qui præſentibus Notario & teſtibus fundum oppignoratum abſente & ignorante debitore ingreſſus.

Und ob gleich 2.) viele hodiernum harum Le- 8
gum uſum & obſervantiam in Zweiffel ziehen, ſagende illarum rigorem totius orbis Chriſtiani uſu atque Praxi antiquatum & abolitum eſſe, quos magno numero adducit

B. Dn. Rebhan. *in Hodogeta Jur. Chart. 3. clim. 4. n. 25.* addens, quod in certa quadam hypotheſi iis omnibus & pluribus aliis in aciem productis, tamen evincere non potuerit, quo minus Cliens *in d. l. 7.* pœnam incidiſſe per ſententiam declararetur, quibus add. Wiſſenbach. *ad ff. Diſp. 35. th. 8.* Perez. *ad tit. Cod. Unde vi. num. 30.*

Können wir doch denſelben in ſo weit keinen 9
Beyfall geben, daß wir erachten ſollten, daß dieſe Leges in unſerm Reich teutſcher Nation heutiges Tages keinen Uſum mehr hätten, geſtalten auſſer deme, daß pro cujusque Legis obſervantia die Præſumption ſo lang ſtehe, und der ſich in Lege Juſtinianea gründet, ſo lang eine beſtgegründete Intention habe, biß ein widriges eingeführtes Recht vom Gegentheil dargethan iſt,

arg. Ord. Cam. p. 1. tit. 13. pr. & tit. 57. p. 2. tit. 31. inf. p. 3. tit. 54. pr. Rec. Imp. de Ao. 1654. §. 77. & §. 99. Ord. Jud. Aul. *tit. 1. 5. & ult. in fin.* Joh. Ott. Tabor. *de altero tanto. part. 4. art. ult.* Carpz. *p. 2. dec. 101.* Mev. *ad Jus Lub. qu. prælim. 7. n. 8. ſeqq.*

ſo laſſen uns de viridi illarum Legum, per 10
quas violenti rerum invaſores ihres Rechts, ſo ſie in den propria authoritate occupirten Rebus gehabt, priviret werden, uſu durchaus nicht zweifflen 1.) die Reichs-Conſtitutiones, darinn ſelbige, theils ausdrücklich und explicite, theils implicite, beſtättiget ſeyn.

vid. Ord. Cam. ann. 1521. tit. Wie es in Irrung der Poſſeſſion. §. Und ob ſich &c. ibi: ſo ſoll der Entſetzer dadurch directum dominium, das Eigenthum oder Haupt-Gerechtigkeit der Güter oder Gerechtigkeit, darum der Streit geweſen, verlohren haben. So aber dieſelbe Güter oder Gerechtigkeit gedachtem Entſezer mit ihrem Eigenthum nicht zugehören, ſoll er deren Werth dem Entſezten, NB. nach Ordnung gemeiner Rechte zu geben ſchuldig ſeyn. add. Ord. de Pace publica Wormatiæ inita Anno 1521. tit. dieſer Landfried ſoll &c.

Unde patet, quod licet Receſſibus Imp. alia 11
quoque remedia, quibus res per vim extorta recuperari poſſit, ſint introducta, tantum tamen abſit, quod Proceres Imp. veteres LL.

desuper latas tollere, ut potius vallum ac sepimentum iis addere voluerint, quo fortius constringerentur subditi ab omni violentia abstinendi & quod cuique debetur ab alio, ordinaria juris via, non spreto judiciorum ordine, consequendi.

Bachov. *v. 2. D. 25. th. 6. lit. C.* Schulz. *in Synopsi Inst. tit. de interdict. lit. E. & F. junct. iis, quæ tradit ad tit. de vi bon. raptor. lit. B.* ibique Beyer. *in addit.*

12 2. Die Testimonia deren in Praxi & usu fori versatissimorum JCtorum, de legum harum usu, viridique observantia testantium.

vid. Harpprecht. *ad §. 1. Inst. de vi bon. rapt. n. 4.* Ambros. Hiltebrand. *vol. 2. Disp. Basil. 17. th. 22.* Schnobel. *Disp. ad Pand. 21. th. ult. ubi dicit L. 7. C. unde vi. usum hodieque obtinere.* Frantzk. *ad d. §. 1. Inst. de vi bon. rapt. n. 9.* Ludwell. *Exerc. 15. th. 4. lit. a.* Menoch. *de recup. possess. remed. 9. n. 8.* Bertazoll. *lib. 4. Cons. 401. n. 2.* Rebhanius *in Hodoget. chart. 2. clim. 4. §. 25. in fin.* ubi præjud. Bicc. *in aur. sect. 4. th. 185. lit. UU.* ubi testatur, pro observantia LL. istarum JCtos Gryphiswaldenses, 21 Apr. 1640. respondisse, utut ipse in contrariam sententiam eat. Brunnem. *ad l. 7. C. unde vi. n. 10.* ubi pariter refert se scire juxta hanc legem judicatum esse. Modest. Pistor. *v. 1. Cons. 27. n. 76.* Wesenbec. *vol. 4. Cons. 284. n. 23. seqq.* Lyncker. *in Protribun. pens. 10. del. 1. pr. & de Gravamin. Extrajud. cap. 9. part. 2. §. 45.* Valent de Terebeben. J. U. D. Canonicus Ecclesiæ Hildesheimensis apud Laurent. Kirchoff. *vol. 5. Consil. 16. n. 2. 3.* Cran. *de interdict. cap. 13. num. 157.* Mev. *p. 1. dec. 95. n. 4. p. 4. dec. 218. 219. p. 5. dec. 156. n. 1. & 351. n. 10.* B. Collega D. Bardili *in Expl. d. l. 7. C. unde vi. th. 3. 4. seqq.*

13 So dann 3.) die Præjudicia und res judicatæ summorum Imperii Tribunalium, aliarumque Curiarum, die den usum dd. LL. gnugsam probiren und bestätigen.

vid. Seiler. *in Sent. Camer. de Ao. 1497. d. 13 Octobr. Anno 1536. d. 6 Octobr.* Decker. *in duodecennali period. rer. in Cam. judicat. Num. 559. pag. 277. & Num. 761. pag. 375.* Lyncker. *de Gravam. Extrajud. d. cap. 9. part. 2. §. 45.* ubi in specie meminit præjudicii recentioris in causa Hohenloh Neuenstein, contra Hohenloh Waldenburg, in qua cum Legatarius propria authoritate contra voluntatem heredis rem legatam sibi sumpsisset, Camera Imper. Spirensis una citationem ad videndum se incidisse in pœnam privationis Legati *vi L. 5. C. de legat.* decreverit. Hoffmann. *in Praxi Jur. Camer. noviss. tit. 5. de caus. litig. possess. pag. 277. seq.*

und insonderheit 4.) das Decretum Sacræ Cæsareæ Majestatis Domino Cardinali Bonvisio Nuncio Apostol. in causa successionis Palatinæ datum Viennæ 10 Martii 1686. relatum à Johanne Christ. Lunig *in Sylloge negotiorum public. intra vicennium tractat. pag. 899.* In quo expresse habetur: Nomine S. Cæsar. Majestatis Eminentissimo Dn. Cardinali Nuncio Bonvisio ad ejusdem interrogationem & instantiam an juxta Imperii Leges prætendens successionem in feudo, nec ejusdem possessionem intra annum & diem apprehendens beneficiis possessorii excidat? perbenigne respondendum; Leges Imperii in hoc capite à Jure communi Romano & Feudali non discrepare &c. Si autem neglecta via Juris & competentis Judicii sibi ipsi Jus dicere & possessionem ab alio apprehensam propria authoritate & facto occupare præsumat, eum jure suo cadere & in alias etiam pœnas pro circumstantiarum qualitate incidere &c.

Ob wohl aber, per hactenus deducta, die noch fürwehrende Observanz des *L. 5. C. de legat. l. 13. ff. quod met. causa l. 7. C. unde vi.* similiumque constitutionum, res sibi debitas non per judicem reposcentes, sed propria authoritate auferentes & occupantes, juris sui privatione mulctantium, zur Gnüge stabiliret, und dargethan ist, daß die eigenmächtige Occupirung der einem im Testament verschafften Sachen den Verlust der Legaten regulariter nach sich ziehe; 14

So halten wir jedoch 3.) mit den JCtis Francofurtensibus beständig dafür, daß die Dispositio *d. l. 5. C. de legat. l. 7. C. unde vi ac simil.* hierfalls durchaus keine Statt finde, noch sich die Oppermännischen Legatarii durch Ergreiffung der Possession des Oppermännischen Brau- und Wohn-Hauses auf der Allmenstrassen ihrer von dem Rittmeister Christoph Oppermann in seinem den 15 Novembr. 1683. aufgerichteten Testament verschafften Legaten verlustig gemacht haben, in reiffer Erwegung, 15

quod communiter ab omnibus Interpretibus *d. l. 5. C. de legat.* restringatur, ut ejusdem dispositio tantum obtineat, & Legatarius legato privetur, si propria authoritate legatum capiat post aditam hereditatem, si vero capiat ante aditam hereditatem seu jacente hereditate, minime privetur legato, sed tum saltem teneatur rem legatam heredi restituere conventus interdicto quod legatorum, si forte immineat Falcidia. 16

l. 1. §. 2. 5. ff. quod legat.

Quam in rem notabiliter scribit 17

Jason. *in d. l. 5. C. de legat. num. 1.*

Si

Si Legatarius rem legatam occupat cum vitio, perdit legati petitionem & legato privatur, hoc dicit textus & eſt ſingularis in jure ſecundum Paulum de Caſtro. Et ſecundum verum intellectum Gloſs. & Dd. dicitur Legatarius occupare rem legatam cum vitio, quando hereditas erat adita per heredem & apprehenſa poſſeſſio, ita loquitur iſta lex, ſed ſi hereditas non fuiſſet adita, vel non eſſet apprehenſa poſſeſſio, quo caſu eſſent bona vacantia, tunc ſi Legatarius apprehenderet poſſeſſionem talium bonorum vacantium, non dicitur apprehendere cum vitio, nec privaretur legato, ſed bene heres poſſet revocare poſſeſſionem per Interdictum quod Legatorum, quando immineret Falcidia, ut eam poſſet retinere &c. Et ita diſtinguentium an adita, vel jacente hereditate Legatarius rem legatam propria authoritate occupet, ſententiam communiter receptam & approbatam teſtatur

Brunnemann. *ad d. l. 5. num. 3.* Cardinal. Tuſch. *lit. C. concl. 151. num. 2.* Paul. de Caſtro, *ad d. l. 5. & lib. 1. Conſ. 396. n. 3.* Angel. Aretin. *Conſ. 77. num. 10.*

18 Item limitatur *d. l. 5. C. de legat.* diſpoſitio, & aſſertum quod Legatarius rem legatam propria authoritate occupans legato privetur, niſi Legatarius in continenti doceret de legato, ejusque diem ante aditam hereditatem ceſſiſſe, tunc enim heredi obſtaret exceptio : dolo facis petendo, quod in continenti reſtituturus es.

Gloſs. Bartol. Angel. *in l. 1. ff. quod legat.* Cardin. Tuſch. *lit. C. concl. 151. num. 22.*

19 Nun haben hier des Chriſtoph Oppermanns Legatarii, in Actis benandt, ſo von ihm in ſeinem Anno 1683. aufgerichteten, und mit ſeinem Todt bald darauf confirmirten, den 15den October 1694. publicirten, und richtig auch ohnmangelhafft befundenen Teſtamento, darinn er ſeine Frau zur Erbin ex aſſe inſtituirt, mit einigen Legatis bedacht und honorirt worden, doch alſo, daß ſie ſelbige erſt nach der Frauen Todte haben und empfangen ſollten, nachdem ſie vernommen, daß des Rittmeiſter Oppermanns Wittiben Verwandten damit umgiengen, daß ſie ſelbige um ihre Legata bringen möchten, und deßwegen die Wittibe importunis ſollicitationibus inducirt, daß ſie die von ihrem Mann ſeel. in ſeinem, mit ihrem guten Belieben und Conſens, auch in ihrer Gegenwart, coram Deputatis Senatus aufgerichteten Teſtament, von ſeinem Vermögen ſeinen Freunden verſchaffte Legata in einem von ihr den 15 Novemb. 1694. aufgerichteten Teſtament nichtig revocirt, bey Löbl. Obrigkeit der alten Stadt Hildesheim ein Memorial den 27 Nov. 1694. übergeben, darinn ſie angeſucht, die rechtliche Verordnung zu geben, auch ein zulängliches Decretum darüber zu interponiren, daß Herr Rittmeiſter Oppermanns hinterlaſſenes Brau- und Wohnhaus, nebſt dem bey der Raths-Cammerey ſtehenden Capital à 600 Gulden, und den bey dem Brauer-Gülde ſtehenden 300 Rthr. ihnen Legatarien zur gerichtlichen Verſicherung ihrer Legaten ſtehen, und nach des ſeel. Teſtatoris nachgelaſſener Frau Wittiben Todte *ex L. fin. C. de Edict. D. Hadr. toll.* dieſelbe zu ihrer Befriedigung ihnen ſo fort angewieſen, ſie darinn immittirt, und dabey biß zu ihrer völligen Befriedigung manutenirt, ſolches auch der Löbl. Cammerey und Brauer-Gülde angedeutet, und daſelbſt behörig verzeichnet werden möchte, darauf dicto die 27 Novembr. 1694. reſolvirt, und der Wittwen Verwandten per Deputatos angedeutet worden, daß ſie von des ſeel. Chriſtoph Oppermanns Gütern nichts veralieniren, ſondern biß zu deſſen nachgelaſſener Wittwen Todt alles in ſtatu quo laſſen ſollten. Als ſie Legatarii aber den 27ſten Decembr. 1694. gehört, daß die Oppermänniſche Wittibe in agone läge, haben ſie den Notarium eventualiter beſtellt, und den 28ſten Decembr. 1694. gleich immediate auf den ſeelig erfolgten Tod gedachter Wittwen præſente Notario & teſtibus von dem Oppermänniſchen Brau- und Wohnhaus poſſeſſionem inſtrumentalem, (ut vocatur. vid. Dn. Stryck. *de poſſeſſ. inſtrum. cap. 2. num. 2.*) anſam januæ apprehendendo & fruſtulum ligni è januæ circumferentia reſecatum ſecum auferendo genommen, wie das darüber à Notario aufgerichtete Inſtrumentum publicum bezeuget Num. Act. 18. auch ſolches gleich in continenti der Obrigkeit angezeigt und Mandatum manutenentiæ apprehenſæ poſſeſſionis illarum ædium ex *L. ult. C. de Edict. D. Hadr. toll.* ac arreſtum auf das bey der Cammerey zu Hildesheim ſtehende Capital à 600 fl. und bey dem Brauer-Gülden ſtehende Capital à 300 Rthr. zu decerniren gebeten, ſo ſie auch erlangt.

Haben deme nach beſagte Oppermänniſche 20
Legatarii die Poſſeſſion des Oppermänniſchen Brau- und Wohnhauſes noch ehe der Oppermänniſchen Wittib Erben die ihnen per Teſtamentum viduæ deferirte Erbſchafft angetreten, ergriffen. Denn weil ihre Erb-Laſſerin dazumal kaum die Augen geſchloſſen gehabt und verſchieden geweſen, und die Erbſchafften, ſo andern eingeſetzten Erben, als denjenigen Kindern, welche zur Zeit ihres Vaters Abſterben in vätterlichem Gewalt ohn Mittel geweſen, durch Teſtament, oder ſonſt auch ab inteſtato, à Lege deferirt werden, nicht anders, dann mittelſt Antretung oder Annehmung derſelben erlangt und zugeeignet werden, wie bekandt.

ex pr. §. 1. & ſeqq. Inſt. de hered. qualit. 21
& differ. ubi heredes diſtinguuntur in neceſſarios & voluntarios, illi rurſus in neceſſarios ſimpliciter tales, quales ſunt ſervi à dominis heredes pure inſtituti tempore mortis adhuc in eorundem poteſtate exiſtentes, qui nolentes vo-

lentes statim post mortem dominorum, sine ullo suo facto aut voluntatis declaratione, à lege pro heredibus habentur; & suos ac necessarios simul, quales sunt liberi, qui in patria potestate tempore mortis Patris constituti & in familia ejus gradu proximi sunt, itidemque ipso jure tam ex testamento, quam ab intestato, sive velint, sive nolint, ignorantes quoque & inviti heredes existunt; à Prætore tamen jus abstinendi impetrarunt, quo beneficio ipsis concesso, actu primo, sine voluntatis declaratione, ipso jure heredes quidem adhuc existunt, ut autem actu secundo fiant & maneant tales, immixtio requiritur. Voluntarii sive Extranei heredes sunt, qui non sunt in potestare testatoris, sive sanguine juncti sint, sive non, & hi hereditatem sibi delatam non acquirunt, nisi eam adierint. *§. 6. Inst. d. t.*

22 Solche Antretung der Erbschafften aber durch mündlich oder schrifftlich gethane Erklärung die deferirte Erbschafft anzunehmen, oder durch würckliche Unterziehung mit der That und Exercirung dergleichen actuum, die von keinem andern, dann der ein Erbe ist, verrichtet werden können, und zwar auf vorgehende Eröffnung des Testaments und letzten Willens, so vorhanden, geschiehet,

23 Est enim hereditatis aditio actus, quo is, cui hereditas delata, voluntatem de ea suscipienda declarat signis externis. Cum voluntas in mente retenta nihil operetur

l. 7. de condict. ob caus.

24 nec actus voluntatis internus sufficiens & congruens sit naturæ societatis humanæ, quia nemo alterius mentem introspicere potest, ideo verba aut alia signa externa requiruntur, quibus animus rationi conveniens indicetur,

Grot. *2. de J. B. & P. c. 6. n. 1.*

25 Hinc adeundi animus nullum producit effectum, nisi foras prodierit, & voluntas suscipiendi hereditatem delatam verbis certum & constans adeundi propositum significantibus, scriptis vel ore prolatis, aut factis, quæ citra jus & nomen heredis ab eo fieri haud potuerunt, declarata sit.

§. ult. Inst. de hered. qualit. & different. l. 20. pr. §. 1. & seqq. ff. de acq. vel omitt. hered. Struv. *Ex. 34. th. 23.*

26 Sothane Eröffnung des von der Oppermännischen Wittib aufgerichteten Testaments, und darauf eine solche mündlich oder schrifftlich gethane Erklärung die per Testamentum von ihr deferirte Erbschafft anzunehmen, der Zeit, hier in unserm Casu, von den Erben noch nicht geschehen, auch honeste so gleich in ipso mortis momento fast nicht geschehen können, da zumal heutiges Tags die Eröffnung der Testamenten, und Erklärung de adeunda vel repudianda hereditate delata gemeiniglich pflegt auf ein Monath nach dem Todt des Erb-Lassers oder Erb-Lasserin verschoben werden, und alsdann ererst erfolgen, wie solches in Jure Saxonico expresse gesetzt und dazu determiniret ist,

teste Struvio *Ex. 34. th. 29.* Carpz. *p. 3. c. 14. d. 14. 16.* ubi & de tempore, quo secundum Jus Civile hereditas jacere dicitur, simul agit *in d. def. 14.*

So kan die Hereditas der Oppermännischen Wittib nicht pro tunc temporis jam adita gehalten, sondern muß noch pro jacente geachtet werden, folglich findet die Privatio Legatorum Leuteratis relictorum nicht statt ob apprehensionem possessionis ædium privata authoritate ab ipsis factam ante aditam hereditatem defunctæ Viduæ Oppermannianæ ab institutis ab ea heredibus, nach obiger communi Dd. calculo approbirter Restriction. *L. 5. C. de legat.* 27

So weniger 4.) als Leuterati nicht der Oppermännischen Wittib, sondern des Rittmeister Oppermanns Legatarii, und nicht von ihr, sondern von ihm, Rittmeister mit den empfangenden Legatis ex ipsius hereditate honoriret, auch selbige nicht von den Leuteranten sondern von ihrer Erb-Lasserin als einigen von ihrem Marito seel. ex asse instituirten Erbin verlassen seyn, doch so, daß sie dieselben erst nach ihrem Todt empfangen sollten, deßwegen horum Legatorum dies nicht erst à morte der Oppermannischen Wittib, sondern allschon à morte des Rittmeister Oppermanns cedirt, und per mortem Viduæ illis oneratæ scheint der dies petendorum legatorum gekommen zu seyn. 28

arg. l. 213. de verb. signif.

Demnach ermeldte Oppermännische Legatarii, auch ante aditam hereditatem Viduæ ab illius heredibus, ihre vermachte Legata zu erfordern befugt, und auf die Antretung der Wittwen Erbschafft zu sehen und zu warten, nicht eben schuldig gewesen, massen, wann diese von ihren Erben gleich nicht angetreten worden wäre, sie nichts desto weniger ihre Legata fordern können. Und weil sich solches aus dem den 15 Octobr. 1694. publicirten und richtig ohn allen Mangel befundenen Testament des Rittmeister Oppermanns gantz klar und offenbahr hervor gethan, Leuteranten aber ex frivola hac causa, ob wäre des Rittmeister Oppermanns Testament quoad Legata quæst. von der Wittib revocirt, die Leuteraten in demselben verschaffte Legata gleich bey Publication des Testaments in Disput gezogen, haben Legatarii vermeint grosse Ursach zu haben, ihnen in Zeiten zu vigiliren, und zu trachten, daß sie von den ihnen tacitæ hypothecæ nexu obligirten Erb-Stücken zu ihrer Sicherheit etwas unter die Hände bekämen, und also, so bald die Oppermännische Wittib nur die Augen zugethan, und geschlossen, possessionem instrumentalem von dem Oppermännischen Wohn- und Brau-Hauß genommen. 29

Ob wohl es aber besser gewesen wäre, daß sie es prævia Judicis imploratione ac permissio- 30

miſſione, und nicht alſo eigenmächtig gethan; So können ſie doch deßwegen, daß ſie zu Verſicherung ihrer in quantitate beſtandenen Legaten propria authoritate die Poſſeſſion des nicht legirten, doch *vi l. 1. C. commun. de legat.* tacitæ hypothecæ nexu obligirten Oppermännischen Hauſes ergriffen, ihrer in certa quantitate & pecuniæ ſumma beſtehenden, und nie propria authoritate occupirten, Legaten durchaus nicht privirt und verluſtig erkandt werden, per ea, quæ in terminis tradit

Paul. de Caſtro *in d. l. 5. C. de legat. n. 3.* ſcribens, *ad verba: quas ſubtraxiſſe &c.* Pone quod legatum conſiſtebat in quantitate vel in genere, legatarius autem ſubtraxit aliquam rem heredi, quæ non erat legata, ſed pro legato erat obligata, an cadat à legato? & videtur quod ſolum à jure hypothecæ quod habebat in illa re, cadat per illam literam.

31 wann gleich die Erbſchafft der Wittib von ihren Erben ſchon angetreten und die Poſſeſſion des Hauſes von ihnen bereits apprehendirt und nicht mehr vacua geweſen wäre, wie ſie behaupten wollen, ex eo, daß ſie an dem Morgen, da die Rittmeiſterin Oppermännin geſtorben, mit anbrechendem Tage und ehe der Paul Ebeling nomine Legatariorum die Poſſeſſionem inſtrumentalem genommen, in dem Hauß geweſen, und Dielen zu der Verſtorbenen Sarck abſchneiden laſſen, auch vorhin täglich aus- und eingegangen, auf- und zugeſchloſſen, und ein neues Schloß an die Thür hencken laſſen, worüber ſie einige vorſtellende Zeugen eydlich vernehmen laſſen, und durch deren eydliche Auſſage ſolches rechtlich erweiſen wollen, zu dem Ende 2 Articulos Num. Act. 101. exhibirt, und ſie ad

32 probandum zuzulaſſen gebeten. Weil aber aus dem bey den Lebzeiten der Rittmeiſterin Oppermännin beſchehenen täglichen aus- und eingehen, auf- und zuſchlieſſen des Hauſes, auch Anlegung eines neuen Schloſſes an die Thür deſſelben zu deſſen Bewahrung, und Verſicherung der darinn gelaſſenen Sachen, deßgleichen aus dem, daß einer, (der weder Intention, noch Gewalt gehabt von ſeinen Coheredibus, animo adeundæ hereditatis, die Poſſeſſion in aller Namen zu ergreiffen und zu nehmen, ſondern bloß zu ſehen und zu beobachten, was der Schreiner oder Tiſchler vor Dielen zum Sarck der Verſtorbenen nehme,) an dem Morgen nach ihrem Todt mit bey ſich habendem Tiſchler in das Hauß gegangen, und Dielen zum Sarck abſchneiden laſſen, die aditio hereditatis und apprehenſio poſſeſſionis poſt aditionem hereditatis facta durchaus nicht probirt wird, haben wir auf die geſuchte und zuzulaſſen gebetene Beweiſung deren Articul keine Reflexion machen, und ſelbe zulaſſen können, weil ſie gantz irrelevant, und zu Verlängerung der Sachen einig und allein angeſehen.

Non admittenda enim probatio ejus, quod probatum non relevat,

l. fin. de natal. reſtit.

& ex officio rejiciendi ſunt articuli impertinentes, quibus licet probatis, nihil tamen obtineri poteſt, ne iis admiſſis lites malitioſe protrahantur, & inanibus expenſis partes vexentur.

Gail. *1. O. 81. n. 1.* Mev. *p. 4. dec. 13. num. 6. dec. 51. n. 2. part. 7. dec. 3. n. 3. & p. 8. dec. 14. n. 5.*

Sondern haben 5.) vielmehr, weil die vom 33 Rittmeiſter Oppermann in ſeinem coram Deputatis des Raths zu Hildesheim in præſentia ſeiner Frauen mündlich ausgeſprochenen, und mit deren gutem Belieben und Conſens aufgerichteten, ad acta judicii genommenen, mit ſeinem Todt confirmirten, nachmals ordentlich publicirten und ohn einigen Mangel richtig befundenen, alſo ohn Zweiffel gültigen Teſtament von ſeinem Vermögen den Leuteraten verſchafften, und nunmehro von ihnen per ordinarias ab Imper. Juſtiniano ad id propoſitas actiones, (ex quibus autem ipſis non competere poteſt Rei vindicatio, ut illi exiſtimant, cum hæc Legatariis non competere queat, ſi iis quantitas, ut hic, legata, ſed tum ſaltem competat, quando iis legata eſt 1.) pure, non ſub conditione, 2.) res corporalis & quidem 3.) non in genere, ſed in ſpecie, eaque 4.) ſit teſtatoris propria, non aliena, tum enim dominium rei talis legatæ recta via ſine traditione poſt mortem teſtatoris in legatarium tranſit, quod illi actionem iſtam parit, ſed tantum iisdem competit actio perſonalis ex teſtamento, quia quantitas iis legata, cum qua alternative concurrit actio hypothecaria.

§. 2. Inſt. de legat. ibi Vinn. *num. 3. 4.* Ludov. & alii Dd.)

geſuchte Legata in ſich indubitato valida & firma, maximeque liquida ſeynd, quorum dies per mortem teſtatoris, qui ea reliquit ceſſit, & per mortem Viduæ venit.

arg. l. 213. de verb. ſignif.

was dawider eingewendet gantz von keiner Er- 34 heblichkeit, denn geſetzt, daß Rittmeiſter Oppermann per Pacta dotalia in vim contractus inita ſeiner Frauen ſein gantzes Vermögen zuſchreiben laſſen, welches doch noch nicht probiret iſt, und vielleicht ſchwehrlich zu probiren ſeyn wird, ſonſt Leuteranten nicht würden ermangelt haben die Pacta dotalia zu produciren; So hat doch ſeine Frau in die von ihm aufgerichtete Diſpoſition und darinn vermachte Legata conſentirt, deßwegen ſie conſenſum ſemel præſtitum nicht revociren können.

Nam ſi marito, uxoris conſenſu, de ſuis & uxoris bonis ſimul teſtante, uxor marito mortuo diſpoſitionem illam mutare nequit, ut volunt

Carpzov. *p. 3. c. 2. d. 13.* Heeſer. *de commun. bon. eorumque diviſ. p. 2. loc. 11. n. 142.* & alii. vid. tamen Brunnem. *ad l. 22. de leg. 3. & c. 2. dec. 24.*

multo minus uxor conſenſum ſuum, quem marito in hoc præſtitit, ut de ſuis propriis

bonis contra pacta dotalia, cum ipso in vim contractus licet inita, testari possit.
c. quod semel. 21. de reg. jur. in 6.

35 Zumahlen, da er sie zur Erbin ex asse im Testament ernennet und eingesetzt, sie auch die Erbschafft angetreten, denn per hanc aditionem hereditatis & agnitionem ultimæ ipsius voluntatis, ceu quasi contractum hat sie sich den Legatariis obligirt, ihnen die im Testament verschaffte Legata suo tempore zu præstiren, à quo quasi contractu sie hernach altera parte invita nicht mehr recediren,
arg. l. 5. C. de oblig. & act. junct. §. 5. Inst. de obligat. quæ quasi ex contract.
B.D.Bardili, *Disp. de adit. hered. th. 53.*
noch sein Testatoris, dessen Factum sie als Heres in allweg zu præstiren schuldig,
l. 14. C. de reivind. l. 7. C. de neg. gest.
Testamentum de bonis suis factum ulla ratione revociren können, cum testamentum à proprio testatoris, & nullius alterius arbitrio dependeat, ut in constitutione, sic & in revocatione,
l. 32. ff. de hered. inst. B.D. Bardili, *Disp. de revocat. ult. volunt. th. 57.*

36 Und dieses alles aus dem producirten Oppermannischen Testamento, als einem paratam executionem nach sich ziehenden Instrumento,
Finckelthus. *Obs. 121. num. 16.*
denen gerichtlichen Actis, und gemeinen Rechten, gantz klar und offenbahr am Tage ist, auch aus den bißherigen Actis & Actitatis gnugsam hervor leuchtet, daß der Rittmeisterin Oppermännin Erben die Legatarios von einer Zeit zur andern aufzuziehen, müde zu machen, und wie sie Num. Act. 98. & 100. klagen durch den kostbahren Proceß auszumerglen suchen, dergleichen
37 Malitiis aber nicht zu indulgiren,
l. 38. §. Constituimus vero &c. ibi: neque malitiis est indulgendum. ff. de reivind.
sondern denselben kräfftigst zu begegnen, 38
l. 5. §. 5. ff. de rebus eor. qui sub tut. v. sur.
auch der berühmte JCtus 39
Dav. Mevius *p. 6. dec. 100. n. 6.*
einen cordatum & conscientiosum judicem erinnert und instruiret,
quod etsi partes in possessorio saltem contendant, res tamen liquida sit de petitorio, non modo possit, sed omnino etiam debeat Judex super eo identi petitorio jus dicere & pronunciare, licet tantum super possessorio concluſum fuerit, imo & de se, non intromittendo in petitorium protestatio multiplex accesserit.

In dessen allen reiffer Erwegung, und weil die 40
Legatarii gleichwohl schon gantzer vier Jahr, unschuldiger Weise, fast muthwillig, herum gezogen worden, die Leuteranten, ungeachtet daß sie sich über das von Leuterateh instituirte Remedium ordinarium pro consequendis Legatis suis nicht wollen einlassen, in contumaciam condemnirt, die Legata nunmehro, inner einer Frist von 6 Wochen, zu bezahlen, und zwar cum usuris à morte Viduæ, tanquam à tempore moræ, juxta naturam actionis ex testamento, bonæ fidei judicia in hoc imitantis,
l. 3. pr. l. 34. ff. de usur. l. 87. §. 1. de legat. 2. Cœpen. *Obs. 152.*

Die Unkosten haben wir, weil Leuteranten gleichwohl die Urtheil vom 18 Maji 1697. vor sich erlangt, und anderer Ursachen halber, compensirt und verglichen. Actum in Collegio den 28sten Octobr. 1698.

Decanus und andere Doctores der Juristen Facultät bey Hochfürstl. Würtemb. Universität Tübingen.

CONSILIUM LXXVI.

DE

Remedio Canonis, Redintegranda, & Spolio, an & quatenus locum habeat?

SUMMARIA.

1. 2. Præmittitur factum.
3. Intentato Remedio Canonis, redintegranda. c. 3. q. 1. negatoque à Reo spolio, Actori incumbit probatio, ipsum tempore spoliationis possedisse, indeque injuste dejectum esse. juncto n. 19.
4. Quanquam Gailius hoc ad interdictum recuperandæ possessionis, restringat, & in remedio hujus Canonis, sufficere tradat, si probetur antiquior possessio, & quod adversarius nunc possideat. Cui alii subscribunt.
5. Id quod tamen non probatur.
7. Depositio testis de auditu alieno, regulariter non valet nec probat, maxime si author, ex quo se audivisse dixit, sit suspectus.
8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. Adducuntur dicta testium.
16. Qui usum rei precario ab alio obtinuit, non possidet, sed nude interim detinet, nisi specialiter rogaverit, ut sibi possidere liceat, tunc naturalem consequitur possessionem.
17. Spolium non committitur absque possessione.
18. Nemo enim retinere potest, quod non habuit.

Hoch-

Hoch-Edler, Geſtreng und Hochgelehrter, Wohl-Edle, Wohl-Ehrenveſte, Groß-Achtbahre, Wohlweiſe, inſonders Großg. Hoch- und Vielgeehrte Herren, ꝛc.

Als mir Ends-Subſignirten ohnlängſten die hiebey wieder zuruckkommende Acta in Sachen ſich haltend zwiſchen Michael Hammeln, Burgern und Tuchmachern allhier, Klägern eines, entgegen und wider David Commerellen, auch Burgern und Weißgerbern, Beklagten andern Theils, um mein rechtliches Gutachten darüber zu ertheilen, zugeſtellet worden; So habe nicht ermanglet, ſo bald es immer anderer obgehabten Geſchäffte halber ſeyn können, ſelbige unter Handen zu nehmen, mit Fleiß zu durchgehen, reifflich zu erwegen, und ſalvo quorumvis melius ſentientium judicio beſtändig davor gehalten, daß in dieſer Sachen nachſtehende Urtheil, die ich den Rechten gemäß erachte, und im Fall ſelbſttragenden Richterlichen Amts zu publiciren nicht anſtehen wollte, zu eröffnen, und mittelſt deren zu entſcheiden.

Urtheil.

In Sachen Rechtens ſich haltend zwiſchen Michael Hammeln, Burgern und Tuchmachern, Klägern eines, entgegen und wider David Commerellen, Burgern und Weißgerbern, und denſelben gerichtl. vertretenden Simon Chriſtoph Sartweyhen, Burgern und Wund-Artzten, des Kohleriſchen Pupillen obrigkeitlich conſtituirten Pflegern, Beklagten andern Theils, erkennet ein ehrſam Gericht auf Klag, Antwort, geführte Kundſchafft und all ander gerichtliches Fürbringen, nach gethanem Rechtſatz, genommenen Bedacht, und gehabten Rath, mit Urthel zu recht, daß Beklagter von der wider ihn angeſtellten Klag zu abſolviren, Kläger aber die in die Kohleriſche Pflege bekandtlich ſchuldige 100 fl. ohnverweilt bey befahrender Execution zu bezahlen ſchuldig und verbunden ſey, inmaſſen dann Beklagter von der wider ihn erhobenen Klag hiemit abſolviret, dagegen Kläger die in die Kohleriſche Pfleg ſchuldige 100 fl. ohnverweilt bey befahrender Execution zu bezahlen condemnirt wird, die hinc inde aufgeloffene Unkoſten aber aus Bewegniß gegen einander compenſiret und verglichen werden.

Die Urſachen, ſo mich zu Abfaſſung vorſtehender Urtheil in hac cauſa commoviret haben, bey vielen andern obhabenden Geſchäfften kürtzlich zu berühren, ſo beſtehen ſelbige in folgendem:

1.) Hat Kläger, ſeiner eignen in der alſo intitulirten: In jure & facto wohlgegründeten Probation-Schrifft juncta imploratione & ſubmiſſione, geſchehenen Bekandtniß nach, das Remedium Can. Redintegrandæ. *c. 3. q. 1.* inſtituirt, und klagend angebracht, wie daß das ſogenannte Betziſche Hauß in der Marckt-Gaſſen Anno 1564. von deſſen Eigenthums Innhabern, Ulrich Motzern und Hannß Hoſchen krafft beygelegter Copiæ vidimatæ ſub lit. A. in zwey gleiche Theil dividirt worden, ſo, daß der Hoſch das vordere, der Motzer das hindere Hauß eigenthumlich innhaben und bewohnen, beede aber den Hof und Keller miteinander gemeinſchafftlich nutzen und nieſſen ſollen. Solche beede Häuſer nun ſeyn nach des gedachten Motzers und Hoſchen Abſterben zertheilt geblieben, und nach dem einmal aufgerichteten Theilungs-Brieff an zerſchiedene alieniret worden, biß endlich der Annä Barbarä Rebmännin das hindere Theil Hauſes durch ein Erb zugefallen, von deren es Kläger Anno 1688. käufflich an ſich gebracht. Ob wohl aber die Innhabere des hindern Hauſes von der Anno 1564. geſchehenen Theilung jederzeit wegen ihres Antheils in ruhigem Beſitz geweſen, ſo habe doch der vorige Dominus des vordern Hauſes Friderich Hauber, Klägers Verkaufferin Annam Barbaram Rebmännin darinn zu turbiren ſich erkühnet, und derſelben ihren Antheil Kellers abzuzwacken geſucht, dahero ſie wider ſelbigen ihre rechtliche Klag den 31 Martii 1688. gerichtlich einzugeben genöthiget worden, weil ſie aber kurtz drauf ihr hinders Hauß Klägern zu kauffen gegeben, hab ſie ihm die intentirte Action in dem Kauff mit cedirt, welche er zu proſequiren nicht nöthig gefunden, weil er ſeinen vierdten Theil Kellers ein halb Jahr ohngehindert gebraucht. Es habe ſich aber hernach Beklagter ebenmäßig erkühnet, Klägern ſeines wohlhergebrachten Rechts zu berauben, und aus ſeiner ſeither ſeines Kauffs ruhig genoſſenen Poſſeſſion ipſo facto, indeme er ihme den Eingang des Kellers mit Latten vermachen laſſen, auszuſtoſſen. Derowegen er gebeten in Rechten zu erkennen und zu ſprechen, daß Bekl. nicht gebühret noch geziemet habe, den Klägern ſeines wohlhergebrachten Rechts zu berauben und denſelben in ſeiner durch lange Zeit gehabter ruhiger Poſſeſſion zu turbiren, weniger gar auszutreiben, ſondern daß der Beklagte dem Kläger ſeinen vierdten Theil Kellers, wie auch des Hoffs oder hindern Gangs mit dem gehörigen Intereſſe und Keller-Zinß, nebſt Erſtattung aller dißfalls aufgeloffen und künfftighin noch auflauffenden Unkoſten und Schaden zu 1

restituiren und wieder einzuraumen, auch eine genugsame und nach richterlicher Erkandtniß taugliche cautionem de non amplius molestando in futurum zu præstiren schuldig und verbunden seyn solle.

2 Um willen aber 2.) Herr Simon Christoph Sarweyhe, des jungen Joh. Mich. Kohlers, gerichtl. constituirter Curator, als laudirter Author und Verkäuffer des vordern sogenandten Betzischen Hauses in der Marckt-Gassen, an statt des beklagten David Commerellen, (so besagtes Hauß sammt dem gantzen Keller von des jungen Kohlers Curatoribus erkaufft) litem contestando vorgetragen, daß sich zu verwundern, wie Kläger vorgeben dürffe, daß er von dem beklagten Commerellen turbirt oder aus der ruhig genossenen Possession gestossen worden, da ihme doch bestens bekandt, daß weder er noch seine Vorfahrerin die Rebmännin jemalen den quæstionirten Theil Kellers besessen, welches er nicht undeutlich zu erkennen gegeben, weil er in Ao. 1691. das Petitorium instituirt, da er wohl einfältig gewesen wäre, wann er damalen in possessione gestanden, und das Beati Possidentes nicht besser in Obacht genommen, zudem gestehe ja Kläger, daß seine Autrix nicht einmal gewußt habe, oder ihro traumen lassen, daß sie einiges Recht an dem Keller habe, biß der Hr. Kohler seel. kurtz vor seinem Todte, das sub lit. A. beygelegte Vertheilungs-Instrument producirt, wie könne er dann sagen, daß die Rebmännin in possessione des Kellers gewesen, oder wie ungeräumt hätte Kläger in Ao. 1691. einige Klag moviret, wann er damalen in possessione gestanden, also das geklagte Spolium und die Ausstossung aus der gehabten possession durchaus negirt, und constantissime widersprochen;

3 So ist Klägerin 3.) obgelegen gewesen, juxta communem Dd. sententiam zu erweisen, daß er und seine Verkäufferin des innhabenden Antheils des hindern Hauses, zu solchem ihrem Antheil des hintern Hauses, den vierdten Theil des unter dem vordern Hauß seyenden Kellers gehabt, und in possessione dessen gewesen, aus der possession desselben aber injuste verstossen und dejicirt worden.

Intentato enim Remedio Can. Redintegranda. *c. 3. q. 1.* negatoque à Reo Spolio, Dd. duo hæc actori probanda injungunt, nempe ipsum tempore spoliationis possedisse, indeque injuste dejectum esse.

Barbos. *in d. Can. Redint.* Ahasv. Fritsch. *vol. 2. Cons. 17. n. 431.* Brunn. *Cons. 104. n. 5.* ubi testat. de communi Dd. sentent.

4 Quanquam Gailius *2. Obs. 75. num. 12.* hoc restringat ad interdictum recuperandæ possessionis, & in remedio Can. hujus tradat sufficere, si probetur antiquior possess. & quod adversarius nunc possideat, nam hoc ipso apparere de spolio reipsa, cui subscribit Dn. ab Andler. *in J Prud. publ. & privat. lib. 1. t. 10. part. 5. pag. 346. n. 13.* add. Bes. *Cons. 270. n. 33. seq.* hancque sententiam respondendo approbasse JCtos Wittebergenses testatur Zieglerus *in Can. hoc. cap. 4. in fin.*

5 Sed probationem istam antiquioris possessionis saltem in spolio rerum mobilium non sufficere, verum dejectionis quoque requiri, post alios haud improbabiliter censet Menoch. *de recup. possess. remed. 15. n. 406.* Carpzov. *p. 1. c. 6. d. 8. in fin.*

6 Ob wohl aber Kläger 4.) sich unterwunden, durch Zeugen zu erweisen, daß die Rebmännin als Verkäufferin seines innhabenden Antheils des hintern Hauses den vierdten Theil des strittigen Kellers, als ihr eigentyumlich zugehörend, gehabt, und ob sie wohl denselben nicht mit Wein belegt gehabt, indem sie solches ihrer Armuth halber nicht vermögt, so habe sie doch selbigen auf andere Art gebraucht, da sie nemlich bißweilen eine Milch, bißweilen ein Pfündlein Fleisch, Rüben und dergleichen, wie auch ihr höltzernes Geschirr, so sie zum waschen, womit sie sich nach ihres Manns Todt säuerlich ernährt, gebraucht, hinunter gethan, nicht weniger ihre Krautstand allzeit darinn stehen gehabt, und damit die possession solches ihres vierdten Theils am Keller beständig erhalten, und Testis 9. Anna Klettin von Tußlingen hierinn insonderheit zimlich favorabel vor Klägerin deponiret

ad Prob. 7.

daß sie nemlich mit ihrer Ahna seel. so zu der Rebmännin geflehnt gehabt von Kindheit auf gar offt und fast alle Wochen ein paar mahlen ins Hauß kommen, da hab die Rebmännin ihrer Ahna geklagt, daß ihr Mann ihro alles verthue, und weil ihr Ahna derselben allemahl eine Milch gebracht, so habe sie Rebmännin den Schlüssel zum Keller von einer Schrauben an der Wand in der Stuben herunter genommen, und gesagt, sie wolle die Milch in den Keller thun.

it. ad Prob. 8.

Rebmännin hab offt zu ihr Zeugin und ihrer Ahna gesagt, daß sie einen Theil am Keller unter dem vordern Hauß habe, ihre Ahna hab sie etwa gefragt: ob sie auch in Keller hinunter dörffe: darauf sie gesagt: Freylich, sie hab den vierdten Theil daran, weil sie eben arm sey, so könne sie selben nicht brauchen, sie hab doch etwan, wann es sehr heiß gewesen, ein paar Pfündlein Fleisch und etwan ein halb Maß Wein, wann Zeugin Ehni und Ahna bey ihr gewesen, in den Keller gestellt, deßgleichen hab sie, wann sie ihren eine Milch gebracht, selbe darein gethan, auch ihnen Rüben draus gehohlt, und mit heim gegeben, ut deponit

ad Prob. 9.

7 So ist doch 5.) dieser neundten Gezeugin, und anderer Mitzeugen Deposition, da sie was von dergleichen attestiren, bloß ein Testimonium de auditu, und zwar von der Rebmännin selbst herrührend, daß sie nemlich von ihro der Rebmännin gehört, daß sie ein Theil an dem Keller unter dem vordern Hauß prætendiret, welches also nichts probiret, cum Testis quid probaturus, & cui fides adhibenda, de re sensu proprio percepta, non de auditu alieno, quod nempe id, de quo inter-

interrogatur, audiverit ex aliis, deponere debeat, ideoque depoſitio teſtis de auditu alieno regulariter non valet, nec probat, maxime ſi author, ex quo ſe audiviſſe dicit, ſit ſuſpectus, vel non omni exceptione major exiſtat, cum in dubio, & incerto relinquat, quod probandum erat.

c. teſtes. c. 3. q. 9. c. 33. 47. x. de teſtib. Carpzov. *de Proceſſ. tit. 13. art. 3. num. 53. 54.* Nepos de Monte Albano *de teſtib. num. 154.*

8 inmaſſen Teſtis octava Sabina Höſchlerin, Wäſcherin, ſo vor 14 Jahren bey der Rebmännin als ein Dienſtmägdlein geweſen, ſolches andeutet und zu erkennen gibt, wann ſie ad

Prob. 8. ejusque Int. 2.

deponirt, daß ſie zwar von der Rebmännin dergleichen Reden, daß ſie einen Theil Kellers unter dem vordern Hauß hätte, gehört, ſie hab aber kein Kauffbrieff gehabt, daß ſie gewiß hätte wiſſen können, daß ſie einen Theil daran habe, und hätte der Michael Kohler ſeel. ihr nie nichts draus gehen laſſen. Ob auch wohl ſie Rebmännin auf der Staffeln in Keller gewandelt, etwa ein verlöchertes Kübelein und Geſchirr item ein Stücklein Fleiſch, ein Kochete Rüben oder Stäudlein Kraut dahin geſtellt, ſo iſt doch ſolches nur ex conceſſione precaria geſchehen, und iſt ſie in den rechten Keller, ſo unterſchlagen geweſen, nicht gekommen,

Teſt. 7. & 8. ad probat. 8. & 9. Ejusque Int. 1. & 3.

deßwegen dadurch keine poſſeſſion des Kellers erwieſen.

9 Im Gegentheil hat 6.) Beklagter durch anderwärtige Zeugen, die, weil ſie meiſtens in dem vordern oder hindern Hauſe lange Zeit gewohnet, oder gedienet, oder bey ihren Befreundten geweſen, und aus- und eingegangen, die beſte Wiſſenſchafft gehabt, erwieſen, daß der gantze Keller vor dieſem unterſchlagen, und in zwey ſondere Theil abgetheilet, davon der eine Theil dem obern Innwohner des fordern groſſen Hauſes, darunter der Keller ſtehet, und bey vielen Schritten nicht unter das hindere Hauß reichet, der ander Theil dem Innhaber des untern Theils des vordern Hauſes, dem Beſitzer aber des hindern Häußleins niemahlen
10 nichts davon gehörig geweſen. Alſo deponiret Teſtis ſeptima

ad Prob. 1.

Ihres Vatters ſeel. Bruder Chriſtoph Kohler ſeel. der ſogenandte Bortenwürcker Staffel hab im untern Theil des vordern Hauſes im Zins wohl 30 Jahr gewohnet, bey dem ſey ſie aus- und eingegangen, und viel Wein nicht nur 100 Eymer in dem Keller ausgeſchenckt. Zu ihrer Zeit ſey der Keller untermacht geweſen zu zwey Theilen, der Betzen Hanneß hab den einen Theil lincker Hand gehabt, den andern aber die Hoſchen-Beckin oder Kohlerin ſeel. von welchen ſolchen ihr Vetter im Beſtand gehabt. Als ihr Sohn der Kohler wieder aus der Wanderſchafft kommen, hab er auch den obern Theil des Hauſes gekaufft, und darauf den Keller zuſammen brechen, und weiter graben laſſen. Und das ſey ſchon über die 30 Jahr, daß ſie in dem Hauß aus- und ein gewandelt, es ſey ihr Vetter 25 biß 30 Jahr drinn geſeſſen und inner ſolcher Zeit ſey ſie bey demſelben aus- und eingegangen und die Geſchäfft verrichtet,

ad d. Prob. 1. Interrog. 2. & 3.

ſey auch viel hundert tauſendmal in den Keller kommen, und wiſſe wohl, daß er zu zwey Theil unterſchlagen geweſen.

ad Probat. 2.

Ihres Vetters Theil auf der rechten Hand, des Betzen Hannſen aber auf der lincken Hand von den Staffeln an biß hinten hinaus beſchloſſen geweſen.

ad Prob. 2. Int. 3. 4.

Die Rebmännin habe zwar ihre Krautſtauden unten an dem Gatter, andere Sachen aber auf die Staffeln gethan, allein in den rechten Keller, ſo mit dem Gatter beſchloſſen, und in zwey Theil unterſchlagen geweſen, nicht gekommen.

ad Prob. 9. 10. 12.

Deßgleichen deponiret Teſtis 1. ad Defenſ. 1. als proximus vicinus, das wiſſe er wohl, daß der Hoſchen-Beck und Betzen-Hanuß den Keller mit einander gehabt haben, und daß Kohler von beeden das Hauß zuſammen erkaufft und den Keller zuſammen gebrochen, und erweitert habe, wann der Ulrich Rebmann, ſo das hindere Hauß beſeſſen etwas an dem Keller gehabt hätte, würde ſein Stieff-Vater der Wörner nicht zugelaſſen haben, daß er ſolches vergeben hätte, er, Rebmann habe den Kohler bitten müſſen, wann er oder die Seinige nur ein Milch hab drein ſtellen oder wieder hinaus nehmen wollen. 11

Similiter Teſtis 3. ad Defenſ. 1. In ihrer Kindheit, da ſie offt ins Hauß kommen, hab der eine Theil des Kellers zur lincken Hand, ſo mit Latten unterſchlagen geweſen dem Betzen-Hannſen, ſo ihr Tötte geweſen, gehört, der andere aber zur Lincken der Kohlerin ſeel. Zeugin Mutter Schweſter. 12

Welches ferner durchaus bejahen Teſtis 4. Daniel Schmidt, Rothgerber, der vor 48 oder 49 Jahren in dem Betziſchen Hauß das Handwerck gelernet, & Teſtis 5. Stephan Schönleber, dem die Hoſchen-Beckin den untern Theil am hindern Hauß um den Zins verliehen, man hab ihm aber nichts vom Keller geben.

ad d. Def. 1. ejusque Int. 2. & 3. it. ad Def. 3.

Et Teſtis 6. Conrad Buck, von Weilheim, 13
Tübinger Amts deponit

ad d. Def. 1.

Zeugen Vater seel. von Derendingen hab im alten Krieg in dem articulirten hindern Hauß, in der obern Stuben bey 14 Jahren Beständweiß gewohnet, deßwegen, wie auch wegen einer zugleich bestandenen Scheur selbiger jährlich 14 fl. bezahlt, hätte aber keinen Theil am Keller gehabt, der alte Hoschen-Beck, der in der untern Stuben des vordern Hauses gesessen, und der Betzen-Hannß in der Obern gegen dem Marckt hinaus hätten den Keller ingehabt, sein Zeugen Vater hab einsmahls ein Eymer Wein gekaufft, den hab er in des Schaabers Hauß beym Lusinauer Thor führen und dort ausschencken lassen, und nicht in den quæst. Keller gebracht, derselbe sey zwar in der Mitten hindurch mit Latten untermacht gewesen, Hoschen-Beck und Betzen-Hannß aber hätten solche beede Theil genossen, Zeugen Vater habe nie kein Schlüssel dazu, noch etwas drinnen gehabt.

Qui enim usum rei precario ab alio obtinuit, non possidet,
l. 6. §. 2. ff. de precario.
sed nude interim detinet vel est tantum in possessione,
d. l. 6. §. 2. l. 10. §. 1. de acquir. vel amitt. possess.
proinde quando possidere dicitur, id improprie fit, quatenus possessoris commodo fruitur; nisi specialiter rogaverit, ut sibi possidere liceat,
l. 15. §. 4. ff. de precar.
tunc naturalem consequitur possessionem, quæ justa est, quamdiu dominus eam non revocaverit, prima autem revocatione fit injusta.
l. 22. §. 1. de noxal. act. l. 13. §. 1. de public. in rem act. l. 7. §. 4. ff. commun. divid. l. 13. §. f. ff. de acq. vel amitt. possess.

14 Welches die Gezeugen alle insgesammt ad interrogatoria specialia wiederhohlen, bezeugende, daß niemahlen von dem Keller etwas zu dem hindern Hauß, so Kläger inn hat, gehöret, oder jemand von den vorigen Innhabern dessen in den Keller gewandelt, inmassen Testis 1. ad Def. 2. aussaget: er könne es mit seinem GOtt betheuren, daß er nie gehört hab, daß etwas an dem Keller zu dem hindern Hauß gehöre. Et Testis 2. ad eand. Sie habe nie gehört, daß etwas vom Keller zum hindern Hauß gehöre. Similiter Testis 3. Sie habe niemanden sehen vom hindern Hauß drein wandeln. Testis 5. Man hab ihm nichts darvon gelassen. Testis 7. ibid. Er habe von seinem Meister und Frau nie nichts gehöret, daß etwas vom Keller zum hindern Hauß gehöret hätte.

15 Aus welchen und andern deren ad sequentes articulos eorumque interrogatoria gethanen Depositionibus sich 7.) gantz klar ergibt, daß die Eigenthums-Innhabere des vordern Hauses je und allwege den darunter stehenden Keller gehabt, genutzet und genossen, die Innhabere des hindern Hauses aber daran kein Theil gehabt, noch participiret, ausser daß der Rebmännin precario erlaubt gewesen ein und anders auf den Staffeln oder unten ausser den Unterschlägen, mittelst deren die Innhabere des vordern Hauses selben unter sich abgetheilt gehabt, zu stellen.

16 Ist nun ihro dieses allein precario erlaubt gewesen, daß sie ein und anders auf die Staffeln des Kellers, oder unten ausser den Unterschlägen hinstellen oder setzen dürffen, jedoch darum anhalten und bitten, auch den Schlüssel zur obern Thür des Kellers von den Eigenthums-Innhabern fordern müssen, wann sie nicht sonst offen gewesen juxta depositionem Testis 1. ad Def. 4. Testis 3: ad eand. so hat sie keine possession des Kellers gehabt.

Wohlfolglich hat sie auch solche nicht auf den 17
Käuffer ihres Antheils des hindern Hauses, den Kläger, transferiren können, so weniger, quia Celsus JCtus expresse in
l. 12. §. 1. ff. de precar.
inquit: Precarii rogatio & ad heredem ejus, qui concessit, transit, ad heredem autem ejus, qui precario rogavit, non transit, quippe ipsi duntaxat, non etiam heredi ejus, (procul dubio ergo nec successori singulari) concessa esse intelligitur possessio, consequenter hat weder sie, noch er, der Successor, derselben spoliirt und entsetzt werden mögen.
Nam spolium non committitur absque possessione
l. 1. §. 45. ff. de vi & vi armat. ubi JCtus inquit: Non alii autem quam ei, qui possedit, interdictum unde vi competere argumentum præbet, quod apud Vivianum relatum est, si quis me vi dejecerit meos non dejecerit, non posse me hoc interdicto experiri, quia per eos detineo possessionem, qui dejecti non sunt. Gail. *2. O. 129. n. 9.*

Nemo enim retinere potest, quod non habuit, sicut nec perdere, quod non possedit. 18
l. non potest videri. 208. ff. de reg. jur.
Indeque est quod dicunt, qui se spoliatum esse queritur, & vel remedio *C. redintegrandæ. c. 3. q. 1.* vel quocunque alio remedio experitur, duo extrema probare teneri, proximo possessionem prætensi spolii, secundo quod sit spoliatus ab eo, qui convenitur vel de mandato ejus vel eo ratum habente, 19
c. cum olim. x. de causa possess & propriet. c. cum ad sedem. x. de restit. spoliat. Gail. *d. O 129. n. 10.* Mascard. *concl. 1321. num. 22. 23.*

Weil

20 Weil nun 8.) Kläger hier die jemahls gehabte poſſeſſion des Kellers, und gewaltige dejection und Entſetzung derſelben nicht probirt, ſondern vielmehr der Beklagte dargethan, daß weder Kläger noch die vorige Eigenthums-Innhabere des hindern Hauſes jemals die poſſeſſion des Kellers quæſt. gehabt; So kan in hoc puncto keine andere Urtheil erfolgen können, als dergleichen abſolutoria, wie vorſtehet.

21 Und um willen Kläger die in die Kohleriſche Pfleg bekandtlich noch ſchuldige 100 fl. dazu er bereits durch einen gerichtlichen Beſcheid condemnirt ſeyn ſolle, bloß dieſer erregten Keller-Strittigkeit halber zu bezahlen ſich geweigert, folgt dieſer abſolutori auf dem Fuß, daß ſolche alſo nunmehro entrichtet werden müſſen, bey befahrender Execution.

Die hinc inde aufgeloffene Unkoſten habe 22
9.) der Urſach compenſirt, weil Kläger, wie er das hindere Hauß erkaufft, den Stritt wegen des vierdten Theils des Kellers, ſchon angeſponnen gefunden, und von der Rebmännin perſuadirt worden, daß er leicht würde obteniren können, die Sache auch wegen einiger Zeugen Auſſage nicht gar lauter und klar, ſondern zimlich zweiffelhafftig ausgeſehen.

Welches ich alſo, ſalvo quovis meliori Judicio, zu verlangter rechtlichen Nachricht dienſtlich anfügen ſollen, verharrend

Meiner Hoch und Vielgeehrten Herren

Dienſtwilligſter
Gabr. Schweder, D.

Tübingen den 7 Nov. 1698.

CONSILIUM LXXVII.

DE

Revocatione donationis inter vivos, ſed impropriæ, ob prætenſas injurias donatori a donatario illatas.

SUMMARIA.

1. Injuria eſt dictum vel factum in alterius contumeliam tendens, famam & exiſtimationem ejus lædens ac imminuens.

2. Non tamen injuriati fama ſic læditur realiter, ſed tantum intentionaliter.

3. Deferre aliquem tanquam ſtupratorem & adulterum, gravis injuria eſt.

4. De dicterio ratione convitiorum: Wehrman haben hilfft nicht.

5. Quod in ſe injurioſum, manere tale, etiamſi alteri ſub fide ſilentii narretur.

6. Ad veram & formaliter dictam injuriam omnino requiritur animus & propoſitum injuriandi.

7. Quod ubi abeſt, non eſt injuria, etiamſi verba vel facta ſint injurioſa.

8. ſeq. Varia indicia, ex quibus (in facto ſubſtrato) colligi poteſt, abfuiſſe talem injuriandi animum.

10. Qui non ſponte aliquem tanquam criminis reum defert, ſed à Magiſtratu interrogatus, de crimine divulgato notitiam ſuam aperit, abinculpato, etiamſi hic innocens reperiatur, actione injuriarum conveniri non poteſt.

11. Qui ab altero provocatus & inculpatus de eo refert, quæ aliquid contumeliæ habent, & ex iis objecta refutat, pro injuriante non habendus eſt.

12. Liberat ab injuriæ imputatione probabilis cauſa dicendi; & quænam cauſæ probabiles?

13. An, qui, ſe non injuriandi animo aliquid facere, addit & proteſtatur, injuriarum conveniri non poſſit?

14. ſeq. Qui auditas injurias aliis, qui jam ante rumoris iſtius notitiam habuere, refert, an & quatenus pro injuriante habendus, vel non?

16. ſeqq. Deciſioni Quæſtionis de donatione ſubjecti caſus an pro ſimplici, an pro donatione ob cauſam habenda? quædam neceſſaria ex facto præmittuntur.

19. Donator in re donata ſibi uſumfructum reſervans, eo ipſo rem quaſi tradidiſſe cenſetur per conſtitutum poſſeſſorium.

20. Illa donatio, quæ non principaliter intuitu mortis, ſed abſolute facta, & cujus exedutio tantum in mortis eventum collata, inter vivos donatio eſt.

21. ſeqq. Donatio, quæ fit, ut donatarius nomen & inſignia donantis gerat, non eſt ſimplex, ſed ob cauſam facta & impropria.

24. Pariter impropria donatio eſt, quæ fit in compenſationem debitæ dotis.

25. *seqq. Donationem propriam neque ob non factam rite insinuationem, neque ex causa ingratitudinis, neque ob supervenientiam liberorum revocari posse, asseritur.*

28. *seqq. An, ubi donatio ad meliorem & splendidiorem nobilitatis & nominis sustentationem donatario & hujus liberis facta, illius ingratitudo, etiam hisce, liberis, noceat?*

32. *Actio donationis revocatoria, tanquam ingrati tantum coercendi, non augendi conservandive patrimonii actoris gratia comparata, non datur adversus non delinquentes, neque contra heredes.*

SPECIES FACTI.

1 Nachdem Paulus von Forstheim seine eintzige Tochter Theodora genannt, dem Sejo zur Ehe gegeben, und dieser kurtz nach der Hochzeit nebst gedachter Theodora und seiner Schwieger-Mutter der Barbara auf beschehene Einladung zu des Pauli Bruder gereiset, so hat Paulus dem Sejo ohngefehr eine halbe Stunde vor der Abreise zu erkennen gegeben, wie er gerne sehe, daß er mit seiner Frauen bey ihm und der Schwieger-Mutter eine Zeitlang bliebe, mit dem Zusatz, daß bey seiner des Sejі Wiederkunfft von einem und andern mehr Abrede genommen werden sollte, welches Ansinnen, gleich wie es Sejus zu Anfangs solcher Alliance nicht wohl abzuschlagen gewußt, also verspricht er mit seiner Frauen davon zu reden, in der Meinung, weil die Hochzeit auf Gut finden des gnädigsten Landes-Herrn kurtz nach der Verlobung in aller Eyle auf eines von dero Lust-Häusern auf dem Lande vollentzogen worden, und man dahero wegen der zeitlichen Güter keine beständige Abrede nehmen, weniger die Pacta dotalia machen können, es würde bey seiner Wiederkunfft solche errichtet und congrua dos secundum facultates Patris & dignitatem mariti constituiret seyn.

2 Als aber solches nicht erfolget, und ohngefehr 3 Monath nach der Hochzeit der Sejus mit seiner Schwieger-Mutter und Frauen zu Abends allein gegessen, auch von einer gewissen Person und deren Braut-Schatz geredet worden, so nimmt Sejus dahero zugleich auch auf Veranlassen seiner Frauen Gelegenheit seine Schwieger-Mutter die Barbaram zu ersuchen, mit ihrem Manne dem Paulo zu reden, und denselben seinentwegen zu erinnern, weil biß lang kein dos constituiret noch ein Ehe-Recessus gemachet worden, daß solches nechstens geschehen möchte,
3 welche dann auch diese Commission willig übernimmt, und wenig Tage darauf dem Sejo von dem Paulo diese Antwort bringet: Daß zwar die Errichtung der Ehe-Pacten gebräuchlich und an denen Orten nöthig, wo verschiedene Kinder wären, weil aber Paulus dem Sejo seine eintzige Tochter zur Ehe gegeben, und er mit keinem zu theilen hätte, so sollte er auch ohne die Ehe-Pacta dasjenige haben, was er in der Welt hätte, welches Versprechen dann Sejus acceptiret, und durch seine Schwieger-Mutter dem Paulo dafür dancken lässet.

Kurtz darauf hält Paulus ohne des Sejі Wissen, Willen und Consens bey Kayserlichen Majestät an, weil sie von GOtt mit männlichen Descendenten nicht gesegnet, daß Sejus in den Adelstand erhoben, ihme der Name von Forstheim beygeleget und von seinen Gütern sich zu nennen und zu schreiben erlaubt werden möchte, welches dann auch also erfolget, und nachdem das Adeliche Diploma angelanget, so lässet Paulus den Sejum zu sich fordern, und übergibt ihm solches mit einem Glücks-Wunsch, über welche unvermuthete Eröffnung Sejus zwar in etwas surpreniret wird, gleichwohl aber in Ansehung des ihm vorhin gethanen Versprechens den Adel-Brieff annimmt, seines Theils aber nicht das geringste davon publiciret, biß endlich Paulus nachdem kurtz darauf Sejus von dem gnädigsten Landes-Fürsten und Herrn zu dessen Geheimden Rath declariret und unter andern Geheimden Räthen auch ihm das Concept der Geheimden Raths-Bestallung zur Revision zugesandt wird, solchem Concept und des Sejі Namen mit eigener Hand den Namen von Forstheim, (ohne daß er vorhero die geringste Abrede deßwegen mit dem Sejo genommen, oder dessen Consens erhalten) beygerücket, und also den Adelstand publiciret. Gestalt er dann auch verschiedene neue Lehne acquiriret und in solche den Sejum mitnimmt. 4

Als nun die Theodora schwanger geworden und aus ein und andern Zuständen keine glückliche Niederkunfft vermuthet wird, weßhalben dann der Sejus sich sehr bekümmert, so redet Paulus wie er solches verspühret, dem Sejo zu, daß er sich nicht bekümmern solle, und verspricht dabey demselben, es möchte kommen wie es wollte, so sollte er doch, weil er ihn einmal vor einen Sohn angenommen, aller seiner Güter Genoß und theilhafft auch sein Erbe seyn, welches Versprechen dann Sejus abermahl mit Danck acceptiret. 5

Ob nun wohl die Theodora darauf eines jungen Sohns genesen, welcher aber nicht lange hernach gestorben, so hat doch dieselbe, wie sie zum andern mal mit einer jungen Tochter nieder gekommen ist, an einem Apostem das Leben eingebüsset, über welchen Todtes-Fall dann der Sejus, weil er dieselbe sehr geliebet, sich hefftig bekümmert hat. 6

Es

7 Es hat aber Paulus an eben dem Tage, da die Theodora geſtorben, dem Sejo verſprochen, bey dem gnädigſten Landes- und Lehn-Herrn auszuwürcken, daß das Gut groſſen Forſtheim, welches ein feudum promiſcuum, auf ihn mit transferiret, und deßwegen die Lehens-Exſpectantz in terminis favorabilibus vor denſelben ausgefertiget werden ſollte, welches dann auch nachhin alſo erfolget, und unter andern dem Exſpectanz-Brieff mit inſeriret wird, daß bey dem erſten Lehens-Fall er als ein Mitbelehnter dem Lehn-Brieff mit inſeriret und würcklich mit belehnet werden
8 ſollte. Geſtalt dann auch Paulus durch ſeine Frau nachhin dem Sejo ferner verſprochen, daß er die Güter Forſtheim und Hippia ſeine neptis Sylvia aber das Gut Netzdorff nebſt allen übrigen beweg- und unbeweglichen Gütern haben ſollte, welches Verſprechen ob es gleich dem erſten nicht gemäß, und die Theilung ſehr ungleich, dennoch Sejus aus Liebe zu ſeiner Tochter acceptiret hat.

9 Gleichwie aber Sejus in Erwegung der menſchlichen Fälle, und daß alles in der Welt unbeſtändig, auf die ihm ſo wohl von dem Paulo ſelbſt als durch deſſen Frau gethane mündliche Verſprechungen ſich bloſſer Dings zu verlaſſen nicht rathſam gefunden, alſo läſſet derſelbe, weil er zu Beybehaltung des guten Verſtändniß durch fremde nicht darum anhalten dörffen, durch ſeine Schwieger-Mutter den Paulum weiter erſuchen, dasjenige, was ihm bißhero verſprochen, ſchrifftlich auszufertigen mit der Verſicherung, weil er einmahl ſich in des Pauli Hauß und Familie begeben, daß er biß an ſein Ende bey ihnen bleiben, und die Zeit ſeines Lebens nicht wieder
10 heurathen wollte. Bekommt aber von dem Paulo ſelbſt dieſe Antwort: Weil ſeine neptis Sylvia von ſchwacher Conſtitution, von der gnädigſten Herrſchafft auch und andern geurtheilet würde, als wann er Paulus derjenige wäre, welcher ihn Sejum von einer andern Heurath abhielte, daß er dahero ad ſecunda vota ſchreiten möchte, mit der Verſicherung, wann Sejus ſolches thun und nach ſein und ſeiner Frauen Willen und mit ihrem Conſens heurathen wollte, daß er alsdann, und wann aus der andern Ehe Kinder erfolgen ſollten, auch vor dieſelbe und deren Unterhalt ſor-
11 gen wollte, mit welchen und dergleichen Sinceritionen und alatten Worten, unter anderm auch, daß er Sejus doch kein Mißtrauen in ihn ſetzen möchte, einige Jahre verflieſſen, wobey dann Paulus, ſo offt Sejus die Sache pouſſiret, demſelben gleichſam einen bolum vorwirfft, und bald ein gewiſſes Canonicat, bald aber die Anwartung auff eine gewiſſe Probſtey ſchencket, welche beyde er aber nachhin verkaufft, und die dafür empfangene Gelder zu ſich nimbt, und ſich ſonſt vernehmen läſſet, daß er dasjenige, ſo er dem Sejo per actus inter vivos verſprochen, in einem Teſtament, ſo er nächſtens errichten würde, vermachen wollte.

Biß endlich, nach dem ſolche des Pauli 12
Conduite dem Sejo je länger je verdächtiger vorkommt, dieſer nicht länger zu warten und zu trauen rathſam findet, und dahero nach allen verſuchten Mitteln an den Paulum dieſes Innhalts ſchreibet:

Weil er mit ihm keines weges auskommen könnte, daß er dahero entſchloſſen, die Sache dem Rechte zu übergeben, und die Entſcheidung zu erwarten; worauff Paulus ſich erbeutet, etwas ſchrifftliches auszuſtellen, geſtalten dann endlich nach langen Tractaten beygehender Receſs, Donation und pacta inter vivos & ſucceſſoria ſub lit. A. errichtet, und von beyden Theilen mit Hand und Siegel beſtätiget wird.

Wovon Sejus ein vollenzogenes Exemplar dem Fürſtl. Judicio und ad Acta inſinuiret, auch darüber ein Documentum Inſinuationis erhält, Paulus auch auf mehrmalige inſtance des Seji bey einer nach NT. gethanen Reiſe das dritte Exemplar dem Hoff-Rath Lucio zwar übergiebet, und es auf der Cantzeley zu hinterlegen bittet, die Inſinuation aber ſolcher Geſtalt zu thun wie abgeredet, und in fine inſtrumenti enthalten iſt, allerhand ſubterfugia ſuchet, und den Sejum in ſeiner Abweſenheit bey gnädigſter Herrſchafft übel recommendiret, weßhalben dann Sejus genöthiget wird, an den gnädigſten Herrn zu ſchreiben, ſich zu purgiren, und über dieſen Verzug ſich zu beſchweren, da dann Paulus zwar auf dero Zure- 13
den ſich zu der Inſinuation erbietet, durch dero hohe Interpoſition auch die bißherige Mißverſtände unter Paulum und Sejum abgethan werden, Paulus aber kurtz darauff ohne alle gegebene Urſach den Sejum von neuem bey gnädigſter Herrſchafft angieſſet, verkleinert, und ſolcher Dinge denſelben beſchuldiget, worüber er, wann er nicht gehöret und unſchuldig befunden worden, in groſſe Ungnade verfallen, ja gar ſeine zeitliche Wohlfahrt in Gefahr geſetzet werden können.

Wobey es dann nicht geblieben, ſondern 14
es hat Paulus ferner den Sejum beſchuldiget, und demſelben ins Angeſicht geſaget, daß er ſeine ſeelige Schwieger-Mutter die Barbaram unter die Erden gebracht, welche Beſchuldigung dann Sejus ſich ſehr zu Gemüthe gezogen, und weil ein Gerücht entſtanden, daß Paulus ſeinen Mägden nicht allein Unzucht angemuthet, ſondern auch mit einer gewiſſen Perſon gar in ipſo actu angetroffen worden, wovon deſſen Frau die Barbara nicht allein Nachricht erhalten, und ſich darüber verſchiedentlich ſehr geeifert, nicht lange hernach auch Todes verblichen, ſolche fama

auch vor den gnädigsten Landes-Herrn selbst gekommen, so hat Sejus als der Landes-Herr ihm einige Zeit hernach wegen der neuen Differentien mit seinem Schwieger-Vatter gefraget, und ihn deßwegen zur Rede gesetzet, ihm die herbe auf Mord und Todtschlag zielende Injurien geklaget und dabey angeführet, weil seine seelige Schwieger-Mutter die Barbara von dem Gerücht, welches wegen des Pauli ärgerlichen Lebens herum gegangen, Nachricht erhalten, und sich darüber verschiedentlich geeifert hätte, daß er dahero vielleicht mit besserem Rechte von dem Paulo sagen könnte, daß er seine Frau unter die Erde gebracht, als er solches dem Sejo nachsagen und imputiren wollte.

15 Bey welcher Anführung dann der Sejus expresse gemeldet, daß er solches zu des Pauli Verunglimpfung nicht erwehnet haben wollte, noch jemahls erwehnet haben würde, wann ihm nicht bewust, daß die gnädigste Herrschafft von diesem Gerüchte schon vorhin Wissenschafft hätte, wobey dann Sejus nachdem der Landes-Herr ihn gefraget, ob es vor ein Adulterium zu halten, wann ein ligatus cum soluta in ipso actu angetroffen würde? geantwortet hat, daß daraus kein consummatum adulterium zu schliessen.

16 Weil nun Paulus nachdem er von solchem Discurs Nachricht erhalten, um seine schon längst vorgeblickte Intention zu erreichen, wider Sejum eine Injurien-Klage angestellet, daß er ihn als einen Ehebrecher und Mörder bey gnädigster Herrschafft traduciret beschuldigen, æstimatorie auf 20000. Reichs Thaler und ad deprecationem agiren, mithin die so genandte donationem & pacta ex capite ingratitudinis revociren wollen, kurtz darauf auch zur andern Ehe geschritten, und eine Dame von 28 Jahren geheurathet hat, so entstehet die Frage:

Ob die von der fama des Pauli übelen Lebens gegen den gnädigsten Landes-Herrn von dem Sejo geführte Reden pro injuria zuhalten, weil solche

1) nicht wegen einen Fremden, sondern gegen den Gnädigsten Landes-Herrn als Judicem und bisherigen Mediatorem zwischen Paulo u. Sejo.

2) von dem Sejo ad sui purgationem und auf des Pauli Provocation auch ausgestossenen herbe Injurien, daß nemlich Sejus seine Schwieger-Mutter unter die Erde gebracht, und auf die von dem Paulo erlittene harte Verfolg- und gefährliche Angebung bey gnädigster Herrschafft,

3) auch mit diesem expressen Bedinge angeführet, daß solche zu sein des Pauli Verunglimpfung nicht gemeldet seyn sollten,

4) auff die gehabte Nachricht, daß der gnädigste Landes-Herr von solchem Gerüchte schon vorhin Wissenschafft gehabt, erwehnet und angezogen worden, bevorab da diese fama, und daß solche in der Stadt, wo Paulus wohnet, überall herum gegangen, mit probatis viris zuerweisen stehet, und von Sejo keines weges inventiret ist.

2.) Ob solche Donation pro pura & simplici donatione inter vivos, quæ sit nullo jure cogente, oder nicht vielmehr pro donatione ob causas zu halten, zumahl ob gleichin Instrumento des dotis, und daß solche deßwegen geschehen, nicht gar deutliche Meldung geschiehet, dennoch darinn diese Worte enthalten, daß dem Sejo vorhin verschiedene Versprechungen wegen seiner Güter und Verlassenschafft gethan worden, und daß demselben und dessen Kindern anderer Ehr die tertia omnium bonorum zu dem Ende gegeben werde, damit sie den Adelstand worinn sie Paulus gesetzet, desto besser führen könnten, und dahero solche Donation & pacta inter vivos & successoria von der Art und Beschaffenheit sind, daß sie secundum sententiam

Brunnem. *Comment. ad l. 8. & ultim. C. de rer. don.* Carpzov. *p. 2. Constit. 12. def. 34. & 25.* Zœs. *Comment. ad ff. tit. de donat. p. 774.*

neque ex capite ingratitudinis neque ob non factam rite insinuationem à Paulo jemahls revociret werden können?

3.) Und ob dahero drittens Paulus, wann er aus der andern Ehe Kinder erzeugen sollte, die donationem ob causas factam contra sententiam

Brunnemanni *ad dict. l. 8. n. 14.*

oder auch die gemachte pacta inter vivos & successoria in totum oder ex parte revociren könne?

4.) Weil Sejus auf des Pauli Willen und Gutbefinden ad secunda vota geschritten, und die Wahl anderer Gestalt, nicht als nach seinem Willen und mit

mit ſeinem Conſens gethan, ob, wann er allenfalls deſſen, ſo er durch die Donation und pacta erhalten, verluſtig erkandt werden könnte, ſeinen Kindern anderer Ehe dasjenige, ſo ihnen darinn zu Führung des Adelſtandes ſo wohl per donationem als per pacta zugeſaget, und verſprochen worden contra *l. 19. §. 6. ff. de donat.* genommen werden könne, cum alias etiam id quod contemplatione filiorum conceſſum vel donatum illis non poſſit auferri propter delictum Patris.

Carpzov. *p. 3. C. 27. def. 7.*

5.) Ob die in fine enthaltene Clauſul, daß nemlich Paulus ſich der Macht begebe, dieſe donationem und pacta auff einige Weyſe zu revociren, jedoch mit der Verwahrung, daß Sejus ihm mit ſchuldigem Reſpect, Liebe und Treue Lebenslang begegnen, und in allen Stücken als ein erkandlicher danckbarer Sohn ſich erzeigen ſolle und wolle, von denen Kräfften ſey, daß ſolche die donationem ob cauſas factam quæ alias & per ſe irrevocabilis auffheben könne?

Beylage Litera A.

KUnd und zu wiſſen ſey hiemit, als der Wohlgebohrne Herr Paulus von Forſtheim in Anno 1684. ſeine eintzige liebe Tochter, Theodoren von Forſtheim, auff beſchehene Anwerbung des Herrn Sejii von Forſtheim damahligen Hoffraths, jetzigen geheimen Raths, demſelben zur Ehe gegeben, GOTT aber es alſo gefallen, nicht allein den in ſolcher Ehe erzeugten Sohn Auguſtum vor der Mutter hinzunehmen, ſondern auch ſie ſelbſten, (nachdem ſie drey Tage vor ihrem Tode die durch GOttes Gnade annoch lebende Tochter Sylvia zur Welt gebohren,) aus dieſem Zeitlichen in das ewige Leben abzufordern, und dann Paulus von Forſtheim ſich wohl erinnert, **wie ſo wohl bey Lebzeiten gemelter ſeiner lieben ſeeligen Tochter, als auch nach dero ſeeligem Abſchiede, er beſagten ſeinen Schwieger-Sohn** als einen leiblichen Sohn geliebet, und denſelben in der Zuverſicht von ihm bey heran nahendem Alter auffrichtige Söhnliche Bezeugung und Conſolation zu haben, **ein und anderes Verſprechen ſeiner Güter und Verlaſſenſchafft halber gethan**, nunmehro auch nach dem faſt vier Jahr nach ſolchem Todes-Fall verlauffen, gantz gerne ſiehet, **daß er zu Fortſetzung des von der Kayſerlichen Majeſtät ihm** conferirten **Adelichen Namens ſich anderweit hin wieder verehlige.**

So hat derſelbe zu Bezeugung ſeiner Vätterlichen Affection und zu Beförderung eines vollkommenen Vertrauens, und damit, (weil keine Ehe-Stifftung und Diſpoſition vor dieſen gemachet) Sejus von Forſtheim um ſo vielmehr, weſſen er ſich jetzo und künfftig zu verſehen habe, verſichert ſeyn möge, **ſeine Vätterliche** Intention **und Zuſage ſchrifftlich** declariren, und demnach mit ermeldtem ſeinem Sohne folgende unwiderruffliche donationem & pactum inter vivos & reſpective ſucceſſorium errichten wollen.

Anfänglich verſpricht Paulus nochmahls, daß gleichwie auf allerſeits Gutbefinden der Sejus mit ſeinen Leuten bißhero die Beywohnung ſammt dem Unterhalt in deſſen Hauſe gehabt, es alſo auch ferner dabey gelaſſen, und er nebſt denenſelben, ſo lange es ihm gefällig, freyen Tiſch, Stuben und Bette zu genieſſen haben ſoll.

Wann aber Sejus den bißherigen Wittiber-Stand mit des Pauli und deſſen Frauen Gutbefinden verändern, und ſich anderweit mit einer Adelichen Tochter verehligen, und ein eigen Hauß-Weſen anſtellen wird; So will derſelbe ihm **Sechs Tauſend Thaler** reichen, und daneben noch alljährlich, ſo lange er Paulus in ſeiner Function und Beſtallung bleiben wird, Ein hundert Thaler baar zuwenden, ihm auch über das den Zehenden zu Sadnau, cum ceſſione jurium & actionum adverſus detentores abtreten und übergeben, welches alles der Sejus pleno jure dominii haben, und zu ſeinem beſſeren Auskommen genieſſen und anwenden ſoll.

Als dann auch vors Andere dem von dem Paulo bey der getroffenen Heurath geführeten Abſehen zu Folge, auff deſſen Anſuchen und Koſten von der Kayſerlichen Majeſtät der Geheimbter Rath Sejus von Forſtheim in den Adel-Stand erhoben, und ihme der Nahme und Wappen von **Forſtheim** beygeleget, ihm auch nachhero von dem Paulo verſprochen worden, daß weil er ihn einmahl vor ſeinen Sohn auffgenommen, auch wann es verlanget würde, ſolenniter zu arrogiren erböthig, er alſo weder directe noch indirecte von ſeinen Gütern excludiret, ſondern derſelben als ein leib-

licher Sohn und Mit-Erbe theilhafftig werden, auch künfftig, die bey der erfolgenden andern Ehe erzeugenden Kinder sich dessen zu erfreuen haben sollen.

Gleich wohl aber gemeldte Tochter Sylvia, so durch GOttes Gnade annoch im Leben, und ihre liebe seelige Mutter, (welche vor sie bey der Geburt das Leben eingebüsset,) præsentiret, insonderheit versorget werden muß;

So schencket und gibt Paulus hiemit dem Sejo und dessen Kindern anderer Ehe, damit sie den Adel-Stand desto besser führen können, erb- und eigenthumlich von seinem jetzigen auch künfftigen corpore bonorum, worüber zu Verhütung aller Irrungen, er vor seinem in GOttes Händen stehenden seeligen Ende, eine richtige Designation verfassen will, den dritten Theil, worunter aber die vorhin erwehnte Sechs Tausend Thaler, nebst den Zehenden zu Sadnau, wie auch die übrige neu acquirirte Männliche Lehen-Stücke ratione dominii mit zurechnen, jedoch also, daß Paulus (vorerwehnte Sechs Tausend Thaler und den Zehendten zu Sadnau ausgenommen,) usumfructum ad dies vitæ behalten, seine Frau auch nach dessen Tode als Usufructuaria bey seinen Gütern gelassen werden, und der Sejus nach deren beyden tödtlichen Hintritt, solche Tertiam allererst völlig haben und geniessen solle.

Alles übrige aber, es habe Nahmen wie es wolle, soll der Tochter und respective lieben Kindes-Kinde, welche auch ohne dem vermöge der Investitur die nächste Lehens-Folgerin an dem Gute Forstheim ist, insgesammt verbleiben.

Es behält jedoch der Paulus ihm bevor, wann GOTT ihm seine Mittel erhalten und segnen, und der Sejus ihm darnach begegnen wird, demselben noch etwas mehr zuzuwenden.

So übernimmt Paulus, wie bißhero, also auch ferner die Erzieh- und Versorgung mehr gemeldter Sylvien, und soll Sejus deßwegen aller Unkosten, so lange der Paulus und dessen Frau im Leben, gäntzlich überhoben seyn; Es sollen aber jedoch seine bey dessen Erziehung habende Monita, wie billig mit beobachtet werden, ihm auch als einem Sohn im Hause und respective leiblichen Vatter des Kindes die Besuchung desselben, so offt es ihm gefällig, jederzeit frey stehen, und dem Paulo und dessen Frauen lieb und angenehm seyn.

Sollte aber vors dritte, welches GOTT nach seiner Güte abwenden und verhüten wolle, mehrgedachte Sylvia in ihrer Jugend, oder auch nach erlangeten Jahren und getroffener Heurath ohne Leibes-Erben versterben, oder diese nachhero ausgehen und ermanglen, so soll alsdann, zuforderist aber wann Paulus und dessen Frau aus dieser Welt abgeschieden seyn werden, dem Sejo und dessen aus der andern Ehe erfolgenden Kindern das Adeliche Gut Forstheim mit seinen pertinentien, sammt denen darauff hafftenden und verconsentirten Zwantzig Tausend Rthalern frey und eigenthumlich anheim fallen, und auf solchen Fall hiemit gegeben, er und dieselbe auch seine heredes universales seyn, gestalt er und sie dann hiemit dazu benennet, und vermöge dieses pacti successorii darzu eingesetzet werden.

Es soll aber der Sejus oder dessen Kinder ehe und bevor sie sich der Erbschafft anmassen schuldig seyn, (wie dann derselbe solches hiemit kräfftiglich und verbindlich verspricht,) das jenige, was Paulus seinem Bruder Cajo und dessen Kindern von dem Seinigen gönnen und geben, auch sonst ad pias causas destiniren wird, (massen er solches in einer gewissen Schrifft zu verordnen und zu verzeichnen ihm ausdrücklich vorbehält,) ohnweigerlich zu lassen und abzustatten, und solcher Gestalt des Pauli, als eines vor ihn wohl intentionirten Vatters Willen, treulich zu erfüllen.

Und ob zwar viertens zu GOTT verhoffet wird, es werde seine Göttliche Güte, so wohl die Tochter Sylvia, als auch ihren Vater den Sejum bey Leben erhalten, so ist dennoch wegen nach erwehnter Fälle, (welche jedoch GOTT der Allmächtige in Gnaden verhüten wolle,) dieses abgeredet, daß wann 1) mehrgedachte Sylvia vor ihrem Vatter dem Geheimbten Rath versterben, und auch dieser ohne Erben aus der andern Adelichen Ehe abgehen, und der Paulus zu der Zeit noch am Leben seyn möchte, alsdann oberwehnte Sechs Tausend Rthaler, und was dem Sejo über das durch diesen Recess von des Pauli Gütern und Vermögen zugekommen, an denselben wieder zurück fallen;

Und da 2) offternandter Sejus ohne Leibes-Erben aus der andern Adelichen Ehe dieses Zeitliche gesegnen, oder auch diese nach seinem Tode gäntzlich abgehen, und zu selbiger Zeit weder der Paulus, noch die Tochter und respective Kindes-Kind Sylvia, noch derselben Descendenten vorhanden seyn würden, so dann von obgedachten aus des Pauli Vermögen und Verlassenschafft herrührenden Mitteln die Helffte an des Seji Erben, die andere Helffte aber an oberwehnten des Pauli Bruder oder dessen Erben, insgesammt zurück fallen solle, gestalt denn Paulus sich des obigen allen also versichert halten, und dero Behuff hiemit declariret haben will, daß im Fall diese Donation und Pacta wider Vermuthen einiger

einiger Massen vor unkräfftig ausgegeben werden möchten, dennoch dieselbe als ein vollkommener beständiger Wille, Codicill, donatio mortis causa oder fideicommissum gültig seyn sollen, wie er sich dann auch der Macht dieses sein Versprechen, Donation und Pacta auff einige Weyse zu revociren, ausdrücklich begeben, jedoch mit der Verwahrung, daß offtgedachter Geheimbter Rath, für solche ihm hierinn erwiesene ungemeine Vätterliche Affection ihm mit allem schuldigen Respect, Liebe und Treue Lebenslang begegnen, ihm in seinen Angelegenheiten, zumahl bey ankommendem Alter, mit aller Söhnlichen Handbietung assistiren, und in allen Stücken, als ein erkänntlicher danckbarer Sohn sich erzeigen solle und wolle.

Und gleichwie nun der Geheimbte Rath Sejus, all solch Vätterlichen wohlthätigen Willen, Donation und Versprechen, mit gebührendem Danck acceptiret, also verpflichtet auch derselbe sich hingegen, daß er solches Zeit seines Lebens mit allem Respect und rechtschaffener Söhnlichen Bezeugung, treulich zu verdienen und zu erkennen, eusserst bemühet seyn wolle.

Zu dessen vester Verbindung und unverbrüchiger Haltung, haben beyde Theile diese Donation und Pacta eigenhändig unterschrieben und besiegelt, auch davon ein Original der gnädigsten Landes-Fürstlichen Herrschafft um solches ad Acta auffnehmen, und hinterlegen zu lassen, unterthänigst übergeben und insinuiret.

So geschehen Forstheim den 4ten Junii Anno 1690.

Als uns Decano und andern Doctoribus der Juristen Facultät, bey gemeiner Hoch-Fürstlich Würtenbergischen Universität Tübingen, vorstehende Facti Species sammt der Beylage Lit. A. ohnlängsten zugesandt worden, um darüber und die deroselben angehengte Fünff Fragen unser rechtliches Gutachten cum solidis rationibus, fundamentis & authoritatibus zu eröffnen; So haben wir sammt und sonders dieselbe, so bald es anderer pressanten Ammts-Geschäfften halber seyn können, mit gebührendem Fleiß durchlesen, reifflich erwogen, und in gepflogener Collegialischen Deliberation uns per unanimia dahin verglichen, wie bey einer jeden Frage absonderlich angezeiget wird.

Und zwar, so viel forderist

Die erste Quæstion:

1 Ob die von der Fama des Pauli übelen Lebens gegen dem Gnädigsten Landes-Herrn, von dem Sejo geführte Reden, pro injuria zu halten, weil solche 1) nicht gegen einem Frembden, sondern gegen dem Gnädigsten Landes-Herrn als Judicem und bißhertigen Mediatorem zwischen Paulo und Sejo.

2) Von dem Sejo ad sui purgationem und auff des Pauli Provocation, auch ausgestossene herbe Injurien, daß nemblich Sejus seine Schwieger-Mutter unter die Erde gebracht, und auff die von dem Paulo erlittene harte Verfolg- und gefährliche Angebung bey Gnädigster Herrschafft.

3.) Auch mit diesem expressen Bedinge angeführet, daß solche zu sein des Pauli Verunglimpfung nicht gemeldet seyn sollen.

4.) Auff die gehabte Nachricht, daß der Gnädigste Landes-Herr von solchem Gerüchte schon vorhin Wissenschafft gehabt, erwehnet und angezogen worden, bevorab da diese Fama, und daß solche in der Stadt, wo Paulus wohnet, überall herum gegangen, mit probatis viris zu erweisen stehet, und von Sejo keines weges inventiret ist?

concerniret; So scheinet ersten Anblicks das, was Sejus von der Fama des Pauli übelen Lebens, gegen seinem Gnädigsten Landes-Fürsten und Herrn gemeldet, unmüglich anders angesehen werden könne, als pro gravi & atroci injuria, weil er ihn in effectu tanquam adulterum deferiret

quod non fieri posse videtur sine famæ & existimationis commaculatione, in qua formalis ratio injuriæ consistit, quæ quippe est dictum vel factum in alterius contumeliam tendens, famam & existimationem ejus lædens ac imminuens,

pr. & §. 1. Instit. de injur.

quod tamen cum grano salis intelligendum volumus, videlicet non quasi dicta talia proferens, per ea quicquam dignitati, famæ & existimationi cujusquam effe- 2

ctive,

tive, realiter & per implementum detrahere posset, hoc enim fieri nequit, sicuti namque bona fama & vitæ honestate & bonis moribus dependet, ita etiam nonnisi malis moribus & vitæ turpitudine læditur aut evertitur

l. 5. §. 1. ff. de extraord. cognit.

sed intentionaliter, quod quantum in injuriante fuerit, conatus sit illud effectui dare, & per suas calumnias infamatum apud alios honestos viros in sinistram suspicionem perducere, ejusque famam & existimationem arrodere & imminuere laboraverit.

3 Intendere vero hoc eum quoque, qui aliquem ut stupratorem & adulterum defert, dubio carere videtur.

per tradita Berlichii, *p. 5. conclus. 59. num. 6. 10.* Carpzov. *lib. 2. Respons. 59. numer. 10.* Beat. D. Lauterbach. *Disp. de injur. th. 23.*

Cum itaque Sejus hic Paulum socerum suum etiam tanquam adulterum detulerit, non videtur hoc non posse pro insigni injuria haberi & pro tanto graviori ac atrociori censeri, quanto graviores sunt circumstantiæ, sive personæ delatæ, sive personæ apud quam delatio facta, sive imputati criminis qualitatem consideremus.

arg. §. 9. Instit. de injur. ibi interpp.

4 Und solches 2) um so mehr, als einen, der was contumelioses auff einen andern ausgibt und redet, nicht excusirt, wann er sich auff das gemeine Gerücht, oder den Authorem convitii berufft, nach dem gemeinen Sprüch-Wort: Wehrmann haben hilfft nicht

argum. l. un. Cod. de famos. libell. Carpzov. *l. 2. Respons. 62. numer. 7. 8.* Beat. D. Lauterbach. *dict. Disp. th. 27. in fin.*

5 oder wann er fürwendet, daß ers aus guter Zuversicht gegen demjenigen, dem ers gesagt, gedacht, und ihm gleichsam haben wollen ins Ohr gesagt haben, daß es bey ihm bleibe, und nicht weiter auskommen solle.

Denn wann das, was von einem gesagt worden, an sich convitiosum ist, so ist und bleibt es nichs desto weniger eine Injuria.

l. 1. pr. de injur. Mev. *p. 5. dec. 19.*

6 Dessen jedoch, und was sonst noch ferner scheinbarliches angeführet werden könnte, unerachtet halten wir beständig dafür, daß die à Sejo von der fama des Pauli übelen Lebens gegen dem Gnädigsten Landes-Herrn geführte Reden, in Consideration der hier einschlagenden in ipsa quæstione angeführten Umstände, keines weges pro vera & formaliter sic dicta injuria, actione injuriarum vindicanda, zu halten, in reiffer Erwegung,

quod ad hoc, ut id, quod de alio dictum & relatum, pro vera & formaliter sic dicta injuria habeatur, non sufficiat, illud tale esse, quod in ipsius contumeliam & ignominiam trahi ac vergere queat, sed requiratur etiam, ut injuriandi animo prolatum sit, seu ut eo animo, eaque intentione & fine dictum sit, ut ipsius fama, existimatio & dignitas lædatur, ipseque ludibrio habeatur.

Maleficia enim voluntas & propositum delinquentis distinguit, judice Paulo Juris Consulto.

in l. 53. princ. de furt.

Unde in specie disertis verbis dicitur injuriam ex affectu fieri ac censeri

in l. 34. princ. de O. & A. & in l. 3. §. 1. de injur.

injuriam ex affectu facientis consistere seu dijudicari.

Non enim sensus in patiente, sed affectus in faciente injuriam facit

d. l. 3. §. 2. de injur.

7 Ubi itaque animus & affectus injuriandi abest, non est injuria, etsi verba vel facta sunt injuriosa, nihilque sine eo facit alterius aut interpretatio aut applicatio.

Mevius *part. 7. dec. 112. numer. 6. 7.* Beat. D. Lauterbach. *dict. Disput. de injur. thes. 22.*

& cum sine injuriandi animo & affectu doloque non videri possit ulla facta injuria, ideo illo deficiente nec ulla injuriarum competit actio

l. 5. §. fin. ibi: dicit igitur Julianus, injuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendæ injuriæ causa percusserit. *ff. ad L. Aquil.*

Ubi enim cessat animus contumeliæ inferendæ seu injuriandi, actionem adstruere velle, irriti prorsus conatus esse scribit

Cravetta *Cons. 18. num. 36.* quod probat Mevius *p. 5. dec. 387.* add. Beat. D. Lauterbach. *d. Disp. th. 26.*

8 Daß aber hierfalls bey Sejo der animus injuriandi Paulum cessire, geben genugsam die angeführte Umstände, denn 1) Sejus nicht sua sponte und von freyen Stücken Paulum deferirt, und des criminis adulterii beschuldiget, sondern als Sejus von seinem Gnädigsten Fürsten und Herrn, der so gnädig gewesen, daß er partes Mediatoris auf sich genommen, Paulum mit dem Sejo zu vergleichen,

chen, wegen ihrer abermahligen neuen Differentien zu Rede geſetzt, und um die Urſach derſelben gefragt worden, hat er ja 2) anders nicht können, als ſeinem Gnädigſten Herrn die rechte und wahre Urſach, warum ſie alſo wieder verfallen, gründlich anzuzeigen, weil nun ſolches die harte Injurien geweſen, die Paulus wider Sejum ausgeſtoſſen, nemlich daß er Sejus Urſach an ſeiner Pauli Frauen, Seji Schwieger-Mutter, Tode ſey, und ſie unter den Boden gebracht, die er ihm ins Geſicht geſagt, hat er dieſe neben den vor erlittenen harten Verfolgungen und gefährlichen Angebungen, dadurch er in groſſe Ungnade verfallen, ja gar in Gefahr ſeiner zeitlichen Wohlfart geſetzet werden können, wann er nicht gehört und unſchuldig befunden worden wäre, ſeinem Gnädigſten Herrn geklaget. Sich nun 3) von dieſen ihm à Paulo imputirten Injuriis vor ſeinem Fürſten, dem ſie beede als Geheime Räthe ohnmittelbar unterworffen, zu purgiren, und ſeine Unſchuld zu remonſtriren, hat er angeführet, daß er zu ſeiner Schwieger Tode gantz nichts contribuiret, und daran durchaus unſchuldig ſey, die erhaltene Nachricht von dem böſen Geſchrey und Gerüchte, welches wegen des Pauli, daß er ſeinen Mägden nicht allein Unzucht zugemuthet, ſondern auch ſo gar mit einer gewiſſen Perſon in ipſo actu angetroffen worden, entſtanden, und herum gegangen, auch vor ſie gekommen, hab viel darzu gethan, denn ſie ſich darüber verſchiedentlich ſehr vereifert, und bald darauff geſtorben, daß er demnach vielleicht mit beſſerem Recht von Paulo ſagen könnte, daß er damit ſeine Frau unter den Boden gebracht, als Paulus ihm Sejo ſolches imputirt.

Hat alſo Sejus in Anführung dieſes nicht den animum Paulum injurandi, ſondern vielmehr animum ſe ab illatis ipſi à Paulo injuriis, & imputata nece Socrus purgandi gehabt, deßwegen es pro formali injuria, actione injuriarum, vel qua ei ſimili vindicanda, nicht gehalten werden kan, ob defectum doli, qui ut ceſſare facit veram & formaliter ſic dictam injuriam, ſic & injuriarum actionem.

l. 1. princ. §. 1. l. 26, l. pen. de injur.

9 So weniger als er Sejus 4) durch des Pauli ausgeſtoſſene herbe Injurien, harte Verfolgung und gefährliche Angebung bey Gnädigſter Herrſchafft, ohn alle gegebene Urſach und Verſchuldung, zur Defenſion und Rettung ſeiner Unſchuld veranlaſſet und genöthiget worden, und 5) expreſſe dabey bedinget, daß er ſolches nicht zu des Pauli Verunglimpfung, ſondern bloß zu ſeiner Exculpirung gedacht haben wollte, darzu 6) es auch ſo niemahls erwehnet haben würde, wann er nicht verſichert, daß die Gnädigſte Herrſchafft von dem Gerüchte ſchon vorhin Wiſſenſchafft hätte.

Sic eum, qui non propria ſponte aliquem tanquam criminis reum defert, ſed à Magiſtratu requiſitus & de crimine divulgato interrogatus notitiam ſuam aperit, & authorem criminis fama notatum indicat, quamvis id poſtea non probetur & inculpatus innocens reperiatur, injuriarum actione haud conveniri, ſed judicio pulſatum haud competentis actionis exceptione ſe tueri poſſe tradit 10

poſt Baldum. *volum. 5. Conſ. 351.* Cravetta, *Conſ. 13. num. 1.* Carpzovius *lib. 2. Reſp. 60. num. 4.*

Et qui, ut hic Sejus, ab altero provocatus de eo refert, quæ aliquem contumeliæ habent, & ex iis objecta refutat, minime pro injuriante habendus, tum quia ſe purgandi, famamque ſuam contra objecta liberandi animo fecit, adeoque à dolo, à quo quælibet fatua etiam cauſa excuſat, immunis eſt, tum quia ex neceſſitate quadam id egit, dum inculpatus pro ſervanda exiſtimatione non potuit non ita facere, tum quia pro honore & pudore fecit, ignoſcendum vero ei, qui pudorem ſuum quocunque modo purgat 11

l. 25. de Procurat.

tum quia provocatus ad eam exculpationem acceſſit, ignoſcitur vero etiam ei qui provocatus ſemet ulciſcitur,

l. 14. §. 1. ff. de bon. libert.

Etſi ergo forte melius feciſſet Sejus, ſi ab his plane abſtinuiſſet, attamen, dum factum, non eſt injuria talis, de qua injuriarum agi poteſt.

Liberat enim ab injuriæ imputatione probabilis cauſa, & in dubio creditur potius alio, quam injuriandi animo dictum, ubi dicendi non injuſta apparet ratio, judice Conſultiſſimo Mevio 12

part. 9. dec. 202. add. p. 5. dec. 219. ubi itidem dicit, ceſſare injuriarum actionem, ſi colligi poſſit ſine injuriandi animo, nec in alterius contumeliam quid dictum vel ſcriptum eſſe, ceſſare vero putari illam, cum duo hæc concurrunt, primo quod quis ſcripſit vel dixit alteri, quia ſcire interat, maxime vero ſi ad publicam rem notificatio ſpectet. Deinde ſi probabili aliqua ratione ita fiat, veluti per conſcientiæ aliquem ſtimulum, vel per officii neceſſitatem, vel ex alia quadam cauſa non improba, qualis utique eſt ſui defenſio & purgatio ab imputatis injuriis & criminibus. Talia enim ut animum inferenda contumeliæ & præſumptionem injuriæ tollant, ſic & actionem injur. excludant.

Porro auditas de alio injurias alteri bona intentione referentem actione injuria- 13

rum haud conveniri posse, si se non injuriandi animo id facere addat, ut hic Sejus fecit, notat

Dn. Stryck. *tr. de Jure sensuum. Dissert. 3. cap. 3. num. 62.*

(Licet alias hæc protestatio non semper attendatur, & prolatis convitiis addita exclusionem affectus injuriandi operetur, adeoque injuriantem relevet.

argum. c. 54. de appell. Carpzovius, *lib. 2. Respons. 62. numer. 2.* Berlich. *p. 5. conclus. 59. numer. 49.* ibique alleg.)

14 Quod imprimis ex ipsius Dn. Stryckii sententia tum obtinet, si auditas injurias referens cum illis collocatus fuerit, qui jam ante istius rumoris notitiam habuerint, cum animus propalandi & propagandi injurias præsumi nequeat, ubi nihil incognitum aliis recensetur, sed de re jam ante ipsis nota colloquium cum iis habetur; sique audita & relata modo dubitanter iterum referat, nec disertim pro veris & indubitatis venditet aut assensum suum expresse declaret aliosque ut etiam credant inducat.

Qui enim audita, ac si in rei veritate se ita haberent, recenset, iis adstipulatur & alios ad credendum invitat aut inducere satagit, omnino majoris culpæ reus est, quam qui relata iterum dubitanter saltem refert.

Dn. Stryck. *d. l.*

15 Woraus dann die Antwort auff obangeführte dubitandi rationes, die diesem unserm Deciso nichts in Weg legen, noch das geringste dawider würcken mögen, leicht zu nehmen, denn selbige præsupponiren den animum injuriandi, sine quo nulla intelligi potest injuria, derselbige aber wird hierfalls durch die miteinschlagende Circumstantias gäntzlich excludirt, und wird gleichfalls schlechter ding widersprochen, daß Sejus seinen Schwäher den Paulum tanquam adulterum propria sponte deferirt, sondern er hat bloß zu seiner Exculpation wider die ihm imputirte Acceleration seiner Schwieger Todes angeführt, daß solchen vielmehr befördert das entstandene und vor sie auch gekommene Gerücht von Paulo, daß er seinen Mägden Unzucht zugemuthet, und gar mit einer gewissen Person in ipso actu angetroffen worden, worüber sie sich vielfältig über die Maß ereifert, und daher das Leben desto eher eingebüßt, welches Gerücht gar starck umgangen, und vor die Gnädigste Herrschafft auch selbsten gekommen, deßwegen er sich zu seiner Exculpation darauff absque injuriandi animo gegen seinem Gnädigsten Herrn, dem es vorhin wissend, wohl beziehen können, ohne daß seine davon geführte Reden pro injuria formaliter sic dicta angezogen und æstimirt werden mögen.

In der andern Quæstion wird gefraget:

Ob die von Paulo dem Sejo geschehene 16
Donation pro pura & simplici donatione inter vivos, quæ fit nullo jure cogente, oder nicht vielmehr pro donatione ob causam, zu halten, zumahl ob gleich in Instrumento des Dotis, und daß solche deßwegen geschehen, nicht gar deutliche Meldung geschiehet, dennoch darinn diese Worte enthalten; daß dem Sejo vorhin verschiedene Versprechungen wegen des Pauli Güter und Verlassenschafft gethan worden, und daß demselben und dessen Kindern anderer Ehe die tertia omnium bonorum zu dem Ende gegeben werde, damit sie den Adelstand, worein sie Paulus gesetzet, desto besser führen könnten, und dahero solche Donation & Pacta inter vivos & successoria von der Art u. Beschaffenheit sind, daß sie secundum sententiam

Brunnemanni *ad l. 8. & ultim. C. de revoc. donat.* Carpzovii *p. 2. c. 12. d. 34. 35.* Zœsii *Comm. ad ff. tit. de donat. pag. 774.*

neque ex capite ingratitudinis, neque ob non factam rite insinuationem à Paulo jemahls revociret werden können?

Da wir forderist ex Facti Specie und bey- 17
gehenden Instrumento Donationis pactorumque successoriorum repetiren, daß Paulus von Forstheim in Verheurathung seiner eintzigen Tochter an Sejum sein Absehen dahin gerichtet, daß, weil er keine Männliche Descendenten hätte, er seinen Tochtermann Sejum von Kayserl. Maj in den Adelstand erheben, und ihm seinen Namen und Wappen von Forstheim, denselben auf solche Weyse fortzupflantzen, beylegen lassen wollte, inmassen erfolgt, daß er ihm bald hernach proprio motu propriisque sumptibus, ehe Sejus was davon gewußt, das Kayserliche Diploma zuwege gebracht, darinn ihm der Adel-Stand Nahme und Wappen von Forstheim beygelegt, auch die Freyheit gegeben worden, sich von des Schwähers Gütern zu nennen und zu schreiben, dem zu Folge er auch, als er Geheimbter Rath worden bey seinem Gnädigsten Fürsten und Herrn, den Nahmen von Forstheim annehmen und führen müssen, zu Ehren und Gefallen seinem Schwäher, der

ihn

ihn als einen leiblichen Sohn tractirt. Nach dem Tode ſeiner Tochter, von deren ein Enckelin, bey deſſen Geburt ſie das Leben eingebüßt, übergeblieben, und noch im Leben iſt, hat er ihn animirt, ſich anderwärtig mit einer Adelichen Dame wieder zu verheurathen, und ihm auff den Fall, daß ſolches mit ſein Pauli von Forſtheim und ſeiner Frauen Gutbefinden geſchehen würde, wie es hernach erfolgt, 6000. Reichs-Thaler, und daneben alljährlich ſo lang er Paulus in ſeiner Function und Beſtallung bleiben würde, 100. Reichs Thaler zu reichen, über das den Zehendten zu
18 Sadnau abzutreten verſprochen. Und damit neben ſeinem Enckelin von der Tochter Sejus und ſeine aus anderer Ehe erzeugende Kinder, den erlangten und von Paulo ihnen zuwege gebrachten Adel-Stand deſto beſſer führen könnten, ſo hat er Sejo und deſſen Kindern anderer Ehe erb- und eigenthumlich von ſeinem gegenwärtig und künfftigen Corpore bonorum den dritten Theil, worunter die vorhin erwehnte 6000. Reichs Thaler, nebſt dem Zehendten zu Sadnau, wie auch die übrige non acquirirte Männliche Lehen-Stücke, davon Sejus mit belehnet worden, ratione dominii mit zu rechnen, Krafft des errichteten, von beeden Theilen mit Hand und Siegel beſtätigten, dem Fürſtlichen Judicio von Sejo inſinuirten, und ad Acta ejus gelegten Receſſes, geſchencket und gegeben, jedoch alſo, daß Paulus (vorerwehnte 6000. Reichs Thaler und den Zehendten zu Sadnau ausgenommen,) den Uſumfructum ad dies vitæ behalten, ſeine Frau auch nach deſſen Tode als Uſufructuaria bey ſeinen Gütern gelaſſen werden, und der Sejus nach deren beyden tödtlichen Hintritt ſolche Tertiam allererſt völlig haben und genieſſen ſolle; Alles übrige aber, es habe Nahmen, wie es wolle, der Tochter und reſpective Kindes-Kinde verbleiben ſolle ꝛc.

19 Von dieſer Donation nun des dritten Theils aller des Pauli Güter, (welche nicht nur per nudam conventionem geſchehen, ſondern accedente ficta traditione per tacitum Conſtitutum poſſeſſorium, quod fit rei donatæ uſusfructus retentione, conſummiret iſt, vi textus aperti

in l. 28. C. de donat. ubi Impp. Honorius & Theodoſius reſcribunt clare: *Quisquis rem aliquam donando, vel in dotem dando, vel vendendo, uſumfructum ejus retinuerit, etiamſi ſtipulatus non fuerit, eam continuo tradidiſſe credatur, nec quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio: Sed omnimodo idem ſit in his cauſis uſumfructum retinere, quod tradere.* add. *l. 35. §. 5. eod.* Unde Dd. communiter docent atque tradunt, fictam aut quaſi traditionem fieri rei per contractum alienatæ uſusfructus retentione, ſi nempe, quod imprimis in donationibus frequentiſſime contingere ſolet, dicat dominus, ſe rei alienatæ quidem, ſed hactenus nondum vere traditæ uſumfructum ſibi reſervare & retinere ad tempus vitæ. Cum enim nemini res ſua ſerviat *l. 5. pr. ſi uſusfruct. vindic. l. 26. ff. de ſerv. præd. urb.* hac ipſa retentione uſusfructus alienans declarat, ſe rei ſuæ poſſeſſionem & ſimul dominium in alterum transferre, & ſic in poſterum ejus nomine poſſeſſuram eſſe tanquam uſufructuarium. Tiraquell. *de Jure conſtit. poſſeſſ. part. 3. lim. 1. num. 4.* Cardin. Tuſch. *Pract. Concluſ. lit. T. concluſ. 343. numer. 1.* Hottomann. *Quæſt. Illuſtr. 41.* Donell. *lib. 5. Comment. c. 10. §. conſtituit.* C. J. A. *ad tit. ff. de A. R. D. theſ. 54.* Brunnemann. *ad d. l. 28. C. de donat.* quem textum Azo inter mirabilia mundi refert. Beat. D. Frommannus, *Diſput. de ficta tradit. theſ. 46.*)

wird hier gefragt, ob ſelbige pro donatione 20
mortis cauſa oder pro donatione inter vivos? und wann dieſes ob ſie pro donatione pura & ſimplici oder nicht vielmehr pro donatione ob cauſam zu halten ſey? Da wir kürtzlich der beſtändigen rechtlichen Meynung ſeyn, daß dieſelbige nicht pro donatione mortis cauſa, ſondern pro donatione inter vivos, und zwar nicht pro donatione ſimplici, vera & abſoluta, quæ nullo jure cogente ob ſolam & meram liberalitatem atque munificentiam exercendam fit, ſondern pro relata ob cauſam, quæ ſecuta, facta zu halten.

Pro donatione mortis cauſa iſt ſie nicht, ſondern pro donatione inter vivos vielmehr zu halten, quia non ipſius donationis ſubſtantia & perfectio, ſed tantum illius plena executio in mortis caſum & eventum collata.

Ad hoc autem ut mortis cauſa donatio conſtituta dicatur requiritur, ut ipſamet donatio ſeu ejus perfectio (non tantum executio) in caſum mortis donatoris conferatur atque differatur, ita, ut tunc demum plene perficiatur, ſi mors fuerit ſecuta

l. 32. ff. de mort. cauſ. donat. l. 13. §. 1. l. 20. ff. de donat. int. vir. & ux.

Illa vero donatio, cujus executio tantum in mortis eventum collata, ipſa autem donatio abſolute eſt facta, recte inter vivos facta dicitur, & pro tali jure habetur, ſtatimque perfecta cenſetur, licet executio ejus in mortis eventum ſuſpendatur.

B. D. Lauterbach. *Diſp. de mortis cauſa donat. th. 28. 32.*

21 Pro donatione relata & ob causam facta aber, und nicht prō donatione mera, simplici & absoluta, ist sie zu halten, weil sie nicht allein aus blosser Freygebigkeit, sondern in der gefaßten Absicht, aus der Ursach, und zu dem Ende geschehen, daß Sejus den ihm von Kayserlicher Majestät durch Paulum aus freyem Willen, ohn sein Seji Verlangen, Wissen und Zuthun, ausgebetenen und zuwegen gebrachten Adelstand, sammt dem Namen, Wappen und Insigniis des Pauli fortführen, und auff die Nachkommenschafft propagiren sollte, zu sein Pauli von Forstheim Ehren und Namens Verewigung, so Sejus auch zu thun willig angenommen, den Nahmen und die Insignia von Forstheim zu führen angefangen, und bißher continuiret, solches auch hinkünfftig ferner zu continuiren gewillet, und davon nunmehro fast nicht wohl mehr ohn beeder Beschimpfung ablassen kan, also à sui parte adimplirt, was der Donator hat von ihm præstirt haben wollen, daher diese nicht aus blosser Freygebigkeit und einig zu Ausübung derselben, sondern wegen der a Paulo verlangten und gleichsam dagegen a Sejo stipulirten Annehmung und Fortführung des Forstheimischen Nahmens, Wappens und Adelichen Standes, geschehene Donation nicht pro simplici, mera & absoluta donatione, ceu quæ ex nulla alia causa quam solius liberalitatis exercendæ gratia fit, gehalten werden kan, sondern muß pro donatione relata & ob causam facta angesehen und æstimiret werden, quia utique ex alia, non tantum impulsiva, sed etiam finali, quam liberalitatis exercendæ, causa facta.

22 Donatio simplex vero dicit & importat actum tantum liberalitatis causa celebratum sine ulla alia causa impulsiva vel finali, sine ullo alio respectu, qualis actus solius liberalitatis exercendæ causa celebratus hic non est, ubi donator donatario ejusque liberis nominis & armorum atque insignium suorum susceptionem & gestionem ad conservandam memoriam & dignitatem familiæ suæ injunxit, atque ut id cum majore decore & lubentia faceret tertiam bonorum suorum partem ipsi & liberis ex secundo matrimonio suscipiendis, per quos itidem illa nominis & armorum gestatio continuari deberet, donavit, cujus generis donatio omnino impropria ob causam facta dicitur expresse

in l. 19. §. fin. ff. de donat. ubi JCtus ita: *Denique Pegasus putabat, si tibi centum spospondero hac conditione: si jurasses te nomen meum laturum, non esse donationem.* (scil. propriam & absolutam) *quia ob rem facta est,* 23 *& res secuta est.* Unde patet, non modo testamento nominis & armorum suorum susceptionem alteri, cuicunque libuerit, imponere licere cuivis, *arg. l. 7. in fin. l. 63. §. 10. ff. ad SCt. Trebell.* sed idem etiam per donationem, aliumque actum & contractum inter vivos, agi posse, donationem autem talem, quæ donatarius nomen & insignia donatoris gerere jubetur & in se suscipit, non esse simplicem, cum non procedat ex mera liberalitate, sed ob causam, cum sit quasi quædam remuneratio facta in compensationem oneris ferendi nomen & arma donantis.

Et pro tali eam agnoscunt quoque Anton. Tessaur. *dec. 270. num. 19.* vel potius Manfredus Goreanus, cujus consultationem & Responsum ibi refert Tessaurus, sed ita, ut sententiam ejus quoque approbet. Guil. Benedict. *in Cap. Raynutius. pr. n. 50.* Fachin. *Cons. 52. num. 18. & 20.* Sebast. Feschius *in Disp. Inaug. de Insignibus eorumque Jure. cap. 12. n. 10.* Barth. Chassan. *in Catal. glor. mund. Consid. 38. concl. 46.*

Vor dergleichen impropria ob causam fa- 24
cta donatione 2) diese Schenckung quæstionis so mehr anzusehen und zu halten, als selbige auch an statt der von Sejo, nach seiner Verheurathung mit Pauli von Forstheim einzigen Tochter, öffters urgirten pro modo facultatum Patris & dignitate mariti constituirenden Dotis, und intuitu deren dafür Sejo so offt von Paulo gegebenen Versicherung, daß weil er ja nur die einzige Tochter hätte, Sejus alles, was er Paulus besesse, haben, und weder directo, noch per indirectum davon excludiret werden sollte, geschehen, wie Paulus selbst in dem errichteten Recess anzeiget, wann er darinn gedencket, daß er ein und anders Versprechen seiner Güter und Verlassenschafft seinem Schwieger-Sohn Sejo gethan, damit er also desto mehr versichert seyn möge, habe er ihm seine Väterliche Intention und Zusage schrifftlich declariren und mit ihm folgende unwiderrufflich donationem & pactum inter vivos respective successorium errichten wollen, dahin unter andern, daß er ihm den dritten Theil seiner Güter schencke, und gebe auff obige Weyse.

Weil nun sothane Schenckung in compensationem constituendæ & numerandæ dotis, ad quam Pater obligatus fuerat, & judicis officio compelli potuisset,

l. 19. ff. de rit. nupt. l. fin. C. de dot. promiss. ibi Brunnem,

und zu Vollziehung des so offt gethanen Verspruchs geschehen, ist sie keine simplex & absoluta donatio, quæ nullo jure cogente ex mera liberalitate hujus exercendæ gratia fit, sondern auch hoc respectu eine Donatio ob causam.

Posito

25 Poſito nun hoc, daß es nicht eine donatio ſimplex & abſoluta, ſondern relata & ob cauſam ſey, ſo folgt ferner von ſelbſt, daß ſie conſequenter, nulla ex cauſa, nempe neque ob non factam rite inſinuationem, neque ex cauſa ingratitudinis, neque ob ſupervenientiam liberorum poſt eam donatori naſcendorum, revociret werden könne.

26 Communis enim Dd. concluſio omnium fere calculo probata eſt, donationem ob cauſam, cauſa ſecuta æque ac remuneratoriam, ex nulla prædictarum cauſarum eſſe revocabilem, ſed ſimpliciter irrevocabilem cenſeri, ut præter adductos in ipſa quæſtione teſtantur.

Jul. Clar. *lib. 4. recept. ſent. §. Donatio. qu. 21. n. 4. & qu. 23. n. 3.* Peretz. *ad tit. Cod. de revoc. donat. n. 23.* Molina *de Juſtit. & Jur. tr. 2. diſp. 281. num. 12.* Anton. Gabriel. *lib. 3. tit. de donat. concl. 2. num. 4.* Franc. Vivius *dec. 404. num. 21.* Ant. Gamma *dec. 163. n. 3.* Tiraquell. *ad L. ſi unquam. verb. donatione largitus. num. 12. 13. num. 148. ſeq.* Joh. Cephal. *Conſ. 94. num. 3. & Conſ. 445. num. 6. 7.* & ab eo magno numero allegati. Delrio *ad l. 10. & ult. C. de revocand. donat. pr.* Syntagm. *Commun. opin. lib. 8. tit. 44. num. 2. & 3.* in limit. ubi tanquam communis ſententia refertur, quod donatio ob cauſam ac renumeratoria neque ob ingratitudinem, neque ob ſupervenientiam liberorum revocetur.

Wodurch dann zugleich

Die dritte Frage:

27 **Ob Paulus, wann er aus der andern Ehe, worzu er geſchritten, und eine Dame von 28. Jahren geheurathet, Kinder erzeugen ſollte, die** Donationem ob cauſam factam, **oder die gemachte** Pacta inter vivos & ſucceſſoria, in totum **oder** ex parte revociren **könne?**

ihre Reſolution in negativam **bekommt,** quam pluribus ſtabiliunt

Tiraquell. & Cephalus alleg. locis cum ibidem magno numero adductis.

zumahlen da Sejo allein der dritte Theil Vermögens von Paulo geſchenckt worden, wodurch die erzeugende Kinder in ſua legitima **nicht lædirt würden, daß ſie deßwegen die Sejo und ſeinen Kindern beſchehene** Donation ut inofficioſam **anfechten könnten.**

Die vierte Frage iſt:

28 **Weil Sejus auf des Pauli Willen und Gutbefinden** ad ſecunda vota **geſchritten, und die Wahl anderer Geſtalt nicht, als nach ſeinem Willen und mit ſeinem** Conſens **gethan, ob wann er allenfalls deſſen, ſo er durch die** Donation **und** Pacta **erhalten, verluſtig erkandt werden könnte, ſeinen Kindern anderer Ehe dasjenige, ſo ihnen darinn zu Führung des Adelſtands ſo wohl** per donationem **als** per Pacta **zugeſagt und verſprochen worden,** contra *l. 19. §. fin. de donat.* **genommen werden könne,** cum alias etiam id quod contemplatione filiorum conceſſum vel donatum eſt illis non poſſit auferri propter delictum Patris, per tradita Carpzovii *p. 3. c. 27. d. 7.*

29 **Welche wir ebenmäßig,** ſalva veritate & juſtitia, **anders nicht dann zu Seji und ſeiner Kinder anderer Ehe** favor reſolviren **können, denn weil Paulus ohn Wiſſen und Willen des Seji ihm das Kayſerl.** Diploma Nobilitatis **ausgewürckt und** publicirt, **daß er** nolens volens **ſich** pro Nobili **aufführen, den Namen und Wappen des Pauli gebrauchen, und alſo** tanquam Nobilis ſplendidius **leben müſſen, als er ſonſt, wann er in ſeinem bürgerlichen Stande geblieben, nöthig gehabt, ſo hat Paulus ihm und ſeinen Kindern anderer Ehe, zu deren Antrettung mit einer Adelichen** Dame **er** Sejum animiret **und inſtigiret, den Adelichen Stand, Namen und Wappen deſto beſſer fortzuführen, den dritten Theil ſeines Vermögens zu ſchencken verſprochen, ja würcklich geſchenckt, da kein Zweiffel, daß dieſe** Donation **ſeinen Kindern anderer Ehe** æque principaliter **zu Fortführung des Adelſtands als ihm Sejo ſelbſten geſchehen, wie ſich ſolches klar ergibt aus den** verbis **des errichteten** Receſſes, **„wann es daſelbſt alſo lautet: Als dann** 30
„auch vors andere dem von dem Paulo bey der
„getroffenen Heurath geführten Abſehen zu
„Folge auf deſſen Anſuchen und Koſten von der
„Kayſerlichen Majeſtät der geheimter Rath
„Sejus von Forſtheim in den Adelſtand erhoben,
„und ihm der Name und Wappen von Forſt-
„heim beygelegt, ihm auch nachhero von dem
„Paulo verſprochen, daß weil er ihn einmal vor
„ſeinen Sohn aufgenommen, auch wann es
„verlanget würde, ſolenniter zu arrogiren er-
„böthig, er alſo weder directe, noch indirecte
„von ſeinen Gütern excludiret, ſondern derſel-
„ben als ein leibl. Sohn und Mit-Erbe theil-
„hafftig werden, NB. auch künfftig die bey der
„erfolgenden andern Ehe erzeugende Kinder ſich
„deſſen zu erfreuen haben ſollen.

„Gleichwol aber gemeldte Tochter Sylvia
„ſo durch GOttes Gnade annoch im Leben, und
„ihre liebe ſeel. Mutter (welche vor ſie bey der
„Geburt das Leben eingebüßt) præſentiret, in-
„ſonderheit verſorget werden muß, ſo ſchencket
„und giebet Paulus hiemit dem Sejo und deſ-
„ſen Kindern anderer Ehe, damit ſie den Adel-
„ſtand deſto beſſer führen können, erb- und ei-
„genthumlich von ſeinem jetzigen auch künfti-

„gen corpore bonorum den dritten Theil ꝛc.

31 Deßwegen es die höchste Unbilligkeit seyn würde, wann sie die Kinder dessen entgelten sollten, was dem Vatter imputiret wird, und was ihnen zu Fortführung des Adelstands geschenckt worden, wegen des Vatters, verlustig erkannt werden wollten, posito, daß er sich der ihm geschehenen Donation verlustig gemacht hätte.

32 Notum est actionem donationis revocatoriam esse actionem pœnalem ex delicto, non patrimonii donatoris vel augendi vel conservandi, sed donatarii ob ingratitudinis vitium coercendi gratia comparatam.

Struv. *Ex. 40. th. 15. & in Resol. LL. ibid.* Brunnem. *ad l. ult. C. de revoc. donat. n. 8.* B. D. Lauterb. *disp. de transit. act. th. 29.* B. D. Kurrer. *disp. de revoc. donat. ob ingratitud. th. 37.*

Qui ergo non deliquerunt, nec se ingratos exhibuerunt, contra illos quoque non locum invenire potest dicta pœnalis actio.

arg. l. 22. C. de pœn.

Ceu quæ eapropter nec adversus heredes donatarii datur

B. D. Lauterb. *d. disp. th. 32.* B. Dn. Kurrer. *d. disp. th. 38. seqq.*

Die letzte Quæstion:

Ob die in fine dicti Recessus **enthaltene** 33 Clausul, **daß nemlich Paulus sich der Macht begebe, die** donationem **und** Pacta **auf einige Weyse zu** revociren, **jedoch mit der Verwahrung, daß Sejus ihm mit schuldigem** Respect, **Liebe und Treue Lebenslang begegnen, und in allen Stücken als ein erkandtlicher danckbarer Sohn sich erzeigen solle u. wolle, von den Kräfften sey, daß solche die** donationem ob causas factam, quæ alias & per se irrevocabilis, **aufheben könne?**

resolvirt sich ex dictis ad primam & secundam quæstionem von selbst negative, bey denen sich hier in facto zeigenden Umständen. Ein anders würde seyn, wañ Sejus Paulo geflissentlich ohn gegebene Ursach den schuldigen Söhnlichen Respect, Liebe und Treue denegiret.

Welches wir also kürtzlich zu verlangter Rechtl. Nachricht, salvo semper quovis meliori judicio, dienstl. nicht verhalten und mit unser Facultät gewöhnlichem Insiegel bekräfftigen wollen.

Actum in Colleg. nostro d. 21 Nov. 1698.

CONSILIUM LXXVIII.

CUJUS

Quæstio prima de Cura Bonorum absentis, in casum ab ipso constituti & relicti Procuratoris, quem simul in testamento heredem scripsit, cognatis proximioribus ab intestato successuris, non deferenda: Secunda, de Testamento à Tonsore militari, in statione, (vulgo **Postirung**) valide revocato: Tertia denique, de dispositione & efficacia Legis 27. Cod. de Inoffic. Testamento, agit.

SUMMARIA.

Præmittuntur tres Quæstiones propositæ à num. 1. usque 4. inclus.

5. Universalis Germaniæ Consuetudo, circa curam & administrationem bonorum absentis, quæ sit, hic ostenditur.

6. In totum ab illa Extranei excluduntur, ex ratione hic subjuncta.

7. Hinc, in substrato idem dicendum, videtur.

8. Proximi ab intestato successuri cognati Curatores bonorum absentis ipso jure non sunt, ex ratione hic subjuncta.

9. Sed à Magistratu, mediante Cautionis oblatione, curam impetrare debent.

10. Ratio hujus.

11. Magistratus, ratione hujus Curæ implorati, officium est, percunctari, an absens Procuratorem constituerit nec ne?

12. 13. & 14. Hinc in substrato, quia absens Procuratorem bonorum constituit, ipsumque cum suis cognatis heredem in Testamento scripsit, proximiores curam expetere nequeunt.

15. Revocare milites in expeditione constituti æque nuda voluntate ac illud condere possunt.

16. Quid ad hanc revocationem requiratur?

17. In expeditione constituti quinam dicantur?

*18. An etiam sub his, qui sunt in statione (vulgo **Postirung**) item in præsidiis, & hybernis, & quando, comprehendantur?*

19. Privilegium testandi militibus concessum, ad alios quoque extenditur.

20. Deducitur prolixius, quid in præsenti hoc privilegium in se quam maximè locum habeat.

21. Revocatio Testamenti militaris coram teste fieri debet.

22. Undenam probetur testamentum ad falsas & dolosas hæredis scripti persuasiones conditum esse?

23. Testamentum importunis efflagitationibus, mendaciis &c. factum ipso jure nullum est, ex ratione hic subjuncta.

24. Com-

24. *Competit exinde querela nullitatis.*

25. *Inſtrumentum Revocationis a teſtatore alicui exhibitum, ad repetendum teſtamentum apud tertium depoſitum, illudque dilacerandum, eo ipſo ſeriam & enixam voluntatem teſtamentum illud revocandi, & pro revocato habendi, indigitat.*

26. *Hinc etiam ille, qui, mediante hoc Revocationis inſtrumento, à Teſtatore mandatum accepit, validiſſime illud repetere & annullare poteſt.*

27. *Ob incertitudinem duæ vel plures actiones alternatim proponi poſſunt.*

28. *Teſtamentum fratris ex diſpoſitione Legis 27. Cod. de Inoff. teſtam. annullatur ſi perſona informis in eo ſit hæres ſcripta, fratris autem ibidem nulla mentio facta.*

1 ALs uns Decano und übrigen Doctoribus der Juriſten Facultät bey gemeiner Hoch-Fürſtl. Würtenberg. Univerſität hiebey wieder zuruckkommende wenige Acta jüngſtens übergeben, und von uns großg. verlanget worden, uns darinn zu erſehen, und dann unſere beywohnende Rechtliche Gedancken über nachſtehende drey Fragen:

2 1. **Ob nicht die Cronen-Würthin Seegerin, das in ihren Händen habende, und durch Einziehung der Zinſen nutzende Rudolph Caſpariſche Vermögen,** inſuper habita exiſtentia & validitate Teſtamenti vel non exiſtentia & invaliditate, **zu der conſulirenden Handen auszuantworten ſchuldig ſey vor allem?**

3 2. **Ob die** vi Privilegii militaris **von Rudolph Caſparn, da er auf der Poſtirung und gegen den Feind geſtanden, errichtete** Revocatio Teſtamenti **für gültig zu achten, und die Cronen-Würthin das frühzeitig zu Handen genommene** Teſtamentum **in ſeiner Brüder oder des Herrn** Depoſitarii **Handen, um ſolches von ihme abfordern zu haben, zu lieffern ſchuldig, die Brüder aber ſolches als** mandatarii **des verſchollenen zu** aboliren **berechtiget ſeyn?**

Præſuppoſita validitate teſtamenti & nullitate revocationis

4 3. **Ob nicht die in dem beyliegenden Schreiben enthaltene Umſtände und bekandte Laſter dergeſtalt beſchaffen und** ſufficient, **daß derentwegen** juxta l. 27. C. de inoff. teſtam. **auf deſſen Aufhebung** poſt mortem abſentis cognitam validè agirt **werden könne?**

förderlichſt zu eröffnen; So haben wir nicht ermanglet, alles fleißig zu durchleſen, reifflich zu erwegen, und haben uns in verſamletem Collegio nach ſorgfältiger Deliberation verglichen, wie bey einer jeden Frage abſonderlich folget.

Und zwar ſo viel die

Erſte Frage

anfangs concernirt:

1. **Ob nicht die Cronen-Würthin Seegerin das in Handen habende und durch Einziehung der Zinſen nutzende brüderliche Vermögen,** inſuper habita exiſtentia & validitate Teſtamenti vel non exiſtentia & invaliditate, **zu deren conſulirenden Brüder Händen aus zuantworten ſchuldig ſey vor allen?**

5 So iſt zwar nicht ohne, daß, ex univerſali fere conſuetudine Germaniæ, die Cura und Adminiſtratio bonorum abſentis, de cujus vita dubitatur, deſſen nächſten Anverwandten, die ſonſt das Recht haben ihm ab inteſtato zu ſuccediren, pflegt anvertrauet zu werden, und zwar gegen Beſtellung eines gnugſamen Verſtands, daß ſie des abweſenden Verwandten Güter nicht allein zuſamen halten, ſondern auch ſolche, im Fall der Abweſende über kurtz oder lang heimkäme, und die forderte, ihm cum omni cauſa ſecundum judicis cognitionem wieder zuſtellen wollen.

B.D. Bardili *Diſſ. de Curat. bonor. abſent. cap. 4. th. 11.* ubi docet curam bonorum abſentis, de cujus vita dubitatur, committi proximioribus ab inteſtato ſucceſſuris cognatis abſentis *l. 3.* ibi cognatos veſtros. *l. 4.* ibi ſi priorem gradum obtinetis. *C. de poſtlim. revers.* Carpzov. *p. 3. c. 15. d. 48.* Richter. *p. 1. dec. 65. & 66.* Et hoc ſumma providentia inductum eſſe, ut qui ſperant ſucceſſionem, iidem etiam tueantur bona ne dilapidentur. *l. 1. ff. de legit. tut.* Capzov. *l. 6. R. 63.* atque in cura præferantur, qui etiam in ſuc-

cedendo. Richter *de dec. 65.* quin & hanc ob vehementiorem affectum, quo in illos, qui ex familia oriundi, omnes propendent, & ob studium propagandæ cognationis præsumi voluntatem absentis esse, ut custodia & cura ac demum successio bonorum proximis deferatur cognatis.

6 Und deswegen die Extranei, qui absenti nullo consanguinitatis vinculo sunt juncti, davon ausgeschlossen werden,

ne cognati, quibus propter vinculum sanguinis in bonis diu absentis jus competit, si per multos annos apud extraneos administratio bonorum hæreret, illo fraudentur, sed potius, cum de vita cognati dubitatur, & per successionem aliquando lucrum sperant, ut in illos & onus redundet, imprimis tamen permissionem talem in bona, administrationis gratia, spes de successione illis firmetur. Et hinc id adeo procedere tradit B. D. Bardili *d. l.* ut si Curator Extraneus à Magistratu fuerit constitutus, isque per aliquod temporis spatium bona administraverit, nihilominus ea proximioribus cognatis sint restituenda, ut post Virgil. Pingitzer *qu. illustr. 5.* tradit Joh. à Sand. *lib. 4. tit. 9. d. 8. infin.* Carpzov. *lib. 6. R. 63. num. 17.* Nec aliud dicendum arbitratur, licet proximior cognatus, cujus curæ & custodiæ hactenus absentis cognati bona commissa fuerunt, testamentum fecerit, inque eo extraneos heredes instituerit, non enim hi ad curam bonorum absentis admittendi & reliquis ipsius absentis cognatis præferendi, sed defuncto testatore bona absentis aliis proximioribus ejus cognatis committenda erunt, quippe quorum potissimum interest, bona absentis salva conservari, ob spem successionis, quæ sola curam bonorum hoc casu defert, & quidem ita, ut quo quisque ordine ad successionem ab intestato, eo etiam ad administrationem & curam bonorum absentis, de cujus vita dubitatur, admittatur, quia hæc nihil aliud est, quam præmatura occupatio successionis, quæ Magistratus authoritate sustinetur

ut ait Carpzov. *p. 3. c. 15. d. 48.*

7 Deme nach kein Zweiffel zu seyn scheinet, daß nicht die Cronen- Würthin Segerin vor allem schuldig sey, das in Handen habende, und durch Einziehung der Zinß nutzende Vermögen des Rudolph Caspars, gewesenen Feldscherers unter der Compagnie Herrn Hauptmann Graff Völlins, des Chur-Fürstlichen Bayerischen Archischen Tragoner Regiments, insuper habita nec attenta existentia & validitate Testamenti vel non existentia & invaliditate, seinen leiblichen Brüdern, die in defectu descendentium & ascendentium, ex latere indubitato seine nechste Verwandten seyn ab intestato ipsi successuri.

Jedoch weil die nechste Anverwandten eines 8
absentis, de cujus vita & morte nihil certi habetur, nicht ipso jure Curatores bonorum illius seyn,

Carpzov. *p. 3. c. 15. d. 48. n. 17.*

sola siquidem spes successionis non facit curatorem, ut nec sola conjunctio personarum facit Procuratorem

arg. l. 3. §. sed etsi forte. ff. judic. solv.

sondern dieselbe von nöthen haben, daß sie die 9
ordentliche Obrigkeit gebührend ersuchen, daß selbige ihnen die curam & administrationem bonorum absentis cognati, de cujus vita dubitatur, gegen offerirende genugsame caution committire, denn diese curam allein Magistratus competens deferiret vi jurisdictionis suæ.

l. 3. C. de postlim. revers. ibi: interpellatus Rector Provinciæ providebit.
B. D. Bardili *d. Disp. cap. 3. th. 7.*

Est enim actus à judice competente vel 10
ratione domicilii, vel ratione bonorum sub jdictione ejus sitorum explicandus.

arg. l. un. C. ubi pet. Curat. post Baldum Rolandum à Valle Menoch. *d. A. J. Q. lib. 2. cas. 150. n. 16.*

Magistratus autem à cognatis absentis 11
imploratus de deferenda & concedenda ipsis administratione bonorum absentis ante omnia sedulo percunctari & explorare debet, num absens post se reliquerit Procuratorem ad negotia sua tam in judicio, quam extra illud, expedienda, an verò non reliquerit. Si enim antequam abesse cœpit, Procuratorem ad negotia sua in absentia ejus administranda constituit, frustrà de dando curatore agitur, ut respondit

Socin. jun. *lib. 2. Cons. 26.* qui affirmavit adeò Procuratorem hunc absentis negotia tractare debere, ut etiam ejus nomine possit delatum sibi bonorum possessionem adire juxta doctrinam Baldi *in l. 1. C. qui admitt. ad bon. poss.* Imò hic Procurator efficit, ut successuri ab intestato illi absenti repellantur, & si quid consequi volunt, absentis mortem probare cogantur. Menoch. *d. l. n. 17.*

Erwehnter Rudolph Caspar aber hierfalls 12
nicht nur Hr. Johann Jacob Segern, Gerichtsverwandten allhier seel. freye und ohnumschränckte Macht und Gewalt gegeben mit seinen übrigen Gütern und Capitalien zu schalten und zu walten, und selbige nach seinem besten Nutzen zu richten, als das ihme immer belieben könne und möge, und ihm darinn von niemanden der geringste Eintrag geschehen solle, sondern auch die Segerische in seinem auf- 13
gerichteten Testament entweder zu Erben instituirt,

tuirt, oder doch ihnen das mehriste von seinen noch habenden Capitalien vermacht, und also sie sich ob wohl nicht so starck mehr in jenem dem Hrn. Seger seel. gegebenen Mandato, quippe quod morte ipsius solutum existimari potest

arg. §. 10. Inst. mand. l. 27. §. 3. l. 57. ff. mand.

14 Dennoch in diesem, daß sie von dem absente in testamento zu Erben instituirt, oder die Capitalien ihnen legirt seyn, deswegen des absentis Brüder kein Interesse zu suchen haben, gründen, und excipiren können, demenach das gantze Wesen insonderheit darauff beruhet, und davon dependiret, ob das von dem abwesenden Rudolph Caspar aufgerichtete Testament Bestand habe, oder nicht; So wird die Cronen-Würthin Segerin die in Handen habende und nutzende Capitalien, insuper habita existentia & validitate testamenti, vel non existentia & invaliditate ejus, seinen Brüdern herauszugeben nicht angehalten werden können, sondern wird allerforderist über den Puncten de validitate vel invaliditate Testamenti summariè cognoscirt, und derselbe ausgemacht werden müssen, oder kan am füglichsten beedes zugleich gebeten werden, wie bereits in der nothdürfftigen Imploration geschehen, daß also eines mit dem andern terminiret werde.

Folget

Die andere Frage:

Ob die vi Privilegii militaris von Rudolph Casparn, gewesenen Feldscherern von Herrn Hauptmann Graff Völlin Compagnie, der Chur-Fürstlichen Durchl. in Bayern des Löblichen General-Wachtmeisters Graff Archischen Dragoner Regiments, da er auf der Postirung und gegen den Feind gestanden, beschehene Revocatio Testamenti für gültig zu achten, und die Cronen-Würthin das frühzeitig zu Handen genommene Testament in seiner Brüder, oder des Hrn. Depositarii Hande, um solches von ihm abfordern zu haben, zu lieffern schuldig, die Brüder aber solches als Mandatarii des verschollenen zu aboliren berechtigt seyn?

bey deren wir gäntzlich der beständigen Meynung seyn, daß die von Rudolph Casparn, damaligen Feldscherern unter des Hrn. Hauptmanns Graff Völlin Compagnie vom Chur-Bayerischen Graff Archischen Dragoner Regiment, auf der Postirung zu Stätten am Heuchelberg beschehene Revocation seines vorhin allhier aufgerichteten Testaments vi privilegii militibus concessi vor gültig zu achten. Denn 1) ist offenbahren Rechtens,

quod militibus in expeditione constitutis 15
hoc privilegium indultum sit, ut sicut testamentum nudâ voluntate condere, sic & revocare possint

l. 15. §. 1. ff. de testam. milit. ubi JCtus Ulpian. inquit: *Sicut autem hereditatem miles nuda voluntate dare potest, ita & adimere potest.*

modo de ea voluntate testamentum con- 16
dendi aut revocandi vel ex scripturâ, vel si oretenus declaratur, ex duorum testium, qui tunc non solennitatis, sed probationis gratia requiruntur, depositione constet.

pr. & §. 1. Inst. de milit. testam. l. 1. in fin. pr. d. l. 25. §. 1. ff. de testam. milit. Interpp. *ad d. pr. & §. 1. Inst. de milit. testam.* B. D. Bardili *Disp. de revocat. ult. volunt. th. 19.* ubi traditque testamentum militis nuda ac simplici verbali revocatione, legitime tantum probatâ infirmetur.

Dicantur autem in expeditione constitu- 17
ti, quicunque parati stant ad confligendum cum hoste, sive eum persequantur, sive imminentem exspectent, intenti in omnes rei bene gerendæ opportunitates, vel ut hostem invadant, vel ut invasurum sustineant ac propulsent.

Vinn. *ad pr. Inst. de testam. milit. num. 2. inf.* Carpzov. *l. 6. R. 14. n. 12.*

Proinde dubium non est, quin rectè sub 18
his quoque comprehendantur die auf der Postirung, zumal in der äussersten Postirungs-Linie gegen dem Feinde, und insonderheit um die Zeit des Jahrs, da der Feind aus den Quartieren ins Feld geruckt, im Majo nemlich, da sie seiner Invasionen immerdar gewärtig seyn müssen, gestanden, argumento eorum, quæ Dd. communiter tradunt de limitaneis stationariis, & præsidiariis militibus, perpetuis hostium irruptionibus expositis, privilegiarium nempe testandi jus & ipsis competere, sicut & in hybernis degentibus, si hyberna quotidianis periculis & invasionibus hostium obnoxia sint.

Treutler. *vol. 2. Disp. 10. th. 6. lit. C.* ibique Bachov. Sutholt. *Diss. 7. aph. 60.* Ludwel. ad Wesenbec. *ff. de milit. testam. num. 3.* & ibi Malcones. *in not. lit. C.* Gerhard. *de Jure testam. Rom. Disput. ult. thes. 22.* Meier. *Coll. Jur. Arg. lib. 29. tit. 1. th. 3. circa fin. num. 3.* Hopp. *ad pr. Inst. de milit. testam.*

2) Ist das Privilegium sine solennitati- 19
bus Juris Civilis à paganis aliàs adhibendis testandi, & testamentum conditum revocandi, militibus concessum, benignâ interpretatione, auch extendirt ad alios, qui licet

cet veri milites non sint, tamen in hostico h. e. in loco, ubi præsens & summum ab hostibus imminet vitæ discrimen, deprehenduntur, licet privati sui commodi causa, aut ex libera voluntate in hostico sint constituti

Dn. Colleg. D. Harpprecht *Diss. de Testam. Pagani in hostico condit. th. 22. seqq.* Dn. Collega D. Bardili p. m. *d. Disp. de revocat. ult. vol. cit. th. 19.*

20 Mit wie weit grösserm und besserm Rechte wird dann solches Privilegium einem zur Compagnie und Regiment bestelltem Feldscherer, der auf ergangene Ordre mit auf die Postirung in der eussersten Postirungs-Linie gehen müssen, und ohn gegebene Licentz und Ordre nicht von dannen weichen dürffen, sondern mit und neben andern Soldaten des Feindes Invasionibus exponirt gewesen, in dessen Ansehen wir kein Bedencken tragen wollten, diese von dem Rudolph Caspern, als würcklich bey der Compagnie des Hauptmanns Graff Völlin unter dem Löblich Chur-Bäyerischen Graff Archischen Regiment angenommenen, und auf der Postirung an den eussersten Gräntzen gegen dem Feind gestandenen Feldscherer, der mit und neben andern Soldaten dahin commandirt gewesen, zu Abwendung der Feindlichen Invasionen, Raub, Brand und Plünderungen, beschehene Revocation seines vorhin ad importunas sollicitationes & falsas ac dolosas persuasiones der Segerischen Tochter aufgerichteten Testaments vor zu recht vi privilegii militaris gültig und beständig zu erkennen.

21 Wann aber 2) solches gleich nicht wäre, daß diese Revocation des Testaments vi privilegii militaris ex *l. 15. §. 1. ff. de milit. testam.* aelten könnte, weil sie absque ullo teste geschehen, so bekennet doch der Testator in sothaner seiner Schrifftlichen Revocation mit lautern, klaren und dürren Worten, daß er zu Aufrichtung solch seines Testaments und letzten Willens, darinn er das mehriste von seinen noch habenden Capitalien den Segerischen vermacht, und seine Brüder præterirt oder postponirt, durch der Segerischen gute Wort, Schmeichelungen und falsche Beredungen, daß ihm kein einiger von seinen Brüdern getreue und brüderlich affectionirt sey, inducirt und persuadirt worden, seine Brüder hindanzusetzen, und die Segerische darinn zu bedencken, und ihnen das Seinige zu vermachen, also gar nicht aus freyem eignen Willen gedachtes Testament von ihm aufgerichtet sey, sondern er dazu von den Segerischen durch allerhand Einredungen und Schmeichelungen gebracht worden, welches er mit dem Scheine männiglich, der es von nöthen haben möge, kund thun wollen, welche des Testatoris Schrifftliche unter seiner eignen Hand und Pittschafft ertheilte Declaration und Confession zimlich beleuchtet und bestärcket wird durch der Segerischen Tochter und des Segers selbst beygelegte Schreiben, darauff sich auch der Testator selbst in seiner Revocation beziehet, insonderheit das 4. 13. und 18. Schreiben, aus welchem die importunæ sollicitationes, captationes, die Renck und Schwenck der Segerischen guter massen hervor leuchten.

Per cujusmodi propriam ipsius testatoris 22
sua sponte factam, adversæ partis literis suffultam, confessionem de importunis ab herede instituto adhibitis & usurpatis sollicitationibus, falsis & dolosis suggillationibus, mendaciis & persuasionibus ad testatorem inducendum ad testandum, de qua ex propria ipsius testatoris manu constat, satis superque probari, testamentum ad falsas & dolosas persuasiones heredis scripti, importunasque ejusdem sollicitationes conditum esse, elucescit.

ex l. 21. §. 1. ff. qui testam. fac. poss. l. 4. C. de his quibus ut indign. ubi Imp. Alexander declarationi testatricis qua heredem voluntatem suam non mereri in Epistola significavit ad probationem indigni, & ut hereditas fisco addicatur (quidni ergo etiam ad probationem importunarum sollicitationum, falsarum persuasionum, & ut heredibus ab intestato, quorum longe major quam fisci est favor. *l. 10. ff. de jur. fisci.* hereditas deferatur) acquiescit & traditis B. D. Kurreri *Disp. de Testam. coact. th. 23.* Carpzovii *p. 3. c. 5. d. 12.* Richteri *p. 1. dec. 54. n. 22.* Meieri *Coll. Jur. Arg. lib. 28. tit. 6. th. 3.* Cardinal. Manticæ *de Conject. ult. vol. lib. 2. tit. 7. num. 5.*

Testamentum autem quod quis importu- 23
nis efflagitationibus, falsis & dolosis persuasionibus, sugillationibus & mendaciis inductus fecit, ceu ab alieno magis quam proprio testatoris arbitrio dependens, ipso jure nullam esse, & hereditatem ad heredes ab intestato successuros devolvi evincunt satis

arg. l. 32. pr. de hered. instit. arg. l. 1. §. 3. ff. de serv. corrupt. & tradita B.D. Kurreri *d. Disp. th 15. 29. seqq.* Carpzov. *d. p. 3. c. 5. d. 9. 10.* Mantz. *de Testam. valid. & inval. tit. 3. q. 1.*

Finde demenach, wann gleich die Revoca- 24
tio testatoris in sich nicht gültig und sufficient ad tollendum testamentum wäre, doch die querela nullitatis ex hoc capite wider besagtes Testament indubitato statt und Platz.

Und wann 3) auch dis nicht wäre, so hat doch der Testator, der das zu der Segerischen Favor und seiner Brüder Nachtheil, aus der Segerischen Verleitung und Verführung, aufgerichtete nichtige Testament ernstlich aboliren wol-

wollen, aus der Postirung aber, darauf er gestanden, nicht hat gehen können noch dürffen, daß er das allhier bey Hrn. Lic. Harpprechten deponirte Testament abfordern, und selbst
25 aboliren mögen oder können, seinen Brüdern durch den ihnen aus der Postirung zugesandten Revocations-Schein Gewalt gegeben, von Hrn. Lic. Harpprechten das ihm in Verwahrung gelassene Testament abzufordern, und solches ins Feur zu werffen oder zu zerreissen, und solcher Gestalten gäntzlich zu aboliren, nach seinem Tod forderist seine Schulden zu zahlen, und dann was übrig unter sich zu theilen, der Armen aber auch nicht zu vergessen, welchen von dem Testatore empfangenen Gewalt seine Brüder also annoch zu exequiren, und was ihnen committirt und anbefohlen zu effectuiren in allwege befügt, durch welche von ihnen auf des Testatoris, zumal als eines militis in expeditione constituti Befehl beschehende Zerreissung oder Verbrennung des Testaments dann die gantze darinn beschehene Verordnung und Disposition ipso jure gäntzlich zernichtet und destruiret wird, daß davon nichts gilt.

per l. 15. §. 1. de testam. milit. & tradita B. D. Lauterbach. *Disp. de cancell. th. 27. 31.*

26 Und waltet demnach bey uns nicht der geringste Zweiffel, daß nicht die Cronen-Würthin Segerin das zu frühzeitig zu Handen genommene Testament in des Testatoris Brüder, oder des Hrn. Depositarii Lic. Harpprechts Hande, um solches von ihm abzufordern, zu lieffern schuldig, des annoch abwesenden Testatoris Brüder aber dasselbe vi accepti mandati zu begehren und durch Zerreissung oder Verbrennung zu aboliren berechtiget, dazu ihnen auch auf beschehene Imploration die Obrigkeit die Hand zu bieten verbunden sey; Es können auch von den Brüdern, damit sie desto eher zu ihrem Zweck und Intention gelangen, diese drey Wege und Mittel alternative in uno libello conjungirt werden,

27 quemadmodum sæpe quis alternatim ob incertitudinem duas vel plures proponit actiones una obtenturus, quod altera consequi nequit, juxta

l. 1. §. 4. ff. quod legat. ibi: *quemadmodum solemus facere, quoties incertum est, quæ potius actio teneat, nam duas dictamus protestati ex altera nos velle consequi, quod nos contingit.* vid. Petr. Frider. Mindanus. *de Process. lib. 3. de continent. caus. cap. 80. num. 9. 10. & 11.* Bocer. *cl. 6. Disp. 11. th. 62.* Gail. *1. O. 62. num. 4. seqq.*

Ist noch übrig mit wenigem

Die dritte Frage

zu berühren,

Ob nicht, præsupposita validitate testamenti & nullitate revocationis, die in den obvermeldten Schreiben enthaltene Umstände und bekandte Laster dergestalt beschaffen und sufficient, daß derentwegen juxta *l. 27. C. de inoff. testam.* auf dessen Aufhebung post mortem absentis cognitam valide agirt werden könne?

Deren Erörterung zwar fast ohnnöthig zu 28
seyn erachtet werden möchte, nach der bereits gethanen gantz ohnpartheyischen Resolution der vorhergehenden andern Frage, wann man aber zum Uberfluß den ungestandenen casum setzet, daß das Testamentum quæstionis validum, und dessen Revocatio ungültig wäre, so würden freylich doch in allewege die in dem Schreiben enthaltene, auf das adulterium und andere delicta abzielende Umstände, insonderheit das ohne dem Land kundige von der Segerischen Tochter committirte adulterium, dessentwegen sie offentlich gestrafft, und von dem Hoch-Fürstlichen Consistorio in puncto divortii die Sententia wider sie publicirt worden, indeque contracta infamia sufficient seyn, daß wann sie in dem Testament zur Erbin eingesetzt seyn sollte, derentwegen juxta l. 27. C. de inoff. testam. auf dessen Aufhebung post mortem absentis cognitam valide agirt werden könnte vi claræ dispositionis

in d. l. 27. & quæ ibi notavit Brunnem. add. Carpzov. *p. 2. dec. 155.* Mantz. *de testam. val. & inval. tit. 10. q. 21.*

Welches wir also kürtzlich, salvo semper rectiori judicio, zu verlangter Rechtlichen Nachricht dienstlich nicht verhalten wollen.

Actum in Collegio nostro d. 16. Dec. 1698.

CONSILIUM LXXIX.

DE

Corporali juramento, in casum existentis Inventarii solennis, inter duos Conjuges, ob commissum ab alterutro adulterium, separatas, confecti, cessante: Item, de alimentorum liberis, ab hujusmodi conjugibus procreatis: Nec non sumtuum puerperii præstatione à marito adultero facienda: Et denique de sumtibus, factæ divisionis, ab utroque Conjuge, pro rata ferendis.

SUMMARIA.

Præmittitur succincta casus narratio, à num. 1. usq; 8. incl.

9. Adducitur Ratio, cur corporale juramentum de fideliter indicandis bonis & facultatibus in præsenti cesset.

10. Demonstratur & probatur hoc ex Jure statutario Württenbergico.

11. Pro Inventario stat præsumtio.

12. Ubi inventarium solenne, ibi corporale juramentum cessat, quod tamen sub certa limitatione accipitur.

13. Præsumtiones & indicia fraudis contra producentem Inventar. debent esse fortes, alias non tenetur ad Juram. præstationem.

14. Juramentum purgatorium quando locum habeat?

15. Ratio cur inventarium in substrato pro legitimo ac justo habeatur?

16. Uxor ab adultero marito separata regulariter & ex rationibus hic allegatis alimenta à marito petere nequit.

17. Quid ratione liberorum dicendum, demonstratur ex Nov. 117. cap. 7.

18. Judex annuam alimentorum quantitatem determinat.

19. & 20. Quid si maritus sit inops & pauper?

21. Quid ratione avi in substrato dicendum & ad quid respiciendum?

22. Puerperii sumtus Uxor, ab adultero marito separata, recte petit.

23. Sumtus divisionis quilibet pro rata præstat.

24. Ratio hujus.

25. 26. & 27. Nec refert an unus an omnes ad divisionem provocaverint.

28. Sententia.

Wohl-Edler, Vöst und Wohlgelahrter, Wohl-Ehren-Veste, Hoch und Wohlvorgeachte, Fürnehme, Wohlvorsichtig, Ehrsahme und Wohlweise, Insonders Großg. Hoch- und Vielgeehrte Herren, Werthe Gönner.

1 AUs denen mir Ends-subsignirten jüngst zugesandten vor dero Löbl. Stadt-Gericht zwischen Maria Barbara Hanns Enderiß Haiden seel. Tochter, Jung Michel Leonhardten, Burgerlichen Innwohners und Rothgerbers zu Calw geweßten Ehelichen Hausfrauen, mit Beystand ihres Kriegs-Vogts Michel Zieglers, und deren Kinder Pflegers Hrn. Christoph Vellnagels, Klägerin eines, so dann ihrem geweßten Ehemann Jung Michel Leonhardten, und dessen Vattern Hrn. Michel Leonhardten Burgermeistern daselost, Beklagten andern Theils, ad definitivam usque ausgeübten Gerichts-Protocollis und Actis, habe nach fleißiger deren Verlesung mit mehrerm ersehen, was massen besagte Maria Barbara, ermeldten Jung Michel Leonhardten, Burgers und Roth- 2
gerbers gewesene eheliche Hausfrau, den 17. Novembr. nechst abgewichenen Jahrs, nachdem blos zuvor zwischen ihnen beeden ob mariti commissum adulterium eine Eheschei-dung, auch aleich darauff eine Separation und Abtheilung ihres besessenen Vermögens geschehen, wider ermandten ihren abgeschiedenen Mann und dessen Vatter Hrn. Burgermeister Alt Michael Leonhardten zu Klag kommen, daß 1) sie beede, samt sein Hrn. Burgermeisters Ehelicher Hausfrauen, und seinem Ger- 3
ber-Knecht, über die bey der Inventur und

Thei-

Theilung um getreue Anzeig an Eydesstatt abgelegte Handtreue, auch um mehrere Versi-
4 cherung willen, corporaliter beeydiget; 2) Der Mann, und dafern er nicht sufficient und solvendo wäre, dessen Vatter dahin gehalten werden möchte, daß er die gezeugte Kinder victu, amictu & habitatione versehe, und ihnen die alimenta gebe oder bezahle, so dann
5 3) ihro die Kindbett-Kosten, indem sie erst nach der Ehescheidung eines Töchterleins genesen, ersetze und gut mache, darüber sie Nobilis. Dn. Judicis officium imploriret.

6 Auf welche Klage Hr. Burgermeister Michel Leonhart proprio & respective Curatorio & mandatario nomine, für sich, seine Frau, Sohn und Knecht, Litis contestationis loco eine so intitulirte Rechts-begründte Verantwortung eingegeben, und gebeten, die Klägerin mit ihrem unbegründten Gesuch und Vor-
7 haben ab- und hinzuweisen, darüber ferner beede Theil replicirt und duplicirt, daß also nichts mehr übrig, als daß sie beyderseits mundlich submittiren ante publicationem sententiæ.

8 Wann nun ich freundlich ersuchet worden, Meinen Großgünstigen Hoch- und Vielgeehrten Herren mein Rechtliches Gutachten hierüb schleinigst zu ertheilen, und an die Hand zu geben, was in der Sach der Justitz gemäß zu pronunciren sey; So soll denenselben zu verlangter Rechtlichen Nachricht dienstlich nicht verhalten, daß ich nach reiffer der Sachen Erwegung der beständigen Rechtlichen Meynung sey, daß, so viel den

Ersten Klag-Puncten

anbelangt, die Beklagte bey deren vor der Inventur und Theilung, wegen getreuer Anzeige aller den beeden Eheleuten zugehöriger Sachen, und nichts zu unterschlagen oder zu verschweigen, noch sonst zu entziehen oder entzogen zu haben, an leiblichen Eydes-statt gegebenen Handtreu zu lassen, und ferner darüb mit Ablegung eines Cörperlichen Eydes nicht zu
9 beschwehren, weilen gleich nach beschehener Ehe-Scheidung auf Obrigkeitliches Anbefehlen in Gegenwart Hrn. Frantz Mohren, und Hrn. Marx Kohlers, beeder des Gerichts, als verordneter Inventirer und Theilungs-Richter, dann beeder Interessirten Theile, und des der Frauen Gerichtlich zugeordneten Kriegs-Vogts, Hrn. Michael Zieglers, item Hrn. Johann Christoph Vellnagels, als constituirten Curatoris des vorhandenen Töchterleins Ursulä Catharinä, und des damals noch in Mutterleib getragenen, jetzo aber indeß auch glücklich zur Welt gebrachten andern Töchterleins, durch den geschwohrnen Stadt- und Amts-Schreiber, auf vorhergegangene ernstliche Erinnerung alles getreulich anzuzeigen, nichts nit zu unterschlagen, oder zu verschweigen, noch zu entziehen, und darauff von gesamten Interessirten an Eydesstatt abgelegte Handtreu, ein ordentliches Inventarium des von beeden bis dahin geweßten Eheleuten besessenen und noch vorhanden geweßten Vermögens aufgerichtet worden, nach Maßgab Fürstl. Würtenbergischen Land-Rechtens

p. 3. tit. 22. §. Und obwohl &c. pag. 409. & part. 4. tit. 3. §. Im Fall auch &c. & seq. Und sollen &c. pag. 434.

so keine weitere Solennitäten in Aufrichtung ei- 10
nes solennen Inventarii, weder in angezogenen Orthen, noch sonsten irgendswo, erfordert, welches nach klarer Maßgab des Hoch-Fürstl. Würtenbergischen Land-Rechtens also aufgerichtetes Inventarium die Rechtliche Præsumption vor sich hat, daß alle und jede in die darauff getroffene Theilung gehörige Stück, Haab und Güter, vollkommen darein gebracht, und nichts hinterhalten oder unterschlagen worden, bis das Widrige, daß nemlich etwas unterschlagen, verschwiegen oder entzogen und nicht hineingebracht worden, probirt, oder wenigst eines deswegen gefaßten Verdachts gnugsame indicia beygebracht und erwiesen seyn.

Quemadmodum Dd. communiter uno 11
ore tradunt pro Inventario, velut Instrumento publico, præsumi, eique stari, donec contrarium probetur, per

l. fin. §. sin autem. C. arbitr. tutel. l. ult. §. licentia. 16. C. de jur. delib. Rauchbar. *p. 1. q. 29. n. 11.* B. D. Lauterbach. *de Inventur. hered. th. 12. n. 6.* Mev. *ad Jus Lubec. lib. 2. tit. 2 art. 27. in addit. ad num. 59.* Carpzov. *p. 3. c. 33. d. 8. n. 8.* Richter *dec. 59. n. 12.* ubi id præjudiciis Scabinatus & Facultatis Juridicæ Lipsiensis confirmat.

Exhibito igitur solenni inventario non 12
opus est super eo præstari juramentum corporale, nisi doceantur inventarii defectus, & argumenta fraudis in eo, qui ad editionem tenetur.

Mev. *d. l. & p. 5. dec. 360. n. 2.*

Ob also wohl, wann einige præsumptiones 13
vorhanden seyn, daß etwas möchte gefährlicher Weise verhöhlet und unterschlagen, oder mit Fleiß aus dem Inventario, so aufgerichtet, gelassen und supprimirt worden seyn, daß es nicht mit in die Theilung gekommen, das Juramentum zu Zeiten pflegt deferirt zu werden; So findet doch solches nicht anders statt, als wann einer mit rechtmäßigen, genugsamen und wahrscheinlichen indiciis und præsumptionibus onerirt, daß er ichtwas dolose, und fraudulenter verschwiegen, unterschlagen oder amovirt, denn das Juramentum ist nichts anders, als das Juramentum purgationis,

cui non est locus nisi ex præcedente suspi- 14
cione, vel adversa conjectura.

post Heig. *p. 1. qu. 40. n. 21.* Mev. *d. l.*

ubi in terminis tradit *quod haud conveniat statim super Inventario exhibito juramentum deferre, sed prius oporteat allegationem defectuum postulare & exspectare, sicque tum demum ad juramentum confugere, cum quis aliquibus argumentis & præsumptione quadam oneratur.* Bocer. *cl. 3. Disp. 11. th. 69.* ubi ita in suprema nostra Curia Würtembergica 22. Nov. 1595. judicatum refert. Moller *lib. 2. semestr. c. 14. ubi sic communi consuetudine servari testatur, ut juramentum purgationis tum demum deferatur, si actor in specie aliquid, quod in exhibito Inventario omissum sit indicare possit, vel saltem præsumptive probet aliquid fraudis in confectione inventarii commissum fuisse.* Richter *d. dec. 59. n. 14.* Berlich. *p. 3. concl. 46. n. 11. & p. 2. dec. 160. n. 17.* Carpz. *p. 3. c. 33. d. 11.* ibi Esbach. B. D. Lauterbach. *d. l.*

15 Um willen aber dißfalls weder von der Klägerin oder Implorantin, noch von ihrem Gerichtl. Kriegs- Vogt und der Kinder Pflegern, in specie keine sich bey dem Inventario ereignende defectus bis dato allegiret oder angezogen, noch einige scheinbahre Ursach oder Argumentum angeführt und beygebracht, daß die Beklagte oder Imploraten durch Verschweigung eines oder andern anjetzo erst hernach hervorgekommenen Stücks sich treulos erwiesen, oder daß sie was unterschlagen, entzogen oder amovirt hätten, auch sich sonst der geringste Argwohn commissæ fraudis, res quasdam dolose celando aut a movendo, nicht hervor thut, indem gleichwohl das aufgerichtete Inventarium gibt, daß durante matrimonio nichts eingebüßt, sondern in die 221. fl. 46. kr. errungen worden; ja Klägere auch selbst freymüthig bekennet, daß sie dem Hrn. Burgmeister als einem bekandten ehrlichen Mann nicht das geringste Mißtrauen zu legen; So werden die gesamte Beklagte oder Imploraten billig mit dem Corporali juramento verschonet, und bey der an leiblichen Eydesstatt bereits gegebener und geleisteter Handtreu gelassen.

16 **Den andern Klag-Puncten** der gesuchten alimentorum betreffend, so ist forderist richtig und ausgemacht, daß Klägerin oder Implorantin vor sich oder vor ihre Person von dem ob commissum ab ipso adulterium abgeschiedenen Manne, nachdem das totale divortium erfolgt, und ipsum vinculum matrimonii, quod inter ipsos fuit, dissolvirt, auch sie nicht nur ihr zugebrachtes Heyrathgut, Aussteur und anders, so sie inferirt, neben dem halben Theil des errungenen und gewonnenen in wehrender Ehe, wieder bekommen, sondern dazu noch sein des Mannes vom von seinen Eltern bestimtes und empfangenes Heyrathgut oder donationem propter nuptias, so er krafft Hoch-Fürstl. Würtenberg. Landrechts

part. 2. tit. 32.

per commissum adulterium verwürckt, an 150. fl. hinweggenommen, keine alimenta weiter verlangen und begehren könne, sondern sich selbst von dem Ihren erhalten müsse.

Carpzov. *p. 3. dec. 291. n. 16.*

17 Was aber der von dem separirten Mann erzeugten Kinder alimentation concernirt, ist dieser Punct mit klaren, dürren, deutlichen Worten ab Imperatore Justiniano decidirt

in Nov. 117. cap. 7.

his formalibus: *Illud quoque disponendum esse perspeximus, ut si quando inter maritum & uxorem nuptias solvi contigerit, ex hujusmodi nati liberi nullo modo lædantur ex separatione nuptiarum, sed ad Parentum hereditatem vocentur, ex Patris substantia indubitanter alendi.* NB. Etsi quidem Pater occasionem separationis præbeat, *& mater ad secundas non venerit nuptias*, apud Matrem nutriantur, expensas Patre præbente. *Si autem contigerit Patrem quidem minus idoneum esse, matrem vero locupletem, apud eam pauperes liberos manere & ab ea nutriri jubemus &c.*

18 Woraus erscheinet, daß der separirte Ehemann, weil er Ursach per adulterium zu dem divortio gegeben, denen von der Mutter erziehenden Kindern den Unterhalt und alimenta, auf Richterliche Erkandtnis und Mäßigung, so lang bis sie ihr Brodt selbst werden verdienen können, zu reichen und zu verschaffen schuldig, weil sie jetzo aber beede noch jung und klein seyn, und wenig gebrauchen, kan irgend von Anfang ein Gulden fünffzehen, achtzehen, bis zwantzig ohngefehr gesetzt werden, so er jährlich der Mutter zu der Kinder alimentation beyzutragen, welche hernach mit anwachsendem Alter um etwas erhöhet werden können, und weil er der 19 Mann sein gutes Handwerck hat, wird er dardurch so viel noch wohl zu wege bringen, sollte er es aber künfftig Ohnvermögens halber unmüglich præstiren können, und vermöchte es die Mutter, so wäre sie krafft der allegirten Novellæ 117. c. 7. schuldig und verbunden, auch von ihrem die Kinder zu erziehen und zu ernehren, zumal da sie des Manns ihm von seinen Eltern gegebene donationem propter 20 nuptias neben ihrem zugebrachten hinweggenommen, wiewohl sonst alsdann dem Avo Paterno, wann er noch lebet, das munus alendi nepotes aut neptes vor der Mutter gemeiniglich pflegt deferiret zu werden, wie zu sehen bey dem

Stryckio *vol. 2. Disp. 25. De Jure avor. cap. 2. n. 59.* Frid. Bruckmanno *vol. 1.*

Cons.

Cons. 35. n. 35. seq. Surd. *de aliment. tit. 1. q. 103.*

21 Es kan ihm aber solch onus nicht eher auferleget werden, als wann sich klar ergiebt, daß der Vatter den Kindern durchaus nicht aufbringen kan, was zu deren nothdürfftigen Unterhaltung vonnöthen, so jetzo hierfalls noch zur Zeit ausgesetzt bleiben muß.

22 Desgleichen hat Klägerin 3) wegen der Kindbett-Kosten wider ihren gewesenen Mann fundatam intentionem, und kan er sich nicht entschütten eo nomine ihro etwas beyzutragen, weil sie aber nichts determiniret, möchte er pro prudenti Judicis arbitrio ihro ein Gulden 5. oder 6. deswegen zu erstatten angehalten werden.

23 An denen aufgeloffenen noch ohnbezahlten Theilungs-Kosten aber à 8. fl. 45. kr. hat 4.) Klägerin ihre Portion pro rata so wohl zu tragen und zu bezahlen, als der beklagte gewesene Ehemann, und hat sie sich darüber zu beschwehren keine Ursach.

24 Nam expensæ in communem causam factæ communioni imputantur, & ab omnibus participantibus pro rata ferendæ sunt

Schneidwin. *in §. quædam. rubr. famil. erciſc. Inſt. de action. n. 56.* Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 27. d. l. n. 1.*

Sic sumptus in metienda sylvâ, quam dividi oportet, necessario facti ab omnibus coheredibus solvendi sunt, quamvis unus id postulaverit solus reclamantibus exteris, definiente 25

Joh. Papon. *lib. 15. tit. 7. arr. 3.* ubi ita judicatum refert.

Ita & mobilia in pluribus domibus extantia pro invenienda æqualitate in divisione expensis omnium interessentium in unum locum transferenda sunt, si unus id etiam modò efflagitaverit, judice eodem 26

Papon. *d. l. arrest. 21.*

quidni ergò hæ impensæ in communium bonorum divisionem factæ etiam inter socios partiendæ forent? 27

könnte also nach beschehener mündlichen Hintersetzung nachstehende Urtheil, die ich den Rechten, salvo quovis meliori judicio, gemäß erachte, (darinn jedoch der Theilungs-Kosten nicht gedacht, weil die Partheyen darauff nicht geklagt) den Partheyen eröffnet werden.

Urtheil.

28 IN Sachen Rechtens sich haltend zwischen Maria Barbara, Jung Michel Leonhardten, Burgers und Rothgerbers allhier gewesten Ehe-Frauen, mit Beystand ihres Gerichtlich verordneten Kriegs-Vogts und ihrer Kinder Pflegers in Actis benandt, Klägerin eines, entgegen und wider besagten Jung Michel Leonhardten ihren gewesenen und abgeschiedenen Ehemann & Consortes beklagte andern Theils, erkennet ein Ehrsam Gericht auf Klage, Antwort, und ander Gerichtlich Fürbringen, nach gethanem Rechtsatz, genommenem Bedacht, und gehabten Rath, mit Urtheil zu Recht, daß forderist Beklagte bey der vor der Theilung, wegen getreuer Anzeig aller in die vorseyende Theilung gehörige Stück, an leiblich. Eydesstatt gegebener Handtreue gelassen, und darüber weiter mit Cörperlichem Eyde nicht beschwehret werden, so dann Jung Michel Leonhardt zu seiner von der Mutter, wann sie unverheyrathet bleibt, erziehender Kinder Unterhalt und Alimentation Jährlich .... Gulden geben und beytragen, auch seiner gewesten Frauen der Kindbett-Kosten halber .... Gulden erstatten solle, die in dieser Sache aufgeloffene Gerichts-Kosten aber werden aus Bewegnis gegeneinander compensirt und verglichen.

Welches, salvo rectius sentientium judicio, zu desiderirter Rechts-Belehrung dienstlich anfügen, mithin nechst Göttlichen Schirms-Empfehlung und Apprecation aller selbst verlangter Ersprieslichkeit, in publico & privato, verharren wollen,

Meiner Großg. Hoch- und Vielgeehrten Herren

Tübingen den 26. Januarii 1699.

CONSILIUM LXXX.

DE

Clauſula Conſtituti Poſſeſſorii Obligationibus, etiam hodiernis temporibus, validiſſimè annexa, ut & ampliſſimis inſignibusque illius in foro effectibus.

SUMMARIA.

Breviſſima Caſus relatio à num. 1. uſq; 4.

5. & 7. Conſtituti Poſſeſſorii vel alia executiva clauſula Receſſui Imperii & Ordinationi Polit. de Anno 1577. vel cuicunque Imperii Conſtitut. neutiquam contrariatur.

6. Conſtituti Poſſeſſorii clauſula fundata reperitur in L. 18. ff. de acq. vel amitt. poſſes.

8. Ob inſignes ejus effectus valdè utilis eſt.

9. Obligationes ſub obſtagii pœna conceptæ in Ordinat. Polit. ſunt ſublatæ.

10. Camera & Imp. Aul. Judicium ratione Obligationum, conſtituti Poſſeſſorii aliasque executivas clauſulas, continentium, Mandata cum & ſine clauſula quotidie emittunt.

11. & 12. Ampliſſimus & inſignis Conſtituti Poſſeſſorii effectus hic demonſtratur.

13. Qui per judicem ſuum non repoſcit vim facere intelligitur.

14. Quod ſecus eſt in Conſtituto.

15. Ratio differentiæ.

16. Conſtitutarius civiliter tantum poſſidens ſua autoritate naturalem ingredi poteſt poſſeſſionem.

17. Ratio hujus.

18. Hæres conſtituentis conſtitutario reſtitutionem poſſeſſionis recuſans, ſpoliare dicitur.

19. Aſinina tantum poſſeſſio apud Conſtituentem remanet.

20. Quid exinde ſequatur?

21. usque 26. Ventilatur Quæſtio: an in caſu contradictionis & reſiſtentiæ per vim occupare poſſeſſionem poſſit Conſtitutarius?

27 - 30. Applicatur ad caſum & obligationem præſentem, ex cujus tenore patet, conſtitutum poſſeſſorium in ampliſſima forma, & verbis admodum emphaticis illi fuiſſe inſertam, & tam civilem quam naturalem poſſeſſionem in Conſtitutarium translatam.

α Conſtitutarii morte non finitur conſtitutum.

β Sed hæredi retinendæ poſſeſſionis remedium æque competit.

31. Ceſſionarius Conſtit. Poſſeſſ. beneficio pariter gaudet.

α Nam valide hoc commodum ceditur.

β Et Ceſſionarius omni, quod actioni cohæret jure, gaudet.

γ Hinc in ſubſtrato eo magis ob clauſulam obligationi annexam.

32. Conſtit. Poſſeſſ. Clauſula in ſubſtrato hujus eſt efficaciæ, ut propria authoritate poſſeſſionem arripere Conſtitutarius poſſit, addita tamen limitatione.

(*) Plures dantur cauſæ ex quibus ſe defendere conſtituens poteſt.

33. Securius eſt brachium Judicis implorare.

34. Modus petendi remotivè hic demonſtratur.

35. Allegatur ratio.

36. Modus petendi poſitivè proponitur.

(*) Poſſeſſio jam mea non magis fieri mea poteſt.

37. Tam civilis quam naturalis & quidem manutenibilis poſſeſſio per Conſtitutum Poſſ. transfertur.

1 AUs dem an mich erlaſſenen Requiſition-Schreiben de dato den (4) 14. Jan. 1699. habe ich erſehen, was maſſen Tit. Herr Johann Friederich Werner das Jure hereditario **auf ihn erwachſene Recht** auf die ſeinem Hrn. Vatter ſeel. **verſchriebene Herrſchafften** Hattſtein, Liechtenberg, Meyenfels und Weyler einem groſſen Potentaten im Heil. Röm. Reich um eine nahmhaffte Summ Gelds **verkaufft**, und dabey verſprochen, zu Erlangung der Poſſeſſion **mit Rath und That an die Hand zu** 2 **gehen. Weil aber von jemand** opponiret worden, daß bey geſchloſſener Capital oder Gült-Kauff-Brieff von weyland Wilhelm Erich von Hattſtein ꝛc. gegen Tit. Herrn Vitum Wernern, vornehmen JCtum, verſchiedener Hohen Fürſten und Reichs-Stände geweßten Rath und Conſulenten, Anno 1653. aufgerichtet, ſo die clauſulam conſtituti Poſſeſſorii **und andere** prægnantes clauſulas executivas in ampliſſima forma in ſich begreifft, wider den Reichs-Schluß de Anno 1577. lauffe, und daß die Kayſerliche Cammer oder der

Reichs

Reichs-Hoff-Rath nicht auf ſolche alſo eingerichtete Brieffe, daß man propria authoritate die Poſſeſſion ergreiffen dürffe, ſprechen würde, iſt von mir Ends-ſubſignirten verlangt worden, mein Rechtlich Gutachten da-
3 rüber zu erſtatten: Ob die Obligation wider die Reichs-Conſtitutiones ausgefertigt, und ob Hr. Joh. Friederich Werner, als Creditoris filius & heres, oder der rechtmäßige Ceſſionarius des Hattſteiniſchen Capital-Brieffs die per modum Conſtituti Poſſeſſorii verhaffte Herrſchafften de Jure propria authoritate occupiren, und ſich ſelbſt würcklich in die Poſſeſſion derenſelben ſetzen könne?
4 Wann nun mich ratione officii deſſen nicht enteuſſern können, als habe nicht ermangelt, zu Beförderung der lieben Juſtitz, und Bezeugung ſchuldigſter Dienſtwillfährigkeit, die Sache gebührend zu erwegen, und finde erſtlich
5 nicht, daß die Obligation in dem paſſu, daß ſie die clauſulam Conſtituti Poſſeſſorii und andere clauſulas executivas in ampliſſima forma enthält, dem Receſſui Imperii oder der Policey-Ordnung de Anno 1577. oder einiger anderer Reichs-Conſtitution zuwider ſeyn und lauffen ſollte, denn in keiner Reichs-
6 Satzung die clauſula conſtituti poſſeſſorii, ihr Fundament in

l. 18. ff. de acq. vel amitt. poſſeſſ.

7 habend, oder die clauſula executiva, etiam ſic concepta, ut liceat creditori propria authoritate poſſeſſionem ingredi, rem apprehendere, inque ſolutum pro quantitate de-
8 biti accipere, maximè ſi hæc illi juncta, irgends verbothen, demnach, vor erlaubt in alle wege zu halten, und als gar nützlich ob inſignes effectus pflegt recommendirt zu werden

vid. Dn. Stryck. *de cautel. contract. ſect. 1. c. 5. §. 24. ſect. 2. c. 2. §. 7. & cap. 4. §. 19.* Petr. Frid. Mindan. *de mandat. lib. 2. cap. 71. n. 2. ſeq.* Gilhauſen *in arb. jud. civil. cap. 10. §. 6. n. 2. ſeqq.*

9 Die Obligationes ſub pœna obſtagii conceptæ ſind in allegirter Policey-Ordnung

tit. 17. §. pen.

ob magnum obſtagiorum abuſum, wohl aufgehoben, und pro invalidis erklärt, idemque de obligationibus ſub pœna banni conceptis tradit

poſt Gail. Blum. *in Proc. Cam. tit. 34. num. 87.*

10 nicht aber die Obligationes, denen die clauſula conſtituti poſſeſſorii oder andere clauſulæ executivæ inſerirt ſeyn, ſondern es werden auf die obligationes, die clauſulam conſtituti poſſeſſorii und andere clauſulas executivas enthalten, auch dem creditori die Macht geben in und auſſerhalb Rechtens eignes Gefallens die Poſſeſſion der Unterpfande zu ergreiffen, ſo wohl in dem Käyſerlichen Cammer-Gericht, als dem Hochpreyßlichen Reichs-Hoff-Rath tota die Mandata cum aut ſine clauſula erkandt, wie zu ſehen beym

Rhodingio *in Pandect. Cameral. lib 1. tit. 12. §. 45. 46. ibique additionat.* Blumio *in Proceſs. Cam. d. tit. 34. n. 81. ſeqq. & in ſupplicat. Cameral. tit. 8. de Mandat. ſub N. 5. 10. 43.* ubi plura præjudicia Cameralia extant. Uffenbach. *de Celſiſſ. Judic. Imp. Aulico cap. 15. ſect. 2. ſubſect. 1. pag. 189.*

11 Belangend aber das andere Membrum quæſtionis: Ob Hr. Joh. Fr. Werner als creditoris filius & heres oder der rechtmäßige Ceſſionarius des Hattſteinischen Capital-Brieffs die per modum conſtituti poſſeſſorii verhaffte Herrſchafften de Jure propria authoritate occupiren, und ſich ſelbſt würcklich in die Poſſeſſion derſelben ſetzen könne? 12 So iſt bekandt, quod Conſtitutum Poſſeſſorium inter alios plures effectus etiam hunc ampliſſimum & inſignem habeat effectum, quod licet Creditor, virtute Pacti de ingrediendo poſſeſſionem bonorum debitoris poſt commiſſam in ſolvendo moram, propria authoritate ejus bona non poſſit occupare.

l. 7. ff. ad L. Jul. de vi privat. l. 13. ff. quod vi met. cauſa. l. 7. C. unde vi. j. l. 3. C. de pignor. B. D. Lauterbach. *tr. Synopt. de Pignor. ſ. hypothec. §. 9. n. 49.* Brunnem. *ad d. l. 3. C. de pignor.* Mev. *p. 4. dec. 217. n. 7.*

13 nam quicunque id, quod ſibi deberi putat, non per judicem repoſcit, vim facere, intelligitur

d. l. 13. ff. quod met. cauſa.

non enim privatis concedendum eſt, quod publice per Magiſtratum, tumultus evitandi gratia, fieri debet.

l. 176. ff. de reg. jur.

14 Si tamen huic pacto acceſſerit Conſtitutum, Conſtitutarius virtute illius conſtituti propria authoritate poſſeſſionem corporalem apprehendere poterit, quemadmodum tradunt magno numero relati

à Tiraquello *tr. de Conſtit. Poſſeſſor. part. 1. num. 38.*

15 nec vim facere, ſed jure ſuo acquiſitæ poſſeſſionis uti cenſetur conſtitutarius, quapropter facultatem rem, quam alter, conſtituens nempe, ſe ipſius vice & nomine poſſidere conſtituit, pro lubitu occupandi habet,

Faber *Cod. Sabaud. lib. 7. tit. 7. d. 18.* Giurba. *dec. 112. n. 12.* ibique allegati.

16 & licet tantùm civiliter poſſideret, adhuc ſua authoritate tamen poſſet ingredi naturalem poſſeſſionem,

l. clam poſſidere. 6. §. 1. ff. de acq. vel amitt. poſſ. ibique Jaſon. *n. 23.* Menoch. *Cons. 2. n. 181. & 366.*

17 quia civilem possessionem tamdiu retinemus, quamdiu facultas rem corporaliter apprehendendi adest, aut saltem adesse probabiliter creditur.

l. 3. §. 8. 13. l. 6. §. 1. l. 25. §. 2. ff. de acq. vel am. poss. Hahn *ad tit. ff. uti possid. num. 5.*

18 Si ergo heredes constituentis recusarent restituere possessionem apud se existentem constitutario vel ejus heredibus, dicerentur hos spoliare, ubi enim possessor naturaliter possidens negat aut renuit admittere possessorem civilem, eum spoliare dicitur.

dd. ll. ibique Jason. *n. 53.* Menoch. *recup. posses. remed. 1. num. 139. & remed. 15. n. 391.* Aimo Cravetta *Cons. 107. n. 3. ubi in terminis ex constituto possidentis respondit, quod spoliari dicatur, nisi admittatur.*

19 Ast agnoscunt Dd. communiter ex constituto simplici h. e. non conjuncto cum precario, (nam si cum precario conjunctum fuerit, civilem tantum possessionem transferre verius est

Angel. *Cons. 373.* Alexand. *l. 2. Cons. 92.* Paul. Paris. *l. 1. Cons. 59. n. 11. 12. 16. 22. Cons. 128. n. 12. 14.*) Dn. Stryck. *de cautel. contract. sect. 2. c. 2. num. 7.*

non minus, quam ex reali traditione, non tantum civilem, sed etiam naturalem possessionem ab eo, qui constituit alieno nomine possidere, in constitutarium transferri, ita, ut penes constituentem non nisi asinina, ut Dd. loquuntur, maneat possessio.

Mev. *p. 5. dec. 158. n. 1. 2. dec. 351. n. 2.* Richter. *p. 3. Cons. 134. num. 38.* Dn. Stryck. *de cautel. contract. sect. 1. c. 5. §. 24. & sect. 2. cap. 4. §. 19.*

20 Inde ergo tanto magis quæritur constitutario facultas propria authoritate possessionem occupandi.

Mev. *d. dec. 351. n. 3.* qui tamen cum Ant. Fabro *in Cod. Sabaud. lib. 7. tit. 7. def. 18.* hanc licentiam propria authoritate possessionem ingrediendi & occupandi restringit & coarctat ad casum, quo possessio vacat, nec alius quispiam in ea est, nullaque adest resistentia & contradictio vel ipsius constituentis, vel tertii potius jus habentis, quorum sententiam etiam probat Brunneman *ad l. 5. & l. 18. ff. de acq. vel amitt. poss.*

21 Num autem, si adsit contradictio vel resistentia, Constitutarius etiam per vim ingredi & occupare possit possessionem? Dd. certaminibus involuta quæstio est, quibusdam eam simpliciter negantibus, cum ita spoliatus non sibi ipsi debeat jus dicere, aliis e contra eam affirmantibus, cum possessio jam legitime ipsi sit quæsita, ideoque illam occupare, & vim vi repellere possit.

l. 1. §. 27. ff. de vi & vi armat.

Quas dissentientes Dd. opiniones

Dan. Clasenius *in Disp. sub ipsius Præsidio Helmstadii 1677. habita de Constituto Possessor. cap. 5. §. 7.*

conciliare nititur hac distinctione: Aut 22
causa sive titulus, super quo constitutum factum, certus est & liquidus, ita, ut à principio notoriè appareat, nec ullam recipiat dubitationem, nec contradictionem, aut non est liquidus, forsan quod negetur Constitutario jus tale competere, aut aliæ causæ contradicendi justæ adiunt: Priori casu cum creditor impeditus dicatur magis suam defendere possessionem, quam invadere, debitor facto resistens vim facit creditori, quapropter in continenti per vim potest ingredi, suamque possessionem defendere, & vim vi repellere.

l. 17. ff. de vi & vi armat. d. l. 1. §. 27. eod.

Spoliari enim nequit Constitutarius sua 23
possessione, neque judicis sententia non citatus

Bartol. *in l. 3. C. de pignor. num. 25.* Menoch. *adipisc. poss. remed. 4. à num. 47. usque ad num. 70.* Negusant. *de pignor. & hypoth. p. 4. num. 14.* Mercur. Merlin. *de pignor. l. 4. tit. 4. quæst. 115. num. 15. & quæst. 120. num. 5.* Mantic. *de tacit. & ambig. convent. lib. 11. tit. 5. num. 7. 8.* Tiraquell. *de Constit. Posses. p. 1. n. 37. seqq.*

Urbanius & tutius tamen nonnulli Dd. 24
etiam hoc casu Constitutarium agere censent, si pro assequenda possess. brachium Judicis imploret

Bartol. *d. l. num. 18.* Cencius *tr. de censu p. 2. cap. 2. quæst. 5. art. 5. num. 14. & 15.* Menoch. *adip. poss. rem. 5. num. 77.* Merlin. *d. quæst. 120. num. 9.*

Ut tamen sibi reservet facultatem in- 25
vadendi possessionem propria authoritate, aliâs enim eo ipso, dum viam jud. eligit, videtur remisisse facultatem capiendi de facto.

Mantic. *de tac. & ambig. convent. lib. 11. tit. 5. num. 20. & tit. 22. num. 16.* Tiraquell. *d. p. 1. n. 39.*

Po-

26 Poſteriori caſu invitum & reluctantem expellendi non eſt jus atque poteſtas, cum enim ibi cauſa contradicendi juſta & legitima adeſt, quæ aut occupantis jus facit dubium, aut conſtituentis potentius, meritò ab occupatione conſtitutarius deſiſtere debet, niſi velit incidere in pœnam L. ſi quis in tantam. 7. C. unde vi L. extat. 13. ff. quod met. cauſa. In dubiis enim nemo ſibi ipſi jus dicere, ſed judicem adire debet.

l. 176. ff. de Reg. jur. Mev. *p. 5. dec. 352. add. p. 4. dec. 217.* Faber *Cod. Sabaud. lib. 7. tit. 7. d. 18.*

27 Dieſe Jura nun ad caſum præſentem zu appliciren, ſo ergibt ſich aus der Gült-Verſchreibung, daß weyland Wilhelm Erich von Hattſtein, ſeine Güter von der ihm angedroheten würcklichen Execution und Immiſſion auf hundert und etlich tauſend Rthlr. an ihn geforderte Schulden zu liberiren, Hr. Vito Wernern, JCto und zerſchiedener Fürſten und Reichs-Stände Rath, vier tauſend Rthlr. Jährlicher Gülten vor von ihm zu der Creditorum Befriedigung auffgenommene 80000. Reichsthaler verkauffet, zu deren Verſicherung er ihm Gült-Käuffern und ſeinen Erben in genere & ſpecie alle ſeine Herrſchafften, Ritter-Güter, Renthen und Intraden, zu Unterpfanden verſetzt, dergeſtalten, daß im Fall Gült-Verkäuffer und ſeine Erben ſaumſeelig in Bezahlung Zinß und Capitals befunden würden, ſolche dem Gült-Käuffer und ſeinen Erben würcklich eingeraumt ſeyn, und ſie in die Poſſeſſion vel quaſi ſo fern geſetzt ſeyn ſollen, daß er oder ſeine Erben alsdann, in Krafft ſolcher übergebenen Gewehr und Poſſeſſion vel quaſi, gute Macht, Gewalt und erlangt Recht haben ſollen, als ſolche in genere & in ſpecie verfangene und verſchriebene Herrſchafften, Ritter-Güter, und deren ſammentliche Gefäll, ſo viel darzu von nöthen, einzuziehen, und zu deren Verwaltung eine ihnen annehmliche Perſon und Amtmann anſetzen können und mögen, daran Gült-Verkäuffer und ſeine Erben keine Hinderung, noch Eintrag, ſondern vielmehr ſo gar alle Forderung thun ſollen und wollen, ſo lang und viel biß obberührtes Capital der 80000. Rthlr. ſamt allen verfallenen Zinſen, Köſten und Schaden bezahlt, dannenhero Gült-Verkäuffer und ſeine Erben obbeſagte in genere & in ſpecie hypothecirte Herrſchafften, Ritter-Güter, und all deren Einkommen, jetzt alsdann, und dann als jetzt, nicht anders, als per modum conſtituti Poſſeſſorii zu beſitzen, ſich, ſeine Erben und Nachkommen in ſpecie und per expreſſum obligiret, und den ihnen ſonſt competirenden Juri poſſeſſionis & dominii renunciret, alle Exceptiones Ein- und Wider-

rede gäntzlich ausgeſchloſſen. Allergeſtalten, 28
da es geſchehen ſolte, daß obbemeldte 4000. Rthlr. Jährlicher Zinſen auf das beſtimmte Ziel und Mahlſtaat nicht bezahlt, und der Gült-Käuffer oder deſſen Erben an der eingeraumten Poſſeſſion und Gewehr ihrer habenden General- und Special-Unter-Pfanden beeinträchtiget, oder ſonſten wider den Tenor und Inhalt dieſer Obligation beſchwehrt würden, welches doch keineswegs geſchehen ſolle, ſo ſolle der Herr Gült-Käuffer und deſſen Erben oder rechtmäßige dieſer Obligation Inhaber Gewalt, Macht und erlangt Recht haben, des Gült-Verkäuffers auch ſeiner Erben Perſon, auch alle deren Haab und Güter liegend und fahrend, gegenwärtig und zukünfftig, ſie werden betreten, wo ſie wollen, bey allen Geiſt- und Weltlichen ꝛc. **Wie auch die vorgeſetzte Unter-Pfand** in ſpecie & in genere **alsbald, ohn einige Gerichtliche Ladung, Klag, Mahnung, Proceß oder Erkanntniß, auch unbefragter höherer Obrigkeit, eigen Gewalts, Willens oder Gefallens zu** arreſtiren, **auff- und anzuhalten, mit oder ohne Recht anzugreiffen, an ſich ziehen, einzuhaben, zu nutzen, zu nieſſen, zu verpfänden, und ſonſt in andere Weg damit zu verfahren, wie ihnen gefällig, auch endlich ſolche gar zu verkauffen, oder damit zu ſchalten und zu walten, wie mit ihren eigenthumlichen Gütern,** biß ſie um alles befriedigt ſeyn worden, ſein des Gült-Verkäuffers und ſeiner Erben und ſonſt männiglich von ihrentwegen ungehindert.

Wie er dann in ſpecie für ſich und ſeine Erben auf den Fall nicht einhaltens, aus allen ſeinen und ſeiner Erben oder Nachkommen insgemein und inſonderheit verpfändten Haab und Gütern, Schulden, Renthen, Gefällen, und wie ſie immer Nahmen haben mögen, aus der Poſſeſſion vel quaſi jetzo alsdann und dann als jetzo geſetzet. Herentgegen aber den Hrn. Gült-Käuffer, deſſen Erben oder getreue Inhabere dieſer Obligation in die völlige Poſſeſſion vel quaſi aller ſolcher hypothecirten Güter eingeſetzet haben will, alſo daß er oder ſeine Erben und nicht er Gült-Verkäuffer und ſeine Erben für die rechte Poſſeſſores allenthalben in und auſſer Gericht erkennet und gehalten werden, ſie aber allein ſo lang es Gült-Käuffern und deſſen Erben gefällig, die Unter-Pfand beſitzen und inn haben ſollen ꝛc. 29

Woraus heiter und klar erſcheinet, daß hierfalls von weyland Wilhelmen Erich von Hattſtein Gült-Verkäuffern der 4000. Rthlr. Jährlicher Gülten aus ſeinen davor in genere & ſpecie verhypothecirten Herrſchafften, Ritter- 30

Ritter-Gütern und Gefällen, in gegenwärtiger drüb auffgerichteter Verschreibung, das Constitutum Possessorium in amplissima fanè forma, verbis admodùm emphaticis, angehenckt, und mit vielen executivis clausulis versehen und muniret sey, daß also kein Zweiffel darein zu setzen, quod hîc omnis, tam civilis, quam naturalis, possessio vel quasi in constitutarium sit translata, & penes constituentem nil præter nudam & simplicem detentionem remanserit, daher des Gült-Käuffers, als Constitutarii, rechtmäßiger Erbe, um so mehr, als dessen expressè in der Verschreibung auch gedacht ist, (da es, wann auch seiner in der Obligation nicht einα mahl expressè Meldung geschehen wäre, fast keinen Anstand haben würde, indem die verior sententia, quod constitutum non finiatur morte constitutarii, sed ad heredes ejus transeat, proinde non minus heredi constitutarii, quam ipsi constitutario remedium β retinendæ possessionis competat, quam sententiam communem esse ajunt, ab eâque nec in consulendo, nec in judicando recedendum esse monent, ceu subnixâ.

l. 8. §. 1. l. 12. §. 1. ff. de precar. cap. ult. X. eod. Cæsar. Contard. *de moment. possess. in ampl. 49.* Cujac. *ad l. 5. C. de acq. possess.* Vultej. *vol. 1. Cons. Marpurg. 34. num. 44.* Post. de mand. manut. *p. 1. obs. 20. num. 36. p. 2. dec. 89. num. 8.* Hahn ad Wesenb. *tit. de acq. vel amitt. poss. sub fin.* Tiraquell. *de Const. possess. p. 1. num. 66. p. 2. ampl. 13. num. 8.*)

31 Wie nicht weniger dessen Cessionarius (weil durchaus kein Zweiffel, quod Constitutarius α omnino commodum constituti alteri cedere possit,

Merlin. *de pignor. lib. 4. tit. 4. qu. 120, num. 6. 7.* Faber *lib. 7. tit. 7. d. 19.* Cyriac. Niger *contr. 258. n. 31.* Farinac. *q. 175. num. 195.*

β & quod Cessionarius eodem prorsus jure, quoad ea, quæ causæ & actioni cohærent, utatur, quo ipse cedens uti potuisset

l. 5. C. de hered. vel act. vend. l. 156. §. 3. de Reg. jur.

γ Zumahlen da hier in der Verschreibung einem jeden getreuen Brieffs-Inhabern dasselbig expressè concedirt worden, de cujus alioquin clausulæ effectu videatur.

Coler. *de Proc. Excent. p. 2. cap. 2. num. 77. seq.*)

Krafft sothanen Constituti ergeben Recht, 32
Macht und Gewalt erlangt, die dadurch auf sie transferirte Possession der verschriebenen Güter propriâ authoritate in allwege zu apprehendiren, sofern der Gegentheil die Verschreibung recognoscirt, vor richtig angenommen, und sonst keine contradiction ex justa aliqua causa movirt hat, falls aber ex justa quadam (*) causa, (quarum plures, ex quibus constituens se defendere potest adversus constitutarium possessionem sibi asserentem, referuntur

a Mevio *part. 5. dec. 352.*)

dawider excipirt und Strittigkeit erregt wor- 33
den wäre, würde das sicherste seyn, brachium Judicis zu imploriren, und zu trachten, illius authoritate in die Possession zu kommen. Da 34
man aber zu beobachten, daß man nicht bitte, immittiret zu werden in die Possession der hypothecirten Güter,

quia qui petit se mitti in possessionem, fa- 35
tetur, se non habere possessionem quam adhuc petit.

Mev. *p. 5. dec. 159.*

cum è contrario petere possit ac debeat po- 36
tius se in possessione manuteneri, si ipse debitor velit intervertere possessionem creditoris sui. Nam interdicta adipiscendæ & retinendæ possessionis se invicem nonquam compatiuntur, quandoquidem fieri nequit, ut eam possessionem adipiscaris, quæ jam (*) penes te sit, (licet enim possideri quid possit ex variis causis, tamen possessio jam mea non magis mea fieri potest

l. 159. de reg. jur. §. 14. Inst. de act.)

aut eam retineas, quam nondum sic adeptus

l. 23. pr. §. 1. de acq. possess. Faber. *l. 7. t. 7. d. 29.*

Per constitutum autem, positis ponendis, 37
transferri possessionem tam civilem, quam naturalem supra diximus, & quidem manutenibilem contra quemcunque etiam adversus ipsum constituentem, ad quoscunque juris effectus, ad omne remedium possessorium prout hoc firmat

Thomat. *dec. 15. num. 4.* Post. *de Mand. manut. p. 1. obs. 20. num. 13. seqq. p. 2. dec. 28. n. 1 dec. 300. num. 21.* Hahn ad Wesenb. *tit. ff. uti possid. num. 5. vers. Ex quo sequitur.*

γ Welches wir also zu verlangter Rechtlichen Nachricht, salvo cujusvis melius sentientis judicio, dienstlich anfügen, mithin verharren wollen. Den 13. Febr. 1699.

CON-

CONSILIUM LXXXI.

Cujus

Quæſtio Prima: De ſubſtitutione fideicommiſſario fratris & ſororis horumque hæredum reciproca, à Patre, in ſuo teſtamento, idque ſub prohibita Trebellianicæ deductione, valide facta: Secunda; De Legato, ſub verbis collectivis, Nepotibus, in diem tamen incertum, à teſtatore relicto, â cujus participatione, ſecundi matrimonii Nepotes, ante quorum tum conceptionem, tum nativitatem tempus extitit, & conditio purificata fuit, in totum planè excluduntur; Tertia: De fideicommiſſo, in certa pecuniæ ſumma conſtituto, filiæ à teſtatore nominatæ, in caſum filii absque maſculino ſtemmate deceſſuri, in totum reſtituendo: Quarta: De uſufructu Patri, in re filiæ legata, per verba expreſsè prohibitivis neceſſariò æquipollentia ademto: Quinta: De certa ſumma ex fideicommiſſo ad filias pleno jure pertinente, Patri ob ſummam neceſſitatem à Debitore valide ſoluta: Sexta: De Obligatione Teſtamentario Executori incumbente, in cautione reciproce ſubſtitutis fideicommiſſariis proſpicienda, ut & horum litibus, etiam Nobili Judicis officio implorato, illoram tamen ſumtibus dirimendis. Septima denique de ſemel ſuſcepto teſtamentariæ executionis munere, absque juſta cauſa & invito altero non iterum derelinquendo

agit.

SUMMARIA.

Præmittitur ſpecies Facti cum ſubjunctis huic ſeptem Quæſtionibus à num. 1. uſque 16. incl.

17. & 18. Prima quæſtio affirmative deciditur.

19. Id quod demonſtratur ex verbis teſtamenti claris ac perſpicuis.

20. Subſtitutio Reciproca fideicommiſſariam ſubſtitutionem regulariter non comprehendit.

21. Quando aliud dicendum?

22. Verba reciprocæ fideicommiſſariæ ſubſtitutionis in ſubſtrato ſunt clara & perſpicua.

23. Fruſtra Trebellianica detractio probibetur niſi adita hæreditas præſupponitur.

24. Verba Teſtatoris bona mea ab uno ad alterum vadant quid indigitent?

26. Omnia tum inſtitutionis tum Præ- & legati titulo in Teſtatore relicta bona, ob clarum teſtamenti tenorem, ſub Fideicommiſſo mutuo ſive reciproco excepta tamen legitima comprehenduntur.

26. Signi univerſalis quænam ſit natura?

27. & 28. Dictio omnis magnæ eſt efficaciæ.

29. Univerſalis Teſtatoris diſpoſitio, omnia bona ſub fideicommiſſum revocans, nihil plane excludit.

30. & 31. Quod etiam colligitur ex eo, ſi ſolam legitimam exceperit Teſtator.

32. 33. & 34. Rationes hujus adducuntur.

35. 36. & 37. Legatum & prælegatum quam maximè inter ſe differunt.

38. Nihilominus tamen prælegatum eſt & manet verum & propriè ſic dictum legatum.

39. 40. 41. 42. & 43. Id quod probatur ex pluribus rationibus & textibus juris.

44. Quæ applicantur ad caſum præſentem.

45. Valde diſſentiunt Ddres ſuper hac quæſtione an hæres univerſali fideicommiſſo gravatus, etiam prælegatum ipſi relictum inſimul reſtituere teneatur.

46. Omnes tamen in hoc conveniunt, quod Hæres: cui teſtatur, in caſum ſi ſine liberis deceſſerit, generaliter reſtitutionem injunxit, etiam ratione accepti prælegati gravatus cenſeatur.

47. 48. & 49. Quid ſi Teſtator in ſuo Teſtamento dixerit, ſe hoc prælegatum hæredi ſuo univerſali fideicommiſſo gravato,

vato, proprietatis jure, imò irrevocabiliter planè relinquere?

50. Secunda Quæstio.

51. Ratio dubitandi prima: Testator verbis collectivis utens ex. grat. seines Sohns Töchtern, *&c. tunc filiæ tum primi tum secundi matrimonii intelliguntur.*

52. Ratio hujus.

53. Ratio dubitandi secunda: Præsumta testatoris voluntas, in dilectione & affectione ejus se fundans, in ultimis elogiis interpretandis, maxime consideratur.

54. & 55. Æqualiter conjuncti æqualiter dilecti censentur.

56. Ratio dubitandi tertia: Nec refert an uno eodemque an diversis verò temporibus sint nati ex rationibus hic subjunctis.

57. & 58. Ratio decidendi demonstrat prolixius, cur secundi matrimonii filiæ ex prælegato nihil capiant.

59. & 60. Quid requiratur ut liberi quibus sub verbis collectivis fideicommissum in diem vel sub conditione relictum est, etiam post mortem testatoris nati, ad illud admittantur.

61. Concepti & nati post eventum conditionis, nullo modo ac respectu ad illud admittuntur.

62. Requiritur enim, ut legato conditionali honoratus, evenientis conditionis tempore, existat.

63. Hinc existente conditione nec conceptus, nec natus haud admittitur.

64. 65. 66. 67. & 68. Quod rationibus illustratur.

69. Qualitas quæ ad dispositionis effectum requiritur, quo tempore adesse debent?

70. Ut & qualitas filiationis agnationis &c.

71. Dispositio considerandæ secundum tempus in quod confertur.

72. Legatum in diem incertum relictum, collatum est in tempus evenientis diei & purificatæ conditionis.

73. In conditionibus initium existentiæ primæ semper spectatur.

74. Ratio hujus.

75. Purificatæ conditionis tempore filii noviter rati non attenduntur.

76. Unius legati dies, diversis vicibus non cedit.

77. Quod tamen eveniret, si post conditionis existentiam, semper noviter rati admitterentur.

78. Dominium verum non debet esse in suspenso & ambulatorium.

79. Quod tamen revera esset si post conditionem purificatam noviter nati possent cum prioribus tempore purificatæ existentibus ex post facto concurrere.

80. Jus quæsitum nemini auferendum.

81. 82. & 83. Quid axioma pariter applicatur ad liberos purificatæ conditionis tempore natos.

84. Respondetur ad primum superius adductum dubium (a) *Testatorem in specie nepotibus tempore mortis vel secundarum nuptiarum existentibus legatum reliquisse,* (b) *nepotes secundi matrimonii purificatæ conditionis tempore non extitisse.*

85. Responsio ad dubium secundum. Non esse certum, nec etiam præsumendum, Testatorem secundi matrimonii filius æque dilenisse.

86. Id quod vel verbo in ultima voluntate indicare potuisset.

87. Respondetur ad tertium dubium. Quod secundi matrimonii filiæ neque conditi testamenti, neque purificatæ conditionis tempore, in rerum natura fuerint.

88. 89. & 90. Nec obstat hoc, quod nascituri liberi pro jam natis habendi, Item, quod in conditione, si sine liberis, etiam posthumus gravati contineatur: ad quæ simul respondetur.

91. Institutio liberorum necessaria posthumos semper comprehendit, non vero legatum neptibus ex libera voluntate relictum.

92. & 93. Quæstio tertia quæ affirmativè deciditur.

94. Quæstio quarta.

95. Omnium adventitiorum ususfructus ad Patrem pertinet.

96. Datur tamen exceptio.

97. Ademtio ususfructus etiam ex conjecturata mente interdum colligitur.

98. Quid sub vocabulo Expressum *in Jure veniat?*

99. Verba ex quibus nihil aliud quam ususfructus prohibitio colligitur expressis æquipollent.

100. In substrato talia verba extant, ex quibus ususfructus ademtio necessario præsumenda.

101. Hinc legatum à Testatore relictum peculio irregulari imputatur.

(*) *Patris usufructu adempto, legitima illius administratio non statim interdicitur.*

102. & 103. Annon hoc in casu, ususfructus commoditas patri competat donec sui juris filius vel filia fiat?

104. Filius a Patre usuras ex peculio adventitio irregulari acceptas bene repetere valit.

105. & 106. Quæstio quinta.

107. Bona fideicommissariæ restitutioni obnoxia a gravato non possunt alienari.

108. 109. 110. 111. & 112. Dantur tamen exceptiones.

113. Quæstio

113. *Quæstio Sexta.*
114. *Executor Testamentarius ad quid in substrato teneatur, hic ostenditur.*
115. *Quilibet de suo commodo vigilare debet.*
116. *Septima Quæstio.*
117. *Delutum testamentariæ executionis munus, invitus suspicere nemo cogitur.*
118. *Semel autem susceptum, absque justa causa deponere nequit.*
119. *Supponditatur Consilium quomodo Executor Testamentarius in substrato à suscepto hoc munere, se liberare iterum possit.*

FACTI SPECIES.

1 ANno 1668. hat Herr General Moser von Filseck ein Testament gemacht, worinnen er unter andern seiner Gemahlin 8000. fl. noch dato bey des Heil. Reichs Stadt Schwäbisch-Hall stehende Wittumbs-Gelter nach Anweisung des 5ten §phi seiner beyder dato noch lebenden Kinder benandtlichen Hrn Obrist-Lieutenant Mosers und Frau von Löwenschildtlin erzielten Töchtern, dergestalten und mit solcher Bedingung prælegirt, wann zur Zeit des Absterbens oder anderwärtigen Verheurathung Sr. Fr. Gemahlin, ged. dessen Sohn Herr Obrist-Lieutenant entweder noch bey Leben, oder eheliche männliche Leibes-Erben verlassen; Nachdeme nun Ao. 1683. seine Gemahlin verstorben, und der Herr Sohn nebst ehelichen männlichen Erben, wie dato noch vor handen gewesen, mithin solche conditio prælegati existiret, haben beyderseits obgedachte Eltern der Prælegatarien solche 8000 fl. der Testamentlichen Disposition und obgemeldten darinn befindlichen §. 5. gemäß in 2. gleiche Theil jedem zu 4000 fl. vertheilet, und den Zins davon genossen, biß vor wenigen Jahren die 4. Prælegatarien benantlich die beyde Moserische Fräulen Töchter respective an Herrn Obrist-Wachtmeister von Brettholtz, und Herrn Hauptmann von Zigesar, dann die Löwenschildtl. Fräulen Töchter, an Herrn Obristen Baron von Wachtmeister, und Herrn von Boy in Schweden sich verheurathet, da dann diese 4. Töchtermänner im Namen ihrer Gemahlinnen solche 8000. fl. als ein ihnen eigenthumlich und unwiederrufflich gehöriges Prælegat sambt der Nutz-Niessung, Krafft der altvätterlichen Disposition in oballegirten 5. §. gesuchet, und benebenst die Restitution der d. Anno 1683. à tempore sc. cessantis vitalitii & pleno jure translati prælegati verfallenen und ihren Eltern bezahlten Zinsen von quæstionirten Prælegat, wie dato noch urgiret, immassen auch die Fräulen von Löwenschildt in Schweden Krafft eingelossener Schreiben ihren Herren Tochtermännern beydes cediret, hingegen Herr Obrist-Lieutenant Moser seinen beyden Herren Tochtermännern noch zur Zeit weder Capital noch Zins aus verschiedenen angeführten Ursachen nachzusehen und zu überlassen gedencket, sonderlich aber daß seine beyde Töchter anderer Ehe auch an solchem altvätterlichem Prælegat jure posthumorum participirten, und er præsumptâ voluntate paternâ die Zinsen zu gaudiren, ohne daß er sich mit dem einen Tochtermann Herrn von Ziegesar per pacta dotalia dahin verglichen, daß er Zeit Lebens nichts von ihm haben solle, wie solches und folgendes aus den Beylagen des Testaments und beyder Theil vor kurtzer Zeit respective eingeschickten Schrifftlichen Nothdurfft sub Lit. A. B. & C. mehrern Innhalts zu ersehen, und weilen über das bey mehrgedachtem §. 5. noch andere dubia sich hervor thun wollen, sonderlich aber, als wann bey der Final-Clausul, verbis: **da sich aber entweder folgender Zeiten der Fall zutragen solte** &c. cum seqq. usque ad fin. noch ein Fideicommiss vor die Löwenschildtl. Töchter wegen Heimfallung der 8000. fl. quæstionirten Prælegats sich befinde, dann das §. 23. Testamenti Moseriani alles was titulo Institutionis & Legati beyde obgedachte Kinder des Herrn Testatoris, und ihre eheliche Leibes-Erben ererbet und bekommen, mit Fideicommiss beschlagen, und über das §. 27. der Stadt Hall das Officium Executoris übertragen worden, krafft dessen sie bey solchen Fällen die Partheyen in Güte oder in deren Entstehung durch behörigen Ausspruch aus einander setzen sollen &c. Als hat man vor eine Nothdurfft ermessen, die Partheyen zu solchem End auf den 23. lauffenden Monaths Febr. anhero zu vertagen, deßwegen dann vorhero über folgende Quæstiones unpartheyl. Rechtliche Gedancken einzuhohlen, räthlich gehalten, wiewohl man des beschwerlichen Officii Executoris, weil man zugleich noch mit etlich 1000. fl. Moserisch Fideicommiss Capital als ein Debitor bey hiesigem Ærario verhafftet, lieber gar befreyet seyn, und deßwegen auch gern gute Vorschläge haben möchte, &c.

2 3 4 5 6 7 8 9

Und ist förderist die Frage:

10 1. **Ob alles, was in solchem Testa**ment sub titulo tam Institutionis quam Præ-& Legati **enthalten, nach Anweisung des 23. §. weil in erstgedachtem §. 23. nur** de Legato **Meldung beschiehet mit** Fideicommiss **beschlagen, mithin auch die §. 5. befindl.** 8000 fl. prælegat **ohngeachtet der mit** annectirten **Worten mit aller Nutzung, eigenthumlich und ohnwiderrufflich, darunter begriffen?**

2.) **Wie dann eigenthumlich der**

11 §phus 5tus zu verstehen, und ob solcher so wohl auf die tempore cessantis vitalitii bereits erzielte beyde Moserische Töchter erster Ehe, nehmlich die Frau von Brettholtz und Zigesar, als auch ihre beyde Schwestern, und nach der Hand erst erzielte Töchter anderer Ehe zu interpretiren, mithin beyderseits an der Helffte des quæstionirten Prælegats ad 4000 fl. ohngeachtet daß daselbst befindl. daß solches Prælegat den NB. erzielten Töchtern zu stehen solle ꝛc. zu participiren? Oder ob solche 4000 fl. den obigen beyden Töchtern erster Ehe als ein Prælegatum conditionale allein gehören?

12 3.) Ob nicht auch in der clausula finali dicti §i. 5ti. verbis: da sich aber entweder folgender Zeiten ꝛc. cum seqq. usque ad finem ein solches Fideicommiss enthalten, daß wann Herr Obrist Lieutenannt Moser über kurtz oder lang ohne eheliche Erben Männlichen Stamms mit Todt abgehen würde, die 8000 fl. prælegat auf die Löwenschild. Töchter allein fallen sollen?

13 4.) Ob quæstionirte 8000 fl. prælegat ex sæpius allegato §. 5to. Dispositionis Avitæ cessante vitalitio denen Neptibus prælegatariis dergestalten pleno jure & dominio als eigenthumlich ohnwiderrufflich und nutznießlich in Anno 1683. da die Frau Generalin gestorben, zu- und heim gefallen, daß ihnen als Pupillen der Zins von solcher Zeit an nutzlich anzulegen gewesen, und weil solcher biß dahero ihrer Eltern Vermeinen nach indebite bezahlt worden, denselben ersetzet werden müsse, ohngeachtet auch in medio §i. 5ti. stehet, daß jedem Stamm-Theil die Helffte NB. eigenthuml. zu gehören solle?

14 5.) Ob die Stadt wegen der Hrn. Obrist Lieut. als Usufructuario der Fideicommiss Gelder vor einigen Jahren zu sein und seiner Kinder als Fidei Commissarien, und proprietarien respective bekandten und von der Ritterschafft theils attestirten Nothdurfft, sonderlich wegen seinen Söhnen zugestossener schweren Kranckheit, Schaffung nöthiger Equipage zu Antrettung einiger Officier Chargen ꝛc. abgelößten Gelder von erstgedachten seinen Kindern und andern Fidei Commissariis mit Bestand Rechtens gefähret werden könne?

15 6.) Ob hiesige Stadt ratione solcher in Testamento übertragener und übernommener wiewohl nachgehends mittelst vorgenommener Theilung mehistens ins Werck gerichteten Executionis Testamentariæ auch dato noch dergestalten obligirt und verhafftet seye, daß selbige auch vorjetzo und ins künfftige ratione deren dißmahlen nicht vorzusehen seyenden verschiedener Fälle denen solcher gestalt reciprocè substituirten Fideicommissariis mit ein oder andern behörigen Caution und Assecuration zu providiren schuldig, auch wann es daran über alle angewandte Sorgfalt dannoch mittler Weil bey ein oder andern Interessenten sive activè sive passive manglen, und die Caution hiernechst etwa sine effectu erscheinen sollte, die Stadt derentwegen in subsidium mit Fug angefochten werden könne?

16 7. Was vor zulängliche Mittel zu ergreiffen, daß die Stadt dermahlen eins mit Manier von solchem beschwehrlichen Munere & onere Executoris Testamentarii kommen möchte?

17 Als nun uns Decano und andern Doctoribus der Juristen Facultät bey gemeiner Hoch-Fürstl. Würtembergischen Universität Tübingen, vorstehende Facti Species mit Beylagen A. B. C. Großg. zugesandt worden, um unser Rechtlich Gutachten über die deroselben angehengte Fragen zu eröffnen; So haben wir zu Beförderung der lieben Justiz und Bezeugung schuldigster Dienst-Willfährigkeit, nach unsern obhabenden Pflichten, mit gebührendem Fleiß so wohl Speciem Facti, als die Beylagen durchlesen, alles reifflich erwogen, und in gepflogener Collegialischen Consultation und des Rechtlichen Schlusses verglichen, so bey jeder Frage absonderlich hernach folget.

Und zwar so viel

Die erste Frage

concerniret:

Ob alles, was in solchem Testament sub titulo tam Institutionis, quam Præ- & Legati enthalten, nach Anweisung des §. 23. weil in erstgedachtem §. 23. nur de legato Meldung beschiehet, mit Fideicommiss beschlagen,

gen, mithin auch die §. 5. befindliche 8000. fl. Prælegat, ohngeachtet der mitangehengten Wort: Mit aller Nutzung eigenthumlich und ohnwiderrufflich darunter begriffen?

So können wir dieselbe anders nicht denn
18 mit Ja beantworten, massen sich selbige aus angezogenem §. 23. des von Herrn General Mosern seel. auffgerichteten Testaments dergestalt selbsten resolvirt, indem der seel. Hr. Testator darinn klar disponirt: Solte es sich dann, worvor GOTT in Gnaden seyn woll, zutragen, und begeben, daß meine liebe Frau Tochter entweder selbsten oder auch deren liebe Kinder **insgesambt ohne Hinterlassung ehelicher Leibs-Erben** von dieser Welt abgefordert werden solten, solchen falls will und verordne ich zum drey und zwantzigsten, daß **alles dasjenige**, so liebgedachte meine Frau Tochter, oder dero liebe Kinder, von mir, Titulo Institutionis vel legati, jedoch mit Ausschliessung der Legitimæ, als deren Disposition in allweg frey verbleibet, ererbt und bekommen haben, **wiederum zuruck völlig, und ohn Abziehung der** Trebellianicæ, auf meinen lieben Sohn und dessen eheliche Leibs-Erben **kommen und fallen solle**; Gleichwie hingegen auff den Fall, da mein lieber Sohn, oder dessen eheliche Kinder, ohne Hinterlassung ehelicher Leibs-Erben, sammenthafft mit Tod abgehen solten, **ich meine liebe Frau Tochter und deren Kinder denenselbigen** substituirt und untersetzt, die Detractionem Trebellianicæ zumahlen gleicher gestalt inhibirt und verbotten, und hingegen die legitimam allerdings frey und ohngekränckt gelassen haben will.

19 Aus welchen Worten sich gantz heiter und klar ergiebt, daß der Herr Testator **seiner Frau Tochter und deren Kindern**, in casum, si sine liberis decesserint, **seinen Sohn und dessen eheliche Leibs-Erben** & contra, **seinem Sohn, und dessen ehel. Kindern** in eundem casum, si sine liberis eos decedere contingeret **seine Frau Tochter u. deren Kinder** per Fideicommissum substituirt, und also ein universale, reale, perpetuum, mutuum seu reciprocum Fideicommissum in diesem §. 23. constituirt und verordnet.

20 Tametsi igitur substitutio reciproca aliàs regulariter fideicommissariam substitutionem sub se continere non credatur;

Nicol. Intriglioli *de substit. cent. 2. qu. 52. n. 10.* Ferdinand. Vasqu. *de Success. progress. lib. 2. §. 11. n. 9.* ubi de communi testatur. Didac. Spino à Carceres. *in spec. testam, tit. de recipr. substit. n. 8.* Alexand. Trentacinq. *de substit. p. 5. c. 10.*

21 Attamen aliud omninò dicendum, quando verba Testatoris, quibus ipse in ultimo suo elogio usus est, nullâ in iis occurrente ambiguitate, secundum propriam & nativam suam significationem eandem clare important, aut per necessariam consequentiam illam inducunt, ex justis conjecturis, quæ nos de voluntate ipsius, quod in casum, si heres institutus suam hereditatem agnoverit seu adierit, ei fideicommissarie substituere voluerit, dubitare non sinunt, per tradita

ipsius Intriglioli *d. cent. 2. qu. 70. n. 32.* Constant. Rogerii. *de reciproc. substit. qu. 4. n. 7.* Jacob Menochii *lib. 4. præs. 60. n. 84.* Marc. Ant. Peregrin. *de fideicommiss. art. 13. n. 4. seqq.* Joh. Dilect. *de art. testand. tit. 5. caut. 7. num. 2.*

Verba autem, quibus hoc nostro in ca- 22
su Dn. Testator usus, & liberos suos nepotesque & neptes, ac descendentes ulteriores heredes & Fideicommissarios institutos & designatos, in casum, si sine liberis decesserint, sibi invicem, mutuo & reciproce substituit, adeo sunt clara & juxta propriam, nativamque suam significationem manifesto indicant, voluisse eum omnino ipsos sibi Fideicommissarie & in casum jam agnitæ & aditæ hereditatis paternæ & avitæ substituere, ut nullum penes nos dubium existat, hic utique substitutionem reciprocam ex clara & aperta Testatoris mente & voluntate Fideicommissariam continere, talem enim indubie inferunt & important illa verba: **Was meine Tochter oder dero Kinder von mir** titulo Institutionis vel legati **ererbt und bekommen, soll** (in casu deficientium liberorum) **wiederum zuruck völlig ohn Abziehung der** Trebellianicæ **auf meinen Sohn und dessen eheliche Leibs-Erben kommen und fallen, und hingegen** substituire **meinem Sohn und dessen ehelichen Kindern** (in istum casum deficientium nim. liberorum) **meine Tochter und deren Kinder, und** inhibire **gleicher gestalt** detractionem Trebellianicæ &c. Hujus enim detractio frustra prohiberetur, 23
nisi præsupponeretur hereditas adita, detrahitur namque illa alias nisi sit prohibita, de sponte adita hereditate alteri restituenda.

l. 4. l. 6. l. 27. ff. ad SCt. Trebell. ibi Brunneman.

Per ea quæ in simili ex hisce verbis: 24
Bona mea ab uno ad alterum vadant. colligit

Menoch. *lib. 4. præs. 59. n. 18.* Intriglius *de substit. cent. 2. q. 50. n. 16.* Hunn. *Encyclop. Jur. Univers. p. 4. tit. 20. princ. n. 9.* add. Brunnemann. *ad l. 12.* ibi: Liberos sibi mutuo per Fideicommissum substituit, **daß es von einem Kind auf das andere falle.** *Cod. de inoff.*

inoff. testam. Joh. Sichardus *ad l. 1. n. 1.* ibi: Deinde fecit substitutionem reciprocam his verbis: & vos invicem substituo: quasi diceret: Quicunque ex vobis moritur sive in pupillari ætate, sive post, tum bona ejus proveniant ad superstites; quod nos dicimus, und soll je einer den andern erben, oder von einem auf den andern fallen. *C. de impub. & aliis substit.* Sanden *lib. 4. dec. Frisic. tit. 5. def. 1.* ubi ait ex recepta Dd. doctrina, quando testator vult, ut bona sua transeant, perveniant vel devolvantur ab uno in alterum, conjecturam capi, quod voluerit constituere fideicommissum, quia bona non possint transire, devolvi & pervenire de uno in alium, nisi mediante restitutione, restitutio autem præsupponat adeptionem &c.

25 Mit welchen von dem seel. Testatore hier geordneten mutuo & reciproco Fideicommisso Krafft allegirten §. 23. alles dasjenige afficirt und beschlagen ist, was so wohl seine Frau Tochter und Herr Sohn, als deren eheliche Kinder, tam titulo Legati, quam institutionis, von dem Herrn Testatore ererbt und bekommen, ausser ihrem Pflicht-Theil, so ihnen frey ohn alle Beschwerde bleiben sollen; Muß demnach nothwendig unter solchem Fideicommiss auch begrieffen seyn, das Prælegat des Capitals der 8000 fl. so der Herr Testator seel. in §. 5. seiner Frau Gemahlin Wiedthums-Weiß zu nutzen und zu geniessen vermacht gehabt, so lang sie im Wittibs-Stand verbleiben würde, wann sie aber diese Welt gesegnen, oder zur andern Ehe schreiten sollte, seinen lieben Enckelin mit aller Nutzung eigenthumlich und unwiderrufflich, ut verba habent, verschafft, dergestalten, daß zwar zur Zeit begebenden Todts Falls oder anderwärtiger Verheyrathung seiner Gemahlin, wann so dann sein Sohn entweders noch im Leben oder aber mit Hinterlassung Männlicher Leibs-Erben verstorben seyn würde, das Capital der 8000 fl. zwischen erstgedachten seines Sohns und seiner Fr Tochter beederseits ehelich erzielten Töchtern, seinen lieben Enckelin, in Stirpes getheilet werden, und jeglichem Stamm-Theil die Helffte desselbigen eigenthumlich zustehen und gebühren sollte.

26 Universalis enim signi, in §. 23. Testamenti occurrentis, natura est, universa & omnia, legati vel institutionis titulo relicta liberis & nepotibus ac neptibus, includere, & sub ordinato Fideicommisso comprehendere, legitima saltem excepta, qui enim dicit Omne, nihil excludit, sed cuncta comprehendit.

l. 68. de legat. 3. l. 13. C. mand. l. 3. C. sine cens. & reliq. fund. compar. non poss. c. 6. de major. & obed. c. 2. de observ. jejun. Cravetta *Cons. 294. n. 1.* Dec. *in l. omnia. C. si cert. pet.*

Dictio siquidem Omne tanti existimatur, 27
ut tollat alioqui etiam id, quod a Jure erat dispositum

Natta *Cons. 120. n. 20.*

& complectatur, quæ alias non include- 28
derentur, etiamsi ea essent impropriissima.

Mandell. *Cons. 11. n. 4. Cons. 322. n. 32.*
Cravetta *Cons. 219. n. 5. 6.*

Non potest non ergo generalis & univer- 29
salis Testatoris dispositio, omnia Legati ac Institutionis titulo liberis ejus ac nepotibus & neptibus relicta sub fideicommissum revocans, etiam Legatum istud 8000 fl. neptibus relictum includere cum ea tantum operetur quoad omnia comprehensa sub genere, quantum operari possent singulæ specierum enumerationes.

l. 51. de administr. tut. l. 79. pr. de legat. 3. l. 3. C. de præscript. 30. vel. 40. ann.
Bursat. *vol. 4. Cons. 364. n. 14.*

Und das 2.) um so mehr, weil der Herr Te- 30
stator einig und allein seiner Kinder Pflicht-Theil excipiret, daß derselbe ihnen, nach Maßgab der Rechten

in l. 30. l. 32. l. 36. §. 1. Auth. novissime C. de inoff. testam. vi quarum LL. Legitima Liberis ab omni onere ex testatoris dispositione veniente (notanter ita dicimus, nam quod attinet ad ea onera, quæ ex ipso jure hereditariæ portionis emergunt, ea etiam ad portionem legitimam pertinent, quando titulo institutionis obtinetur) libera relinquenda est, adeo, ut si conditio dilatio, modus, servitus, fideicommissum & simile quod additum sit illud detrahatur & pro non adjecto habeatur. Carpzov. *p. 3. c. 12. d. 7.* Vinn. *lib. 1. qu. select. cap. 22.* Regner. Sixtin. *vol. 3. Cons. Marpurg. 11. n. 29.*

frey und ohnbeschwert bleiben, auch mit dem 31
Fideicommiss nicht afficirt seyn solle, woraus also sein ernster Will desto mehro abzunehmen, daß er durch die alleinige Ausschliessung der Legitimæ alles übrige, was titulo Institutionis vel Legati sein Herr Sohn und Fr. Tochter, auch deren eheliche Kinder, von ihm ererbt und bekommen, mithin auch das in Articulo vel §. 5. seinem Enckelin verschaffte Prælegat des Capitals der 8000 fl. unter dem in §. 23. geordneten Fideicommiss habe comprehendiren wollen.

Exceptio enim firmat regulam in non 32
exceptis

l. 12. §. 43. de fund. instruct. l. 4. §. 5. de pen. legat. Mynsing. *dec. 5. Resp. 1. n. 18.* Surd. *Cons. 230. n. 17.* ubi excludens unum, reliqua omnia includere intelligitur.

Et

33 Et nominatim quædam eximens, videtur cætera omnia comprehendere
Jason *vol. 1. Cons. 161. vers. quinto.* ubi infert, quod dum Marchio Montisferrati solum sibi reservaverit & exceperit altum dominium, alia omnia jura Castri transierint in cessionarium.

34 Hinc Cicero *in Orat. pro Balbo*, si exceptio, inquit, facit, ut liceat, ibi necesse est licere, ubi non est exceptio. Ratio regulæ est, quod qui quædam eximit de cæteris accuratius cogitasse, & ea sub regula comprehendere voluisse videatur
d. l. 4. §. ult. de pen. leg. l. 12. de judic.
Hartm. Pistor. *2. q. 27. n. 7.*

35 Und obgleich 3.) in angezogenem §. 23. nur de legato Meldung beschiehet, und daßjenige, was titulo Institutionis vel legati auf des Herrn Testatoris Sohn oder Tochter, und deren Kinder gekommen, mit dem Fideicommiss befangen und afficirt worden, ein prælegatum aber unterschieden ist von einem Legato
36 quia legatum relinquitur illi, qui non est institutus heres in testamento, sed prælegatum non capitur nisi ab eo, qui heres est institutus vel in totum, vel in partem, habetque peculiarem suam formam in hoc consistentem, quod illud uni ex heredibus ita sit assignatum, ut ipse ante divisionem hereditatis, quæ fit cum coherede, officio judicis in familiæ erciscundæ judicio idipsum obtineat.
l. 17. §. fin. de legat. 1. l. 42. ff. fam. ercisc. l. 7. C. eod.

37 & partim jure hereditario, nim. eam partem, quæ ejus est vi institutionis, partim legati jure scil. eam partem, quæ alias pertinuisset ad coheredes, capiat. Est enim hoc jus prælegati, ut pars illa, quam prælegatarius à coheredibus consequitur, possideatur pro legato, hæc, quam accipere deberet à seipso, pro herede, adeoque integrum prælegatum diverso jure, partim nempe legati, partim hereditario jure obtineatur.
l. 91. ff. ad Leg. Falcid. l. 104. §. 3. 4. ff. de legat. 1. l. 1. §. 6. ff. quod legat. Struv. *Ex. 35. th. 5. in fin.* Aug. Beroj. *vol. 2. cons. 36. n. 12. & vol. 3. cons. 57. n. 62.*

38 Deßwegen man erachten möchte, ob wäre das in §. 23. geordnete Fideicommiss, womit die Legata befangen, nicht auf das den Encklin des Testatoris in §. 5. vermachte Prælegat des Capitals der 8000. fl. zu ziehen; So ist doch auch ein Prælegatum wahrhafftig ein Legatum, und wird sowohl In Jure nostro, als communi loquendi usu, ein Legatum genennet, venitque passim Legati nomine, ita e. g. verbo legati exprimitur & intelligitur Prælegatum in
l. 17. §. 2. ff. de legat. 1. cum dicit ibidem JCtus: *Si uni ex heredibus fuerit Legatum, hoc ei deberi officio judicis familiæ erciscundæ manifestum est. Sed & si abstinuerit se hereditate, consequi eum hoc Legatum posse constat.* ac *l. seq. 18.* subjicitur: Et quidem totum *Legatum petere potest, quamvis à semetipso inutiliter ei legatum fuisset.*

39 Ipseque Imperator Justinianus *in §. 2. Inst. de legat.* dicit, olim quatuor legatorum genera fuisse, nim. Legatum per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, & per præceptionem, quod est ipsum prælegatum, atque hæc Legatorum genera non tantum verborum formulis cujusque generis propriis, sed & natura quoque ac jure distincta fuisse, se vero illa quatuor genera legatorum jure novo ad unum redegisse, ut omnia legata ejusdem sint Juris, omnium una sit natura, una omnium vis & idem effectus, provocans ad constitutionem suam, in qua omnes ipsius juris ac naturæ differentias, quæ inter illa legatorum genera olim erant, sustulerit, & iis eandem naturam & vim jam tribuerit, nempe ad
l. 1. C. commun. de legat.

40 Comprehendit ergo Imperator Prælegatum, quod aliàs nomine Legati per præceptionem, vel simpliciter Præceptionis appellatione venit,
l. 3. §. 4. l. 78. ff. ad SCt. Trebell. l. 75. §. 1. l. 76. ff. de legat. 2.

41 etiam sub Legato, & illud eundem effectum habere voluit, quem quodlibet aliud Legatum habet. Quemadmodum igitur in Legato alio quoad proximum & immediatum effectum curate dispici solet, an res legata sit pure, an sub conditione, & si illud, an speciatim res, an factum, si res, an præsens, an futura, si præsens, an genus & quantitas, an certa species, & si hoc, an res aliena, an propria, propria an corporalis, an incorporalis, si incorporalis, an servitus, an nomen, & quæ sunt plura alia circa proximum effectum cujuslibet aliûs legati considerari solita, ita hæc talia geminaque circa prælegati effectum quoque omninò dispicienda erunt. Effectus mediatus & ortus, in re-
42 mediis ad consequendum prælegatum prælegatario jure constitutis consistens, ei itidem cum quovis alio legato communis est, competunt enim Prælegatario eadem remedia, quæ cuivis alii legatario, pro consequendo prælegato, nempe pro illa parte, quam jure legati habet, & à coheredibus petere necesse habet,
l. 1. §. 6. ff. quod legat. §. 2. Inst. de legat. l. 2. C. comm. de legat.

43 respectu vero illius partis, quam à seipso accipere debet si illa forte ab aliis sit occupata, pro illa obtinenda non actionibus simplici legatario competentibus sed vel petitione

titione hereditatis, si ipsi cum possidentibus hereditatem vel rem hereditariam pro herede vel possessore negotium intercedit,

l. 9. l. 10. ff. l. 7. C. de hered. petit.

vel actione familiæ erciscundæ, si inter coheredes res vertitur

l. 1. pr. §. 1. l. 36. l. 49. ff. fam. ercisc.

agi debet

l. 17. §. ult. ff. de legat. 1. Mev. *p. 1. dec. 9. num. 10. 11.* vid. Dn. Hammer. *in pecul. Diss. de Legato præcept. th. 31.*

44 Weil also, non minus communi loquendi usu, quàm Jure nostro, das Prælegatum sonsten unter dem Legato begriffen ist, finden wir gar keine Ursach, warum nicht auch hier dieses den Enckelin in §. 5. Testamenti verschafftes Prælegat des Capitals der 8000. fl. sowohl als andere Præ- und Legaten, so der Herr Testator seinem Herrn Sohn und Frau Tochter, oder deren Kindern, vermacht, unter dem Fideicommiss, damit er in genere & in universum alles dasjenige, was seine Frau Tochter und Herr Sohn, oder deren beeden eheliche Kinder quocunque titulo, institutionis nim. vel legati, von ihm ererbt und bekommen, solâ legitimâ exceptâ, beschlagen und afficirt, begriffen zu seyn erachtet werden solte, weil sie selbiges ja aus keinem andern titulo, als den der Herr Testator in §. 23. exprimirt, bekommen.

45 Zumahlen da 4.) die Rechts-Lehrer, ob sie gleich sonst in der Quæstion: An heres cui prælegatum relictum, si universali fideicommisso gravatus sit, existente fideicommissi conditione, ejusve die adveniente, simul etiam prælegatum sibi relictum fideicommissario restituere obstrictus sit? über die massen uneins seyn, und gar variè sentiren,

ita ut dicat Casp. Anton. Tessaur. *lib. 1. quæst. for. 17.* etiam quæstionem istam adeò perplexam & difficilem ac tam variè lateque à Dd. pertractatam, ut super ejus materia integer tractatus effici posset. Variantes Dd. sententias ipse *d. qu. 17.* refert, ut & Dn. Collega D. Harpprecht *in Consilio nomine Facultatis nostræ conscripto, tractatui de Jure deducendi duas Quartas subjecto. qu. 5. num. 283. seqq.* quas hic repetere supersedemus, cum ibi & apud allegatos ibidem Authores imprimis Vincent. Fusar. *de Substit. Fideicommiss. qu. 650.* Menoch. *lib. 4. præs. 194.* Mantic. *de conject. ult. volunt. lib. 7. tit. 7.* Fachin. *lib. 5. controv. c. 16.* Peregrin. *de fideicommiss. art. 7.* Gomez. *lib. 1. var. resol. Cap. 5. num. 18.* Surd. *dec. 269.* Faber *Cod. Sabaud. l. 6. tit. 27. d. 28.* Gail. 2. *O. 135.* ibique Græven. videri possit.

Doch alle darinn übereinkommen, und in dem Stück fast unanimiter consentiren, daß wann der Testator generaliter dem Erben, den er mit einem Prælegat honoriret, aber zugleich auch mit einem Fideicommisso univ. graviret, befohlen, alles was er von ihm bekommen, falls er ohne Kinder absterben solte, der von ihm ernandten Person zu restituiren, oder auf dieselbe kommen zu lassen, er in allwege schuldig sey auch das Prælegatum, deducta quarta, zu restituiren 46

per tx. l. 16. C. de Fideicommiss. ubi Imperat. Justin. rescribit: *Cum virum Prudentissimum Papinianum respondisse non ignoremus etiam Legata hujusmodi fideicommisso contineri, ubi heres rogatus fuerit: Quicquid ex hereditate ad eum pervenerit post mortem restituere, animadvertimus etiam Præceptionis compendium testatoris verbis comprehensum esse &c. l. 77. §. 12. de leg. 2. l. 78. §. 13. ff. ad SCt. Trebell.* ubi heres, idemque prælegatarius quicquid ad eum ex hereditate, bonisve testatoris perveniisset, deducto pro ea parte ære alieno, & legatis, & sibi 20. aureis, Titio restituere jussus, ideo à restitutione præceptionis liberatur & absolvitur, quia ipse testator & legata excipi voluit. Unde colligitur utique, quod heres idemque prælegatarius, quicquid ad eum tam institutionis, quam legati titulo à testatore pervenit, restituere jussus, omnino simul etiam prælegatum restituere cogatur. *l. 18. §. 1. ff. de aur. & argent. legat.* Tessaur. *d. qu. 17. num. 17.* Menoch. *l. 4. præs. 194. num. 19.* Dn. Hammer *d. Diss. de Legat. præcept. th. 35.*

Und kan 5.) kein widriges hierfalls geschlossen werden aus denen von dem Testatore gebrauchten Worten, da er meldet, daß auf den Tod oder anderwärtige Verheurathung seiner Frau Gemahlin seine liebe Enckelin solches Capital der 8000. fl. mit aller Nutzung eigenthumlich und unwiderrufflich haben sollen, denn das Wort Eigenthumlich importirt nichts widriges, 47

cum etiam Fideicommissi possessor in re Fideicommisso obnoxia & fideicommissariæ restitutioni subjecta, si illa dominii capax sit, dominium acquisivisse & interim habere rectè dicatur, ut ostendit pluribus 48

Knipschild *de fideicommiss. fam. Nobil. c. 10. n. 10. seqq.*

Was aber das Wort: **Unwiderrufflich**, anbelangt, so können wir zwar nicht diviniren, wohin der Testator eigentlich damit gesehen haben möchte, allein ist bekandt, daß wann er gleich auff sich selbst damit gesehen hätte, dennoch durch dergleichen Clausul ihm 49

durch-

durchaus die Freyheit nicht benommen worden, solch Prælegat hernach nichts destoweniger mit dem Fideicommiss zu belegen und zu beschwehren.

arg. l. 22. de legat. 3. ibi: *nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut à priore ei recedere non liceat. l. 12. §. ult. ff. de legat. 1.*

Die andere Frage ist:

50 Wie dann eigentlich der §. 5. zu verstehen, und ob solcher sowohl auf die tempore cessantis vitalitii bereits erzielte beede Moserische Töchter erster Ehe, nemlich die Frau von Brettholtz und Zigesar, als auch ihre beede Schwestern, und nach der Hand erst erzielte Töchter anderer Ehe zu interpretiren, mithin beederseits an der Helffte des quæstionirten Prælegats ad 4000. fl. ohngeachtet, daß daselbst befindlich, daß solches Prælegat denen erzielten Töchtern zustehen solle, zu participiren? oder ob solche 4000. fl. den obigen beeden Töchtern erster Ehe als ein Prælegatum conditionale allein gehöre?

Da es zwar Anfangs das Ansehen haben möchte, daß solches von Herrn General Mosern seines Sohns Töchtern, als seinen lieben Enckelin, in §. 5. verschaffte Prælegat der 4000. fl. so die Helffte von dem Capital der 8000. fl. nicht nur den beeden Moserischen Töchtern erster Ehe, Frau von Brettholtz, und Frau von Zigesar allein zuständig sey, sondern darum auch mit zu participiren die ex secundo matrimonio gezeugte beede Moserische Töchter, und dieses der Ursach

51 Erstlich, weil der Herr Testator selbiges nicht nominatim des Sohns Töchtern erster Ehe, sondern schlechthin verbis collectivis seines Sohns Töchtern, sein Testatoris lieben Encklin, unter welcher Appellation so wohl die Töchter anderer, als erster Ehe kommen, vermacht, scheinen deßwegen sowohl diese als jene zu solchem Prælegat zu admittiren zu seyn.

Prout in simili, ad Legatum relictum filiabus Titii pro earum dotibus, etiam filias post Instrumentum & mortem testatoris natas admittendas esse consuluit

Carol. Ruinus *vol. 2. Cons. 30. n. 5.*

52 quia Legatum istud in dubio censetur contemplatione Patris relictum, nempe ut Pater liberetur ab onere dotandi, & sic extenditur quoque ad filias nascituras, ceu quas non minus ac tempore conditi testamenti aut mortis testatoris jam natas Pater dotare cogitur, a quo onere eum testator liberare voluit, proinde non solum de natis, sed etiam de nascituris sensisse intelligitur, quia ratio quæ movit testatorem ad providendum patri, durat itidem respectu nasciturarum filiarum. Quod Ruini responsum probat

Marc. Ant. Peregrin. *de fideicomm. art. 22. n. 19.* Vincent. Fusar. *de substit. fideicommiss. qu. 318. n. 23.*

Und zwar scheinen 2.) die Töchter anderer 53
Ehe so wohl, als die Töchter erster Ehe, um so mehr an dem von ihrem Herrn Groß-Vatter seinen Enckelin verschafften Prælegat Theil zu haben, als, wann man auf den præsumptam voluntatem Testatoris sehen will, der sich in dilectione & affectione ejus gründet, und in interpretandis ultimis elogiis ein grosses moment hat,

Videmus siquidem in tractatibus ultimarum voluntatum Doctoribus nostris affectionem testatoris & favorem dilecti utramque facere paginam, quorum e numero

Socinus Senior *vol. 1. Cons. 13. n. 21.*

dixit præpotentem inde & omnibus aliis præferendam sumi conjecturam, quin & verbis ipsis eam præponderare, dummodo possint illa probabilem dubitationem recipere; Et idem

vol. 4. Cons. 26. n. 4.

ait, quod etsi pluribus argumentis colligi possit, quod testator voluerit, attamen id potissimum ex affectione deducatur

add. Angel. *Cons. 28.* Socin. jun. *vol. 1. Cons. 136. n. 7. 8. & 62.* Cravetta *Cons. 62. n. 8.*

man nicht wohl anders schliessen kan, denn daß 54
der seel. Herr Testator so wohl die Moserische Töchter aus anderer, als erster Ehe erzeuget gemeinet, und das Prælegat so wohl denen aus anderer, als erster Ehe erzeugten Enckelin zugedacht und verschaffet habe, um willen jene ihm ja so nahe von Geblüth verwandt, und so wohl seine Enckelin von dem Sohn, als diese, deßwegen ihm jene sonder Zweiffel eben so lieb als diese, daher die rechtliche Vermuthung fließt, daß er nicht minder jene als diese mit dem Prælegato quæstionis honorirt und bedacht,

Æqualiter enim conjuncti æqualiter cen- 55
sentur esse dilecti, etsi diversi, nedum si ejusdem sexus existant,

l. 4. C. de liber. præterit. & exhered. ibi Dd. *§. 1. §. cæterum. Inst. de legit. agnat. succeff.*

æque dilectis autem æqualiter quoque providere testator voluisse censendus, præsertim si ille ex Ascendentibus est, hos enim Lex ipsa hortatur, ut inter liberos, quorum nomine etiam veniunt nepotes & neptes, æqualitatem servent.

Nov. 22. cap. 48.

quare id etiam facere voluisse præsumi debent

arg. l. 77. §. 8. §. 25. ff. de leg 1t. 2. l. 57. §. peto. 2. ff. ad SCt. Trebell.

eamque præsumptionem favorabilem esse, & omnes alias præsumptiones superare docuit

Alciat. *lib. 9. Cons. 33. n. 19.*

56 So scheinet 3.) denselben auch daran nicht hinderlich zu seyn, daß sie zur Zeit des auffgerichteten Testaments noch nicht, sondern erst lang hernach, ja ererst viel Jahr nach dem Tod des Testatoris gebohren worden seyn,

quia liberi nascituri, quoties de ipsorum commodo agitur, pro jam natis habentur

l. 26. ff. de stat. homin.

& postmodum nati successionis jura ex omni capite, tam Unde liberi, quam Unde agnati & Unde cognati consequuntur

l. 6. l. 7. ff. de suis & legit. l. 6. §. 1. de injust. rupt. irrit. testam.

Itemque in Conditione: si sine liberis, etiam posthumus gravati continetur.

l. jubemus. 6. §. pen. C. ad SCt. Trebell.

Et posthumi institutio trahitur ad omnes non solum post testamentum in vita testatoris, sed etiam post mortem ejusdem, ex alia quoque uxore, quam habuit testamenti tempore, natos posthumos.

l. 4. ff. de liber. & posthum.

Ac tutela filiis constituta comprehendit etiam posthumos.

l. 5. ff. de testam. tut.

Dessen jedoch ohnerachtet halten wir, salvo cujusvis aliter sentientis judicio, beständig davor, daß gedachtes Prælegat hierfalls allein den Moserischen Töchtern aus erster Ehe gebohren, zuständig sey, und die hernach aus anderer Ehe erzeugte Töchter daran nicht participiren, noch Theil haben können. In reiffer Erwegung,

57 daß diese 8000 fl. wie bey vorgehender Quæstion bereits angezeigt, von dem Wohl-Seel. Hrn. General Mosern seiner Frau Gemahlin vermacht gewesen, in rechter Widduhms-Weise zu nutzen und zu geniessen, **so lang sie im Wittib-Stande verbleiben und leben würde**, wann sie aber von **GOtt aus dieser Zeitlichkeit abgefordert** werden, **oder sich anderwerts wieder verheurathen** würde, so **sollte die Widdums-Niessung alsbald auffhören**, und solches Capital auf seine liebe Enckelin mit aller Nutzung eigenthumlich und unwiderrufflich kommen, also und dergestalten, daß zwar zur Zeit des begebenden Todtfalls oder anderwärtiger Verheyrathung seiner Fr. Ehegemahlin, wann so dann sein Herr Sohn, Hr. Obrist Lieutenant Moser entweder noch im Leben, oder aber mit Hinterlassung Männlicher Leibs Erben verstorben seyn würde, (deren das erste sich ergeben) das Cap. der 8000 fl. zwischen itztgedachten seines Herrn Sohns und seiner Fr. Tochter, Frau Barbará Sybillá von Löwenschildt beederseits ehelich erzielten Töchtern seinen lieben Enckelin in stirpes getheilet werden, und jeglichem Stamm-Theil die Helffte desselbigen eigenthumlichen zustehen und gebühren sollte, demenach erstermeldten Enckelin des Wohl-Seel. Herrn Generals diß Capital in diem vel contractarum a Vidua sua secundarum nuptiarum, vel mortis ejus, sicque in diem incertum respective an & quando, aut quando saltem, in tertii personam collatum, qui conditionem facit

l. 75. de condit. & demonstr. l. 3. l. 4. pr. quando dies legat. l. 40. §. 2. de condit. & demonstr. Struv. *Ex. 35. th. 100.*

prælegiret worden, der dies mortis der Fr. 58 Generalin nun ist Anno 1683. herbeykommen, und sie von GOtt, nachdem sie von Anno 1671, da ihr Ehe-Herr seel. gestorben, im Wittibstand gelebet, durch ein seeliges Ende aus dieser Zeitlichkeit abgefordert worden, da also der dies des den Enckelin verschafften Prælegati cedirt, mithin das gestifftete Prælegat den damahls Hrn. Obrist-Lieutenant Mosern aus erster Ehe erzielten, und gebohren gewesenen Töchtern verfallen, und ihnen die Helffte der 8000 fl. dergestalten angefallen, daß die hernach aus der andern Ehe von ihm erzeugte Töchter daran kein Recht mehr erlangen können.

Quando enim Legatum vel fideicommis- 59
sum verbis collectivis filiis, liberis, nepotibus aut neptibus, agnatis, cognatis suis a testatore in diem vel sub conditione relictum est, nati post testatoris mortem filii, liberi, nepotes aut neptes, agnati, cognati sunt quidem admittendi, si modo nati aut ad minimum concepti fuerint tempore purificatæ conditionis, aut advenientis diei. Sufficit enim eos natos esse vel tempore testamenti, vel tempore mortis testatoris, vel tempore evenientis seu existentis conditionis Legati vel fideicommissi, quia tempore existentis vel evenientis conditionis cedit dies relicti

l. 5. l. 21. ff. quand. dies legat. vel fideicomm.

cedit ergo ille, & legatum vel fideicommis- 60
sum deberi incipit tum natis & existentibus filiis, liberis, nepotibus aut neptibus, agnatis, cognatis, vel saltem tum conceptis, & in utero adhuc existentibus, postea autem natis, hi enim hactenus pro jam natis habendi ad sui commodum.

l. 26. de stat. homin. Menoch. *Cons. 106. n. 29. & Cons. 281. n. 17.*

Concepti vero & nati post eventum con- 61
ditionis, etsi cum natis tempore existentis conditionis in gradu pares sint, cum iis tamen

men non concurrunt, imo licet nati post eventum conditionis quoque proximiores essent, non tamen bona a remotioribus jam admissis auferrent. In relictis enim in diem vel sub conditione capacitas vel qualitas in honorato a testatore considerata aut requisita adesse debet tempore evenientis diei vel conditionis.

l. 52. l. 77. §. 4. de legat. 2. l. 19. ff. de reb. dub. l. 104. de condit. & demonstr. faciunt eo txx. *in l. 51. §. ult. de legat. 2. l. 17. §. 6. ff. ad SCt. Trebell. l. 68. de legat. 1. l. 24. §. 3. ff. de fideicomm. libert. l. 59. de condit. & demonstr.*

62 Sicut itaque in relicto conditionali ad hoc ut honoratus admittatur requiritur, ut existat tempore evenientis conditionis, quo cedit dies legati vel Fideicommissi, & tunc, mortuo legatario vel fideicommissario, caducum fit, & remanet legatum vel fideicommissum relictum:

l. un. §. 2. 4. C. de caduc. tollend. Gloss. *in l. 1. C. de his qui ant. apert. tabul. &* ibi Dd. Fusar. *de fideicomm. substit. qu. 565.*

63 Ita pariter non erit admittendus, qui tempore evenientis conditionis non est natus nec conceptus, uti post alios recte sic arguit.
Socin. Sen. *in d. l. 19. de reb. dub.*

64 Nam legatum & fideicommissum purum atque purificatum per eventum conditionis æquiparantur

l. ult. §. 1. ff. de vulg. & pupill. substit. ibi Jason. *in not. 2.* Menoch. *Cons. 830. n. 4.*

65 Ast ad Legatum vel fideicommissum purum illi solum admittuntur, qui extant tempore mortis testatoris, quo illius legati vel fideicommissi dies cedit, & postea concepti & nati excluduntur

per l. 19. ff. de reb. dub. l. 15. §. fin. l. 17. pr. ff. de legat. 1. ubi relictum filiabus testatoris ad jam natas, non autem ad posthumas refertur, nisi ex indiciis appareat, testatorem de iis etiam sensisse, forte quod in aliqua parte testamenti earum mentionem fecerit. *l. 32. l. 6. de leg.*

66 & illa ex ratione, quod causa testati reguletur a causa intestati

Glossa *in l. 32. §. 6. ff. de legat. 2.* ibi Dd. Menoch. *Cons. 404. n. 8.* Peregrin. *Cons. 64. n. 5.* Fusar. *q. 481.*

67 Qui vero ab intestato tanquam agnatus vel cognatus vult succedere, debet esse talis tempore mortis ejus, de cujus successione agitur.

l. 6. pr. vers. sed hæc ita. ff. de injust. rupt. irr. testam. ubi JCtus Ulp. inquit: *Sed hæc ita, si mortis avi tempore in utero nepos fuit, cæterum si postea conceptus est, Marcellus scribit, neque ut suum, neque ut nepotem, aut cognatum ad hereditatem vel bonorum possessionem posse admitti. l. 47. §. pen. de bon. libert. l. 1. §. 8. ff. und. cognat.* Vinc. Fusar. *de fideicomm. substit. q. 318. n. 1. 2. seqq.* cum ibi allegatis

68 Ergo pariter ad legatum vel fideicommissum per eventum conditionis purificatum solum admitti debent ii, qui extant tempore purificatæ conditionis, uti post

Alban. *Cons. 106. n. 4.* concludit. Menoch. *Cons. 566. n. 50.*

69 Qui vero post tempus purificatæ conditionis concepti & nati sunt, ad illud admitti jure desiderare nequeunt, tanto minus quidem ex subsequentibus rationibus, 1.) quia quando qualitas requiritur ad effectum dispositionis alicujus, illa adesse debet tempore, quo dispositio ad effectum producitur
Alciat. *lib. 9. Cons. 101. n. 10.*

70 Ergo qualitas filiationis, agnationis vel cognationis ad successionem aut perceptionem legati vel fideicommissi relicti requisita adesse debebit tempore delatæ successionis, cessionis diei relicti legati vel fideicommissi.
71 2.) dispositio debet considerari secundum tempus, in quod confertur
l. 51. de usufr.

72 At Legatum vel fideicommissum in diem incertum vel sub conditione relictum collatum est in tempus evenientis diei vel conditionis existentis & purificatæ, Ergo illud tempus attendendum, & qui illo tempore extant, idipsum obtinebunt, nec qui post tempus purificatæ conditionis concepti & nati admittendi erunt, quia 3) in conditio-
73 nibus semper spectatur initium primæ existentiæ, nullo habito respectu ad id, quod ex postfacto contingit, aut evenit.
Bald. *ad l. precibus. C. de impub. & al. substit.*

74 cum sufficiat, quod implementum conditionis semel existat tempore delatæ successionis, vel delati cum effectu & agniti Legati vel fideicommissi, licet postea non duret.
l. 6. C. de Instit. & substit. ibi Jason & alii Dd.

75 Si igitur tempore purificatæ conditionis aliqui filii vel agnati aut cognati existant, in iis purificata censetur conditio, nec quod postea evenit, ut nempe plures nascantur, curandum
Menoch. *Cons. 566. n. 14.*

76 4.) Unius simplicis legati aut fideicommissi dies non potest diversis vicibus & temporibus cedere, sed semel tantum cedit.

Bartol. *in l. cum illud aut illud. 25. ff. quando dies legat.*

77 Si autem ad legatum vel fideicommissum liberis, nepotibus, cognatis, &c. conjunctim verbis collectivis sub conditione relictum, cum ante conditionis existentiam natis, & post eventum ejus nascituri admitterentur, vel admittendi essent, non semel tantum, sed pluries legati illius aut fideicommissi diem cedere oporteret, quod in simplici legato aut fideicommisso Juris analogiæ repugnat.

Menoch. *Cons. 830. n. 39. seq.*

78 5.) Dominium rerum non debet in suspenso & ambulatorium esse, nisi aliud testator voluerit

l. 26. C. de legat.

79 Si verò concepti & nati post eventum conditionis possent concurrere cum natis tempore purificatæ conditionis, dominium stetisset in suspenso à tempore purificatæ conditionis usque ad nativitatem postea natorum, nam nati tempore eventus conditionis non habuissent dominium partis spectantis ad postea natos, quod, ubi de voluntate testatoris haud constat, non admittendum

Menoch. *Cons. 566. n. 13.*

80 6.) Jus alicui quæsitum non debet ipsi auferri sine suo facto

l. pen. ff. de pact. ibi Dd.

81 At liberi, nepotes, neptes, agnati & cognati tempore purificatæ conditionis existentes per agnitionem legati ipsis relicti jus quæsitum impetrarunt & acquisiverunt in toto legato, si testator nasciturorum quoque non fecerit mentionem.

l. 17. pr. de legat. 1.

hoc ergo jus quæsitum ipsis adimi nequit citra ipsorum factum.

82 Quibus aliisque pluribus rationibus sententiam hanc, quod, legato vel fideicommisso verbis collectivis Filiis, liberis, nepotibus ac neptibus, agnatis, cognatis &c. in diem incertum vel sub conditione relicto, tantum illi qui tempore advenientis diei, aut existentis conditionis nati vel ad minimum concepti fuerunt, frui, illi autem qui post eventum conditionis modo concepti & nati sunt, ad illud minimè admitti & concurrere queant, defendit, & infinitis authoritatibus confirmat

Vinc. Fusar. *de substit. fideicommiss. qu. 318. num. 29. seqq.* Marc. Ant. Peregrin. *de Fideicommiss. art. 22. num. 6. seqq. & num. 72. seqq.*

Welche Meynung dann hier so ehender zu 83
amplectiren, weil der Herr Testator in §. 5. ausdrucklich der zur Zeit des seel. Absterbens seiner Frau Gemahlin erzielten Enckelin gedencket, und denenselben das Prælegat vermacht, deswegen so weniger die ex secundo matrimonio lang hernach erzeugte Encklein darvon zu participiren prætendiren können. Ohnerachtet deren oben in contrarium angeführten rationum dubitandi.

Denn was die Erste anlanget, so hat der 84
Herr Testator nicht in genere seiner Encklein gedacht, sondern wie erst gesagt, das Prælegat seinen, zur Zeit des begebenden Todtfalls oder anderwärthiger Verheurathung seiner Fr. Ehe-Gemahlin, von seinem Herrn Sohn und Frau Tochter, beederseits ehelich erzielten Enckelin in specie verschafft, ob nun wohl die aus anderer Ehe erzeugte Moserische Töchter eben so wohl als die aus ersterer Ehe gebohren, des seel. Hrn. Generals Encklin seyn, so sind sie doch bey dem Ruck-Fall der Widdums-Geldter, der sich durch Absterben der Frau Generalin ergeben, noch nicht erzielet gewesen, weil aber der dies des Prælegats gleich à die mortis der Frau Generalin Anno 1683. cedirt, können die post cessionem diei legati erst lang hernach erzeuate Moserische Töchter, und Encklin des seel. Testatoris, jenen denen das Legat verfallen, nicht beytretten, und von dem ihnen verschafften Prælegat mit participiren. Ohngeachtet sie mit jenen in gleichem Gradu dem Hrn. Testatori verwandt seyn, ut hinc æquè dilectæ ab ipso videantur, wie

Die Andere dubitandi ratio inferiret. 85
Denn ob zwar es an dem, daß die Affection des Testatoris in interpretandis ultimis voluntatibus ein grosses beyträgt, und unsre Dd. darauff sehr sehen, so ist man doch dessen nicht versichert, daß hier der Testator seel. sowohl gegen die Moserische Töchter anderer Ehe so wohl gesinnet und affectioniret gewesen, als gegen die Töchter erster Ehe, vielmehr præsumiret Lex majorem dilectionem Testatoris erga natas tempore purificatæ conditionis, quàm erga deinde conceptas & natas, cum istas Lex non admittat, nisi de alia testatoris voluntate constet.

Und wann die Affection bey ihm so groß ge- 86
gen die Enckel letzter Ehe gewesen, als die aus ersterer Ehe, und er deßwegen gewollt, daß jene sollten mit zu dem Prælegat gelassen werden, hätte er es ja vel verbo anzeigen können, indem er aber der zur Zeit der fallenden Widdums-Niessung erzielten Encklen in specie gedenckt, und dieselbe mit dem Prælegat honoriret, mag man nicht unbillig ein anders schliessen, daß er es den ersten ihm zum Theil schon bekandten lieber gegönnet, als den ihm noch gantz unbekandten Encklen.

Was aber die Dritte dubitandi rationem 87
belangt,

belangt, so bringt freylich den Moserischen Töchtern anderer Ehe diß grosse Hinderung, daß sie weder zur Zeit des auffgerichteten Testaments, noch auch zur Zeit, da die dem Prælegat ex adjectione diei, quo incipere deberet, anhengende conditio purificiret worden, in rerum natura gewesen, sondern erst lang hernach, postquam jam dies legati neptibus ex primo matrimonio natis cessit, gebohren worden, denn sie der Ursach ad legatum, so den neptibus ex primo matrimonio natis bereits verfallen und acquirirt, nicht zugelassen werden können, ex pluribus adductis supra rationibus.

88 Nec obstat, quod liberi nascituri pro jam natis habendi, quoties de ipsorum agitur commodo, & postmodum nati successionis jura consequantur, vi allegatarum legum. Hoc enim obtinet proprie in iis, qui jam tempore delatæ successionis, vel delati legati, concepti in utero matris existunt, de his enim loquuntur

l. 7. l. 26. de stat. hom.

qui hinc quodammodo in rerum natura esse dicuntur

l. 7. de suis & legit. hered.

quod prædicari nequit de iis, qui tempore delatæ successionis, aut delati & cedentis legati, nondum concepti.

89 Et licet in conditione: Si sine liberis, etiam posthumus gravati contineatur, & tutela filiis constituta etiam posthumos comprehendat, attamen ad legatum, cujus dies jam diu ante ipsorum conceptionem & nativitatem cessit, adspirare nequeunt, nisi de contraria testatoris voluntate constet, per rationes supra deductas.

90 Quod verò traditur posthumi institutionem trahi ad omnes quandocunque natos posthumos, concedi potest sine ullo præjudicio, quia ibi præsupponitur institutio posthumi expressis verbis à testatore facta, nos vero hic versamur in casu, quo ex nullo plane indicio constat testatorem voluisse etiam post eventum conditionis nascituros admitti debere, nam si ex conjecturis quibusdam constet, quod testator voluerit etiam post eventum conditionis nascituros concurrere, eos admittendos nec nos negamus, sed potius tunc eos quoque omnino admittendos esse dicimus

per l. 15. §. 1. l. 17. pr. de legat. 1. cum Vinc. Fusar. *d. q. 318. n. 77.*

91 Præterea notabilis inter institutionem liberorum necessariam ex juris dispositione, & legatum neptibus, quarum Parentes adhuc vivunt, sine ulla juris necessitate sponte relictum intercedit differentia, quare illorum nomine etiam posthumi intelligendi, non æque harum, si dies legati jam diu ante ipsarum conceptionem & nativitatem cessit

vid. M. Ant. Peregrin. *de fideicommiss. art. 22. n. 11. 12.*

Die dritte Frage

enthält dieses:

Ob auch nicht in der Clausula finali d. §. 5. 92
verbis: da sich aber entweder folgender Zeiten cum seqq. usque ad finem, ein solches Fideicommiss enthalten, daß wann Hr. Obrist-Lieutenant Moser über kurtz oder lang ohne eheliche Erben Männlichen Stammens mit Tod abgehen würde, die 8000 fl. prælegat auf die Löwenschildische Töchter allein fallen sollen?

Darauf die Antwort: daß freylich die ver- 93
ba des Testatoris solches gantz klar ergeben, daß auf diesen Fall auch gedachtes Prælegat auf die Löwenschildische Töchter, vi constituti ejusmodi Fideicommissi allein fallen sollen, welches sonder Zweiffel eo intuitu also verordnet, weil isto casu nichts desto weniger Hrn. Obrist Lieutenant Mosers hinterlassenden Töchtern das ihm prælegirte Gut und Dorff Eschenau mit allen Pertinentien, Krafft des §. 13. verbleiben würde, wann sie also einen guten Vortheil vor der Fr. Löwenschildtin Töchtern, deßwegen sie ihnen die prælegirte 8000 fl. alsdann wohl allein, ohn ihre Beschwerde, lassen können.

Viertens

ist gefragt worden:

Ob quæstionirte 8000 fl. prælegat ex 94
sæpius allegato §. dispositionis avitæ cessante vitalitio denen Neptibus prælegatariis dergestalten pleno jure & dominio als eigenthumlich, unwiderrufflich und nutznießlich in anno 1683 da die seel. Frau Generalin gestorben, zu- und heim-gefallen, daß ihnen als Pupillen der Zins von solcher Zeit an nutzlich anzulegen gewesen, und weil solcher biß daher ihren Eltern dem Vermeinen nach indebite bezahlt worden, denselben ersetzt werden müsse?

Dieser Frage Decision dependiret davon, ob der ususfructus hujus prælegati neptibus relicti denen Eltern von dem seel. Herrn Testatore benommen worden sey oder nicht? Expressis & claris verbis ist solches nicht geschehen. Wann also der Ususfructus omnium 95
adventitiorum dem Vatter, unter dessen

Vätterlichen Gewalt die Kinder stehen, zugehört, wann er ihm nicht expressis & formalibus verbis benommen, und adimirt ist.

96 Quemadmodum Usumfructum adventitiorum Patri non aliter quam expressis verbis adimi & prohiberi posse tenet,

Alexand. *in l. 11. n. 24. ff. de legat. 1. per Auth. Excipitur. C. de bon. quæ liber.* Dec. & alii Dd. *ad d. l. 11.*

So möchte man fast erachten, daß der Hr. Obrist Lieutenant Moser biß dato die Zinsen nicht indebite sondern Rechts-befugter Weise aus diesem seinen Töchtern ab avo prælegirten Capital

(quod ad adventitia non incommode refertur

per tradita Hieron. Gabrielii *vol. 1. Cons. 118. n. 10.* Joh. Petr. Surdi *Cons. 116. n. 3. 4.*)

97 erhoben und genutzet. Allein wann man die *Auth. Excipitur. C. de bon. quæ liber.* und den fontem, woraus selbe genommen, *Novellam scil. 117.* genauer ansiehet, so wird daselbst nicht eben erfordert, daß die ademptio ususfructus expressis & formalibus verbis geschehe, sondern ist genug, ut ex conjecturata mente colligi queat, donantem aut legantem vel alio titulo quid filiofamilias relinquentem velle, ne illius ususfructus ad Patrem, sed ipsum filiumfamilias pertineat.

98 Cum expressum quoque dicatur, quod ex mente colligitur.

l. tale pactum. §. fin. ff. de pact. ibi Glossa. Cravetta *Cons. 147. n. 2.*

99 Hinc communiori Dd. calculo receptum est, ademptionem ususfructus etiam tacite & verbis æquipollentibus fieri posse, dummodo verba talia sint, ex quibus nihil aliud quam prohibitio ususfructus deduci possit.

Brunnem. *ad d. Auth. Excipitur. C. de bon. quæ liber. n. 3.* Heig. *2. q. 12. n. 2. 3.* Boer. *dec. 193. n. 2.* Berlich. *dec. 135. & 136. per tot.* ubi plures casus conjecturatæ prohibitionis vel ademptionis recenset. B. D. Lauterbach *Disp. de usufruct. Patern. th. 23. & Disp. de Pecul. advent. irreg. th. 12.* Aug. Frid. Mockhel *Disp. Inaug. de adempt. usufr. Patern. th. 23.*

100 Hoc præsuppositio also ist die Frage nur: Ob hierfalls die verba Testatoris an Hand geben, daß er den Usumfructum diß Capitals hab seinem Herrn Sohn, Herrn Obrist Lieutenant Mosern benehmen, und wollen, daß selbigen seine Enckelin selbst haben sollen? wohin wir allerdings incliniren, dafür haltende, daß solches die verba: Trüge sich dann zu, daß meine geliebte Ehe-Gemahlin diese Welt gesegnen, oder aber zu der andern Ehe schreiten sollte, so solle auf einen und den andern Fall diese Widdumbs-Niessung alsobalden ihre Endschafft erreicht, und hingegen meine liebe Enckelin solches Capital der 8000 Gulden mit aller Nutzung eigenthumlich und ohnwiderrufflich haben und besitzen ꝛc. nicht ohndeutlich inferiren und zu erkennen geben.

Confirmant id tradita Hier. Gabrielii *d. Cons. 118. n. 11. 12.* Jason *in l. 11. ff. de legat. 1. num. 153. seq.*

Aus welchem dann von selbst weiter fliesset, daß 101
dieses den Moserischen Töchtern prælegirte Capital ad peculium ipsarum adventitium irregulare gehört, und also ihr Herr Vatter zwar dessen Administration, mithin die Gewalt gehabt, die Zinsen einzufordern

(Nam adempto Patri usufructu adventitiorum non statim interdicta quoque ei intelligitur administratio eorundem legitima, ut recte contra alios *

per l. fin. pr. C. de Curat. fur. l. fin. §. 1. C. de bon. quæ lib. firmat Carpzov. *p. 2. c. 10. d. 11.* Brunnem. *ad d. Auth. Excipitur. n. 4.*)

aber nicht in seinen, sondern der Töchter Nutzen,

nam quamvis alii commoditatem ususfructus, donec filius - vel filiafamilias sui juris fiat, patri tribuant in hoc peculio; 102

vid. Enenckel *de Privileg. cap. 4. n. 19.* Trentacinq *l. 1. var. resol. tit. de pecul. res. 5. n. 14.* post Raphael. Angel. Aretin. Jason *in l. 11. ff. de legat. 1. n. 157. 158.*

Verius tamen est nec illam Patrem habere, 103
adempto ipsi usufructu

arg. Nov. 117. c. 1. Heig. *2. q. 12. n. 16.* B. D. Lauterbach. *Diss. de Pecul. advent. irreg. th. 29.* Joh. Harpprecht. *ad §. 1. Inst. per quas pers. cuique acq. n. 13. 14.* Gabriel. *d. Cons. 118. n. ult.*

Consequenter ist diese Quæstio zu affirmi- 104
ren, daß die Moserische Töchter erster Ehe, die Fr. von Brettholtz, und Fr. von Ziegesar, von ihrem Hrn. Vatter, der bißher Administratorio nomine aus diesem Capital erhobenen Zinsen Ersetzung, wann sie stricte gehen wolten, de jure fordern können, es könnte ihnen aber zugesprochen werden, mit ihrem leiblichen Hrn. Vatter nicht den strengsten Weg zu gehen, sondern in Erwegung der von ihm genossenen Standsmäßigen Unterhaltung, und von ihm empfangenen Alimentorum die Billichkeit fürdringen zu lassen, und sich zu vergnügen, wann die Ersetzung geschehe von Zeit ihrer Verheyrathung.

Die Fünffte Frage ist:

Ob die Stadt Hall wegen des Hrn. Obrist 105
Lieutenant, als Usufructuario der Fideicomiss-Gelder, vor einigen Jahren

zu

zu sein und seiner Kinder, als Fideicommissarien und Proprietarien, respectivè bekandten und von der Ritterschafft theils attestirten Nothdurfft, sonderlich wegen seiner Söhne zugestossener schwehren Kranckheit, Schaffung nöthiger Equipage zu Antrettung einiger Officier-Chargen, ꝛc. abgelößten Geldter von erstgedacht seinen Kindern und andern Fideicommissariis mit Bestand Rechtens gefähret werden könne?

106 Bey deren wir der Rechtlichen Meynung seyn, daß wann die Bezahlung und Ablösung einiger Fideicommiss-Geldter, von dem Herrn Obrist-Lieutenant Mosern wegen sein und seiner Kinder, als Fideicommissarien und Proprietarien bekandten und von dem Ritterschafftlichen Directorio attestirten Nothdurfft, in specie wegen seiner Söhne schwehren Kranckheiten, und Anschaffung nöthiger Equipage, zu Antrettung einiger Officier-Chargen, ꝛc. geschehen, zumahl wann nicht mehr abgelößt und bezahlt worden, als darzu von nöthen gewesen, Löbl. Stadt Hall deswegen mit Bestand Rechtens so leicht nicht werde gefähret
107 werden können, denn ob zwar die bona Fideicommissariæ restitutioni obnoxia à gravato nicht können alieniret, consequenter auch von ihm keine dem Fideicommiss unterworffene Capitalien auffgekündet, noch ihm abbezahlet werden sollen;

l. fin. §. 2. seq. Auth. Res quæ. C. commun. de legat.

108 So ist doch excipirt 1.) causa urgentis necessitatis, ob quam bona fideicommissaria alienare permissum est

Knipschild *de Fideicommiss. famil. nobil. cap. 11. num. 453. seqq.*

109 2.) Causa alimentorum, si heres gravatus aliunde vivere nequeat, vel fructus ad alimenta non sufficiant,

Struv. *Ex. 36. th. 4. ibique alleg.*

idque non solum obtinet in alimentis pro ipso herede gravato acquirendis, sed etiam pro ejus uxore, liberis & aliis ex familia sine qua paterfamilias honestè stare nequit.

Menoch. *lib. 4. præs. 191. n. 7.* Knipschild *d. c. 11. num. 310. seqq.*

110 3.) Causa valetudinis, cujus ratione, non obstante prohibitione testatoris bona fideicommisso subjecta alienare licet pro comparandis rebus ad salutem corporis, proque recuperanda valetudine, necessariis, veluti pro Medicis, Pharmacis & similibus.

Knipschild *d. c. 11. n. 351. seqq.*

111 4.) Causa studiorum & artis bellicæ ac militaris addiscendæ à Nobili; literis enim & armis præcipuè innititur Nobilitas, quas hinc non immerito duas alas & scalas Nobilitatis esse dixit

Betsius *de pact. & Statut. famil. illustr. cap. 20. pag. 721.*

quibus omni tempore Nobilitas se à con- 112
temptu vindicare, & è sordibus ad excelsa honorum fastigia eluctari potuit. Et eò perfectior erit Nobilitas, si Mars Arti concilietur, illiusque feritas hujus mansuetudine temperetur, adeoque Nobilium filii non prius ad Martis castra, quam ad Artis astra pertigerint, dimittantur, parem ergò, in Nobili præsertim, favorem merentur studia literarum & artis militaris, quicquid itaque horum causa erogatum est, bene collocatum censendum, & pari gaudet prærogativâ alias quoque, ut enim filio literato suppeditati sumptus studiorum & libri, ita pro filio milite coëmpti equi & arma à collatione vulgo eximuntur.

Heeser *de commun. bonor. part. 2. loc. 24. num. 59.*

Was also ex hisce causis abgelößt und bezahlet worden deßwegen wird die Stadt nicht gefähret werden können.

Was

Die Sechste Quæstion

anlangt

Ob Löbl. Stadt Hall ratione solcher in 113
testamento übertragener und übernommener, wiewohl nachgehends mittelst vorgenommener Theilung meistens ins Werck gerichteter Executionis testamentariæ auch dato noch dergestalt obligirt und verhafftet sey, daß selbige auch vor itzo und ins künfftige ratione deren dißmahlen nicht vorzusehen seyenden verschiedener Fälle denen solcher gestallten reciproce substituirten Fideicommissariis mit einer oder andern behörigen Caution und Assecuration zu providiren schuldig, auch wann es daran über alle angewandte Sorgfalt dennoch mittlerweil bey ein oder andern Interessenten sive active sive passive manglen, und die caution hiernechst etwa sine effectu erscheinen solte, die Stadt derowegen in subsidium mit Fug angefochten werden könne?

So ist Löbl. Stadt wegen übertragener und 114
übernommener Executionis Testamentariæ zwar noch in so weit obligirt, daß sie den reciproce substituirten Fideicommissariis mit behöriger Caution und Assecuration zu providiren müglichste Sorgfalt trage, und die zwischen ihnen entstehende Strittigkeiten nach

76 4.) Unius simplicis legati aut fideicommissi dies non potest diversis vicibus & temporibus cedere, sed semel tantum cedit.

Bartol. *in l. cum illud aut illud. 25. ff. quando dies legat.*

77 Si autem ad legatum vel fideicommissum liberis, nepotibus, cognatis, &c. conjunctim verbis collectivis sub conditione relictum, cum ante conditionis existentiam natis, & post eventum ejus nascituri admitterentur, vel admittendi essent, non semel tantum, sed pluries legati illius aut fideicommissi diem cedere oporteret, quod in simplici legato aut fideicommisso Juris analogiæ repugnat.

Menoch. *Cons. 830. n. 39. seq.*

78 5.) Dominium rerum non debet in suspenso & ambulatorium esse, nisi aliud testator voluerit

l. 26. C. de legat.

79 Si verò concepti & nati post eventum conditionis possent concurrere cum natis tempore purificatæ conditionis, dominium stetisset in suspenso à tempore purificatæ conditionis usque ad nativitatem postea natorum, nam nati tempore eventus conditionis non habuissent dominium partis spectantis ad postea natos, quod, ubi de voluntate testatoris haud constat, non admittendum

Menoch. *Cons. 566. n. 13.*

80 6.) Jus alicui quæsitum non debet ipsi auferri sine suo facto

l. pen. ff. de pact. ibi Dd.

81 At liberi, nepotes, neptes, agnati & cognati tempore purificatæ conditionis existentes per agnitionem legati ipsis relicti jus quæsitum impetrarunt & acquisiverunt in toto legato, si testator nasciturorum quoque non fecerit mentionem.

l. 17. pr. de legat. 1.

hoc ergo jus quæsitum ipsis adimi nequit citra ipsorum factum.

82 Quibus aliisque pluribus rationibus sententiam hanc, quod, legato vel fideicommisso verbis collectivis Filiis, liberis, nepotibus ac neptibus, agnatis, cognatis &c. in diem incertum vel sub conditione relicto, tantum illi qui tempore advenientis diei, aut existentis conditionis nati vel ad minimum concepti fuerunt, frui, illi autem qui post eventum conditionis modo concepti & nati sunt, ad illud minimè admitti & concurrere queant, defendit, & infinitis authoritatibus confirmat

Vinc. Fusar. *de substit. fideicommiss. qu. 318. num. 29. seqq.* Marc. Ant. Peregrin. *de Fideicommiss. art. 22. num. 6. seqq. & num. 72. seqq.*

Welche Meynung dann hier so ehender zu 83
amplectiren, weil der Herr Testator in §. 5. ausdrucklich der zur Zeit des seel. Absterbens seiner Frau Gemahlin erzielten Enckelin gedencket, und denenselben das Prælegat vermacht, deswegen so weniger die ex secundo matrimonio lang hernach erzeugte Encklein darvon zu participiren prætendiren können. Ohnerachtet deren oben in contrarium angeführten rationum dubitandi.

Denn was die Erste anlanget, so hat der 84
Herr Testator nicht in genere seiner Encklein gedacht, sondern wie erst gesagt, das Prælegat seinen, zur Zeit des begebenden Todtfalls oder anderwärthiger Verheurathung seiner Fr. Ehe-Gemahlin, von seinem Herrn Sohn und Frau Tochter, beederseits ehelich erzielten Enckelin in specie verschafft, ob nun wohl die aus anderer Ehe erzeugte Moserische Töchter eben so wohl als die aus ersterer Ehe gebohren, des seel. Hrn. Generals Encklin seyn, so sind sie doch bey dem Ruck-Fall der Widdums-Geldter, der sich durch Absterben der Frau Generalin ergeben, noch nicht erzielet gewesen, weil aber der dies des Prælegats gleich à die mortis der Frau Generalin Anno 1683. cedirt, können die post cessionem diei legati erst lang hernach erzeuate Moserische Töchter, und Encklin des seel. Testatoris, jenen denen das Legat verfallen, nicht beytretten, und von dem ihnen verschafften Prælegat mit participiren. Ohngeachtet sie mit jenen in gleichem Gradu dem Hrn. Testatori verwandt seyn, ut hinc æquè dilectæ ab ipso videantur, wie

Die Andere dubitandi ratio inferiret. 85
Denn ob zwar es an dem, daß die Affection des Testatoris in interpretandis ultimis voluntatibus ein grosses beyträgt, und unsre Dd. darauff sehr sehen, so ist man doch dessen nicht versichert, daß hier der Testator seel. sowohl gegen die Moserische Töchter anderer Ehe so wohl gesinnet und affectioniret gewesen, als gegen die Töchter erster Ehe, vielmehr præsumiret Lex majorem dilectionem Testatoris erga natas tempore purificatæ conditionis, quàm erga deinde conceptas & natas, cum istas Lex non admittat, nisi de alia testatoris voluntate constet.

Und wann die Affection bey ihm so groß ge- 86
gen die Enckel letzter Ehe gewesen, als die aus ersterer Ehe, und er deßwegen gewollt, daß jene sollten mit zu dem Prælegat gelassen werden, hätte er es ja vel verbo anzeigen können, indem er aber der zur Zeit der fallenden Widdums-Niessung erzielten Encklen in specie gedenckt, und dieselbe mit dem Prælegat honoriret, mag man nicht unbillig ein anders schliessen, daß er es den ersten ihm zum Theil schon bekandten lieber gegönnet, als den ihm noch gantz unbekandten Encklen.

Was aber die Dritte dubitandi rationem 87
belangt,

belangt, so bringt freylich den Moserischen Töchtern anderer Ehe diß grosse Hinderung, daß sie weder zur Zeit des auffgerichteten Testaments, noch auch zur Zeit, da die dem Prælegat ex adjectione diei, quo incipere deberet, anhengende conditio purificiret worden, in rerum natura gewesen, sondern erst lang hernach, postquam jam dies legati neptibus ex primo matrimonio natis cessit, gebohren worden, denn sie der Ursach ad legatum, so den neptibus ex primo matrimonio natis bereits verfallen und acquirirt, nicht zugelassen werden können, ex pluribus adductis supra rationibus.

88 Nec obstat, quod liberi nascituri pro jam natis habendi, quoties de ipsorum agitur commodo, & postmodum nati successionis jura consequantur, vi allegatarum legum. Hoc enim obtinet proprie in iis, qui jam tempore delatæ successionis, vel delati legati, concepti in utero matris existunt, de his enim loquuntur

l. 7. l. 26. de stat. hom.

qui hinc quodammodo in rerum natura esse dicuntur

l. 7. de suis & legit. hered.

quod prædicari nequit de iis, qui tempore delatæ successionis, aut delati & cedentis legati, nondum concepti.

89 Et licet in conditione: Si sine liberis, etiam posthumus gravati contineatur, & tutela filiis constituta etiam posthumos comprehendat, attamen ad legatum, cujus dies jam diu ante ipsorum conceptionem & nativitatem cessit, adspirare nequeunt, nisi de contraria testatoris voluntate constet, per rationes supra deductas.

90 Quod verò traditur posthumi institutionem trahi ad omnes quandocunque natos posthumos, concedi potest sine ullo præjudicio, quia ibi præsupponitur institutio posthumi expressis verbis à testatore facta, nos vero hic versamur in casu, quo ex nullo plane indicio constat testatorem voluisse etiam post eventum conditionis nascituros admitti debere, nam si ex conjecturis quibusdam constet, quod testator voluerit etiam post eventum conditionis nascituros concurrere, eos admittendos nec nos negamus, sed potius tunc eos quoque omnino admittendos esse dicimus

per l. 15. §. 1. l. 17. pr. de legat. 1. cum Vinc. Fusar. *d. q. 318. n. 77.*

91 Præterea notabilis inter institutionem liberorum necessariam ex juris dispositione, & legatum neptibus, quarum Parentes adhuc vivunt, sine ulla juris necessitate sponte relictum intercedit differentia, quare illorum nomine etiam posthumi intelligendi, non æque harum, si dies legati jam diu ante ipsarum conceptionem & nativitatem cessit

vid. M. Ant. Peregrin. *de fideicommiss. art. 22. n. 11. 12.*

Die dritte Frage

enthält dieses:

Ob auch nicht in der Clausula finali d. §. 5. 92
verbis: da sich aber entweder folgender Zeiten cum seqq. usque ad finem, ein solches Fideicommiss enthalten, daß wann Hr. Obrist-Lieutenant Moser über kurtz oder lang ohne eheliche Erben Männlichen Stammens mit Tod abgehen würde, die 8000 fl. prælegat auf die Löwenschildische Töchter allein fallen sollen?

Darauf die Antwort: daß freylich die ver- 93
ba des Testatoris solches gantz klar ergeben, daß auf diesen Fall auch gedachtes Prælegat auf die Löwenschildische Töchter, vi constituti ejusmodi Fideicommissi allein fallen sollen, welches sonder Zweiffel eo intuitu also verordnet, weil isto casu nichts desto weniger Hrn. Obrist Lieutenant Mosers hinterlassenden Töchtern das ihm prælegirte Gut und Dorff Eschenau mit allen Pertinentien, Krafft des §. 13. verbleiben würde, wann sie also einen guten Vortheil vor der Fr. Löwenschildtin Töchtern, deßwegen sie ihnen die prælegirte 8000 fl. alsdann wohl allein, ohn ihre Beschwerde, lassen können.

Viertens

ist gefragt worden:

Ob quæstionirte 8000 fl. prælegat ex 94
sæpius allegato §. dispositionis avitæ cessante vitalitio denen Neptibus prælegatariis dergestalten pleno jure & dominio als eigenthumlich, unwiderrufflich und nutznießlich in anno 1683 da die seel. Frau Generalin gestorben, zu- und heim-gefallen, daß ihnen als Pupillen der Zins von solcher Zeit an nutzlich anzulegen gewesen, und weil solcher biß daher ihren Eltern dem Vermeinen nach indebite bezahlt worden, denselben ersetzt werden müsse?

Dieser Frage Decision dependiret davon, 95
ob der ususfructus hujus prælegati neptibus relicti denen Eltern von dem seel. Herrn Testatore benommen worden sey oder nicht? Expressis & claris verbis ist solches nicht geschehen. Wann also der Ususfructus omnium adventitiorum dem Vatter, unter dessen

Maßgab des 27. §. Testamenti zu vergleichen, und zu entscheiden suche sumptibus Fideicommissariorum, wann sie aber das ihrige, debitâ fide & diligentiâ, gethan, und so gut sie immer gekönnt, Implorato ad id, si opus, Nobili Judicis officio, den Fideicommissariis prospicirt, haben sie den widrigen eventum nicht zu præstiren, und mögen deßwegen mit Fug Rechtens in subsidium nicht angefochten werden,

arg. l. 10. ff. de negot. gest.

115 zumahlen wann die Fideicommissarii selbsten schläfferig und nachläßig in Beobachtung ihres künfftig zu hoffen habenden commodi wären, denn ihnen vor allen Dingen obgelegen zu wachen und zu vigiliren, daß von den Possessoribus bonorum Fideicommissariorum selbige in gutem Wesen erhalten, und nicht ruinirt oder gar consumirt werden, auch deßwegen gebührende Caution zu exigiren, & si illa inidonea facta, selbige zu repetiren.

l. 1. §. 3. seqq. & t. t. ff. ut legat. seu fideicommiss. servand. causa caveat. l. 3. §. fin. l. 4. ff. ut in possess. legat. vel fideicomm. servand. causa esse lic.

Die siebende und letzte Frage

ist:

116 Was vor zulängliche Mittel zu ergreiffen, daß die Stadt dermahleins mit Manier von solchem beschwehrlichen munere & onere Executoris Testamentarii kommen möchte?

117 So wir dahin beantworten, daß zwar Anfangs keiner solches Executions-Amt zu übernehmen gezwungen werden könne wider seinen Willen, sondern in eines jeden darzu erbetenen Belieben und Arbitrio stehe selbiges zu übernehmen, oder sich deßwegen zu excusiren ex veriori sententia, quam tuetur

Joh. Jacob. à Canibus *de Executor. ult. volunt. part. 1. num. 56. seqq. part. 2. num. 18.* Jacob. de Arena *de Commiss. num. 21.* B. D. Lauterbach *de Execut. ult. volunt. cap. 9. n. 2.*

Wann sich aber einer damit einmahl beladen 118
lassen, und es übernommen, kan er solches nach Belieben nicht wieder verlassen und ablegen, er habe denn rechtmäßige Ursachen, die coram competente Judice zu allegiren.

Joh. Jacob. de Canibus *d. p. 1. num. 59.* Jac. de Arena *num. 26.* B. D. Lauterbach *d. l.* Gylmann. *Symphor. Tom. 1. Part. 3. vot. 1. n. 4.*

Man könnte also es an die gesammte Moseri- 119
sche Familia mit Anführung einiger Ursachen, warum man gerne möchte ab hoc oneroso munere liberiret seyn, gelangen lassen, und vernehmen, ob sie die excuse annehmen, sponte erlassen, und solches Officium dem Ritterschafftlichen Corpori, worunter das Gut Eschenau gehörig, zu übertragen erlauben wolten, annuiren sie und quitiren die Stadt sponte, so ist es gut, wo nicht, so müßte man, wann man gnugsame Ursachen hätte, es höherer Orten versuchen, ob man davon könnte befreyet werden.

Welches wir, salvo cujusvis melius sentientis judicio ac suffragio, auf die uns vorgelegte Fragen zu verlangter Rechtlichen Nachricht dienstlich anfügen, mithin uns zu beharrender Faveur gehorsamst empfehlen wollen.

Actum in Collegio nostro d. 20. Febr. Anno 1699.

CONSILIUM LXXXII.

In Cujus

Prima Quæstione illustratio Quæstionis secundæ, in proxime præcedenti Responso, propositæ, petitur. In secunda vero de necessaria & quidem solitaria sororum germanarum, in sororis absque liberis demortuæ relicta sua, prælegati hujus, portione, ob factam a Testatore reciprocam harundem substitutionem successione agitur.

SUMMARIA.

Præmittuntur ulteriores duæ Quæstiones ex proxime præcedentis Responsi quæstione secunda ad meliorem hujus illustrationem propositæ num. 1. 2. & 3.

4. & 5. Confirmatur prius decisum, quod nimirum secundi matrimonii liberi hujus legati non sint participes.

6. Est & manet legatum hoc conditionale ex ratione hic annexa.

7. Omne Legatum cui dies simpliciter incertus est adjectus pro conditionali necessario habendum venit.

8. Illi solummodo liberi, qui existentis conditionis tempore vel jam nati, vel ad minimum

minimum concepti fuere, ex legato capere quid possunt.

9. 10. 11. 12. & 13. Rationes hujus adducuntur quæ in substrato locum maxime inveniunt.

14. & 15. Et proprietas & ususfructus simul a Testatore viduæ suæ in substrato relictus est.

16. Legata primo re ipsa, & subnexis postea demum verbis quibusdam usumfructum denotantibus, ipsa rei proprietas legata censetur.

17. Quando hoc limitetur?

18. Quæ tamen limitatio iterum subdeclaratur.

19. Quæ subdeclaratio applicatur ad casum substratum.

20. Secundi matrimonii filiæ ex prælegato nihil capere possunt, licet proprietas a morte statim Testatoris in prælegatarias sit translata.

21. & 22. Ratio hujus.

23. Ab intestato succedens, tempore mortis ejus, cui succedere vult, existat, necesse est.

24. & 25. Cur ita?

26. Legatum vel Fideicommissum quando per honorati mortem fiat caducum?

27. Tempore mortis Testatoris neque natus neque conceptus, ad legatum vel fideicommissum ex postfacto non admittitur.

28. & 29. Quod applicatur ad casum præsentem.

30. Secunda Quæstio continet hoc, quis primi matrimonii natu majori filiæ, intuitu portionis suæ in prælegato, succedat.

31. Sine liberis decedens Parentes cum fratribus sororibusque germanis hæredes relinquit.

32. Exclusis unilateralibus non obstante contraria quorundam sententia.

33. & 34. Germanis portio sua pleno statim jure competit.

35. Hæreditatis petitio quamdiu duret?

36. 37. 38. & 39. Adducuntur rationes ob quas filiæ natu majori in sua portione ex prælegato accepta, nemo nisi sorores Germanæ succedere possint.

40. Respondetur ad contraria.

1 DEmnach von Uns Decano und andern Doctoribus der Juristen-Facultät bey Fürstl. Würtembergischer Universität Tübingen Großg. verlangt worden, über jüngst-ertheiltes Responsum in der Moserischen Testament- und Fideicommiss-Sach unser fernerweite Rechtliche Gedancken zu eröffnen, und Erläuterung der vorhin erörterten andern Frage dahin zu geben

2 Wie dann der §. 5. testamenti eigentlich zu verstehen, und ob nicht die Moserische Töchter zweyter Ehe darum an dem quæstionirten prælegat zu participiren haben, weil nur der ususfructus ad tempus mortis aviæ differirt, die proprietas aber gleich à tempore mortis testatoris auf die Prælegatarias transferirt worden, und also mehr pro puro als conditionali legato vel prælegato zu halten, mithin der medius terminus & ratio decidendi nicht allein in eventu & existentia conditionis annexæ, wann nemlich der Vatter alsdann noch im Leben, bestehe, zumahlen auch vorhero der Enckelin in genere gedacht wird, und nachgehends, daß es in Stamm-Theile zur Helffte kommen solte, auch tempore testamenti conditi & mortis testatoris nur eine Moserische Tochter, nemlich die Fr. Obrist-Wachtmeisterin von Brettholtz bey Leben gewesen, und allerdings sub tacita hac conditione geschehen, wann nicht mehr Enckelin gebohren werden?

2.) Weil seithero in facto so viel Berichte einkommen, daß bey Endigung des Wittumbs in Anno 1683. drey Moserische Töchter gelebet, und solches prælegat angetretten, davon die ältiste vor wenig Jahren in Sachsen gestorben, entstehet anjetzo die Frage: Wem derselben Antheil an quæstionirtem prælegat gebühre? indem der Vatter anjetzo, ohnerachtet er und die beede vollbändige Brüder sich deßwegen niemahls angemeldet, sondern die beede vollbändige Schwestern alles andere der Verstorbenen Verlassenes erben lassen, mithin ipso facto & tacite renunciiret, seine portion per dispositionem Juris Civilis nachsuchet, hingegen die beede Schwestern als prælegatariæ sich auf die Dispositionem avitam, daß jedem Stamm-Theil der Enckel die Helffte eigenthumlich zustehen, und von den Moserischen auf die Löwenschildtische Töchter sub certa conditione fallen solle, fundiren? 3

So sollen wir dienst-schuldigst nicht verhalten, daß wir denuo in pleno Collegio von der Sachen reifflich deliberirt, nach sorgfältiger Erweg- und Uberlegung aller Umbstände aber nochmahlen so viel die Erste Quæstion belangt, der einhelligen Rechtlichen Meynung gewesen, und, salvo rectiori calculo, ac cujusvis aliter sentientis judicio, beständig dafür gehalten, daß das in §. 5. des Herrn General 4

Mosers Testaments seinen Encklein von seinem Sohn verschaffte Prælegat, Herrn Obrist-Lieutenants Mosers Töchtere ersterer Ehe, so zu der Zeit, da die Frau Generalin als ihre Ahn-Frau diß Zeitliche gesegnet, gebohren, oder wenigst concipirt, und in utero gewesen, ihnen, mit Ausschliessung ihrer lang hernach aus anderer Ehe gebohrnen Schwestern, Rechtlich
5 vindiciren, und diese daran nicht participiren, inmassen wir nicht anders erachten können, dann daß besagtes Capital von Herrn General Mosern seinen Enckelin dergestalt legirt, daß es nach seiner Frau Gemahlin Todt, oder anderwärter Verheurathung, auf seine Enckel mit aller Nutzung eigenthumlich kommen, biß dahin aber seiner Frau Gemahlin mit aller Nutzung zugehören solte, doch daß sie es auffzukünden keinen Fug noch Macht haben, sondern das Eigenthum seinen Erben in allewege ungekränckt verbleiben und vorbehalten seyn, und alsdann, wann seine Frau Gemahlin entweder diese Welt gesegnen, oder zur andern Ehe schreiten würde, selbiges zwischen seinen Encklin von dem Sohn und Tochter in stirpes getheilet werden, und jeglichem Stamm-Theil die Helffte desselben, das ist, denen von dem Sohn erzielten Encklin, so viel ihrer alsdann seyn möchten, die eine, denen von der Tochter erzeugten Encklin aber die andere Helffte, eigenthumlich zustehen
6 und gebühren solte; weil es ihnen also ex die mortis viduæ suæ relictæ, de quo quidem constitit *quod*, sed non *quando* extiturus esset, & contingere potuisset, ut neptes ante illam turbato mortalitatis ordine mortuæ fuissent, vel ex die contractarum à vidua sua secundarum nuptiarum, de quo non constitit *an* unquam, & *quando* extiturus esset, sicut etiam nunquam extitit, verschafft und vermacht worden, so kan es nicht pro puro, sondern muß pro conditionali legato æstimirt und gehalten werden.

7 Cuicunque enim Legato dies incertus simpliciter, de quo nec an nec quando extiturus constat, vel dies incertus quando saltem, de quo quidem quod, sed non quando extiturus sit, constat, in tertii personam collatus, est adjectus, illud non potest non pro conditionali legato haberi, quia uterque ille dies habetur pro conditione, & legatum, cui adjectus est, conditionale facit

per text. *l. 75. de condit. & demonstr. l. 3. l. 4. pr. ff. quand. dies legat. l. 40. §. 2. de condit. & demonstr.* & per doctrinam Struvii *Ex. 35. th. 100.* B. D. Bardili *Diss. de Legat. conditional. th. 28.*

ceditque Legati istius dies h. e. incipit deberi legatum istud, cum dies adjectus venerit, adeoque conditio extiterit

l. 5. l. 21. ff. quand. dies legat. vel fideicommiss.

quod hic contigit anno 1683. ubi Domini Testatoris relicta vidua fato suo obiit.

Welche Enckelin demnach zu der Zeit, da die 8
Fr. Generalin diß Zeitliche gesegnet, gebohren, oder wenigst concipirt in utero gewesen, denen ist der dies cedirt, und das Legat von Zeit der Fr. Generalin seel. Abschieds angefallen und acquirirt worden, welche aber der Zeit weder gebohren, noch in utero conceptæ gewesen, die können daran nicht participiren, noch theil haben, per rationes in priori Responso deductas, weil der Testator nirgends exprimirt, oder sei- 9
nen Willen dahin erklärt, daß auch die nachgehends vel ex secundo matrimonio erzeugende Enckelin mit dazu kommen, und daran participiren sollten, qua facta declaratione es sonst seine geweißte Wege gehabt haben würde, so aber, da des Hrn. Testatoris Disposition deficirt, nichts beständiges zugegen, woraus man colligiren könnte, daß sein ernster Will und Meynung gewesen, daß so wohl die hernach ex secundo matrimonio erzielende, als die zur Zeit seiner Fr. Gemahlin Todtes ex primo matrimonio, in quo tum adhuc filius vivebat, bereits erzielete Encklin ihren Theil daran haben sollen, sondern vielmehr ausdrücklich geordnet, daß zur Zeit 10
begebenden Todtfalls, oder anderwärtiger Verheurathung seiner Fr. Gemahlin, wann sodann sein Sohn entweders noch im Leben, oder mit Hinterlassung Männlicher Leibs-Erben verstorben seyn würde, das Capital der 8000 fl. zwischen erstgedachten seines Sohns und seiner Fr. Tochter ehelich erzielten Töchtern, seinen lieben Enckelin, in stirpes getheilet, und jeglichem Stammtheil die Helffte desselbigen eigenthumlich zustehen und gebühren solle, auch die zur Zeit der Fr. Generalin Absterbens verhanden gewesene Enckelin das ihnen dergestalten verschaffte Legat schon agnoscirt, und nach des Testatoris Willen unter sich bereits vertheilet, daher des Hrn. Obrist Lieute- 11
nant Mosers ex primo matrimonio erzeugte und damahls im Leben gewesene Töchter ex illo matrimonio die Helffte davon für ihr Eigenthumliches und Krafft ahnherlichen Testaments ihnen ohndisputirlich zuständiges Capital gehalten, indem sie nicht anders glauben können, als daß ihr Ahnherr sich dem Juri communi conformirt, und weil er nichts anders disponirt, das Legat ihnen, als natis eo tempore, quo dies legati cessit, verschafft, ihre ex secundo matrimonio hernach gebohrne Schwestern aber, weil er deren gantz keine Meldung gethan, damit nicht honorirt

arg. *l. 15. §. fin. l. 17. pr. ff. de legat. 1.*

geschähe ihnen fast zu kurtz, daß sie an dem ihnen 12
ab Avo verschafften, morte Aviæ schon angefallenen u. expressa agnitione vorlängst acquirirten Legato ihre ex secundo matrimonio lang hernach erst erzeugte Schwestern, an die der Testator nicht gedacht, weniger ihrer einige Meldung gethan, also absque illius dispositione, participiren und theil nehmen lassen sollten, da

es

es doch eine bewehrte und von den meiſten Interpretibus communi calculo approbirte Rechts-Lehre iſt,

13 quod legatum vel fideicommiſſum liberis, nepotibus, cognatis vel aliis verbis collectivis in diem vel ſub conditione relictum, tempore exiſtentis & purificatæ conditionis natis ac conceptis debeatur, poſt eventum autem conditionis, & poſtquam dies legati ceſſit ac venit nati regulariter haud admittantur, quæ a nobis in priori Reſponſo pluribus rationibus eſt confirmata.

14 Und ob man wohl gegenſeits vermeinet, daß die Moſeriſche Töchter zweyter Ehe darum an dem quæſtionirten Prælegat zu participiren haben, weil nur der Uſusfructus ad tempus mortis Aviæ differirt, die proprietas aber gleich a tempore mortis teſtatoris auf die Prælegatarias gekommen und transferirt worden, alſo mehr pro puro als pro conditionali legato vel prælegato zu halten, mithin der medius terminus & ratio decidendi nicht allein in eventu & exiſtentia conditionis annexæ, wann nemlich der Vatter alsdann noch im Le-

15 ben, beſtehe, ꝛc. So zweifflen wir doch 1) ob allein der uſusfructus ad tempus mortis aviæ differirt, die Proprietas aber gleich à tempore mortis teſtatoris auf die Prælegatarias transferirt worden, denn die verba §. 5. ſcheinen faſt ein anders zu inferiren, daß nemlich nicht nur der Uſusfructus ſondern auch ipſa proprietas des quæſtionirten Capitals erſt poſt mortem Aviæ, aut contractas ab ipſa ſecundas nuptias auf die Enckelin vi diſpoſitionis avitæ kommen, biß dahin aber beedes bey der Wittib ſeyn ſollen, geſtalten Herr General Moſer ihr ſeiner Wittiben nicht nur die Nutznieſſung des Capitals der 8000 fl. ſondern die Summ von 8000 fl. ſelbſt Wittumbs-Weiſe zu nutzen und zu genieſſen verſchafft.

16 Communiter autem eo inclinant Dd. quod legata primo re ipſa & ſubnexis poſtea demum verbis quibusdam uſumfructum denotantibus, veluti ſi legetur alicui fundus ad utendum fruendum non tam uſusfructus, quam proprietas ipſa rei legata cenſeatur

per tx. *l. ult. ff. de uſufr. ear. rer. quæ uſu conſum.* ubi JCtus ita: *Cum pecunia erat relicta Titio, ita, ut poſt mortem Legatarii ad Mevium rediret: quanquam adſcriptum ſit, ut uſum ejus Titius haberet, proprietatem tamen ei legatam, & uſus mentionem factam, quia erat reſtituenda ab eo pecunia poſt mortem ejus, Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt.* Carpzov. *p. 3. c. 13. d. 9.*

17 Licet vero id declarari ſoleat, quod aliud tamen obtineat, ſi legetur fundus ad utendum fruendum, quamdiu vixerit legatarius

per *l. 34. §. 4. de legat. 2. l. 38. §. 3. de legat. 3.* Carpzov. *d. l.*

Attamen & hæc limitatio vulgo ſubdecla- 18
ratur, ut tametſi alicui legetur fundus ad utendum fruendum ad tempus vitæ, nihilominus proprietas una cum uſufructu legata cenſeatur, ſi legato appoſitum fuerit onus fideicommiſſi, ut & in legato pro alimentis & meliori ſuſtentatione relicto

per l. 15. ff. de aur. & argent. legat. ubi JCtus Suævola ita: *Species auri & argenti Sejæ legavit, & ab ea petiit in hæc verba: A te Seja peto, ut quicquid tibi ſpecialiter in auro argento legavi, id cum morieris reddas, reſtituas illi & illi vernis meis, quarum rerum uſusfructus dum vives tibi ſufficiet. Quæſitum eſt, an uſusfructus auri & argenti ſolus legatariæ debeatur? Reſpondit verbis, quæ proponerentur, proprietatem legatam addito onere fideicommiſſi. l. 4. ff. de aliment. & cibar. legat.* Carpzov. *d. c. 13. d. 10.* Richter. *dec. 61. n. 6.*

Deßwegen nicht unbillig dafür gehalten wer- 19
den möchte, daß auch dißfalls Herr General Moſer ſeiner Fr. Wittib, ſamt dem Uſufructu das Eigenthum des Capitals quæſtionis legirt, aber ſothanem Legato das onus fideicommiſſi angehengt; indem er in §. 5. diſponirt, daß er zu Bezeugung ſeiner ehelichen Lieb und Affection, welche er zu ſeiner hertzgeliebten Ehe-Gemahlin trage und habe, ihro über die in ihrer Heurath-Abrede bereits verſprochene 6000. fl. Widdumb, noch ferner 2000. fl. und alſo ſamenthafft 8000. fl. verſchaffe in rechter Widdumbs-Weiß zu nutzen und zu genieſſen, ſo lang ſie im Wittib-Stand verbleiben, und zu der andern Ehe nicht ſchreiten werde, wie er dann umb ſolche verſchaffte Summ ſie an diejenige 8000. fl. welche er bey des Heil. Reichs Stadt Schwäb. Hall auf dem Um-Geld ſtehen habe, an- und überweiſe, alſo und dergeſtalt, daß ſie zwar die jährliche Nutznieſſung darvon einziehen, und damit nach Belieben ſchalten und walten, das Capital aber auffzukünden kein Fug noch Macht haben, ſondern das Eigenthum ſeinen Erben (nehmlich nach ihrem Tod oder Wieder-Verheurathung) in alleweg ungekränckt verbleiben und vorbehalten ſeyn ſolle, denn da es ſich nach dem Willen GOttes zutrüge, daß auch ſie ſeine Ehe-Gemahlin dieſe Welt geſeegnen, oder aber zu der andern Ehe ſchreiten ſolte, ſo ſolle auf einen und den andern Fall die Widdumbs-Nieſſung alsbald ihre Endſchafft erreicht, und hingegen ſeine liebe Enckelin ſolches Capital der 8000. fl. mit aller Nutzung eigenthumlich und unwiederrufflich, jedoch mit dem Unterſcheid haben und beſitzen, daß zwar zur Zeit bege-

begebenden Tod = Falls oder anderwärtiger Verheurathung seiner Ehe = Gemahlin, wann so dann sein lieber Sohn entweders noch im Leben, oder aber mit Hinterlassung Männlicher Leibs = Erben verstorben seyn wird, das Capital der 8000. fl. zwischen gedachten seines Sohns und seiner Frau Tochter beederseits ehelich erzielten Töchtern, seinen lieben Encklin in stirpes getheilt werden, und jeglichem Stamm-Theil die Helffte desselbigen eigenthumlich zustehen und gebühren solle, da sich aber entweders folgender Zeiten der Fall zutragen und begeben solte, daß sein Sohn ohne Hinterlassung ehelicher Erben männlichen Stammens diese Welt geseegnen würde, oder auch dieses sich ereignen möchte, NB. daß zur Zeit erfolgender Endigung des Widdumbs = Niesses derselbige bereits ohne Hinterlassung Männlicher Leibs = Erben mit Tod abgangen seyn solte, so solle eines und andern Falls das völlige Capital der 8000. fl. NB. mit allem Recht und Nutzung seiner Frau Tochter jungen Töchtern eintzig und allein zufallen und gebühren. Soll das Capital quæst. nach Endigung des Widdumb = Niesses pro diversitate casuum contingentium einseitig völlig mit allem Recht und Nutzung zufallen und gebühren, oder unter beeder seits Encklin in zwey Theil vertheilt werden, müssen sie vorhin währendem Widdumb = Niessens ausser der Hoffnung darzu noch kein Recht, und also auch das Eigenthum daran nicht gehabt haben.

20 Gesetzt aber 2.) daß die Proprietas des quæstionirten Capitals gleich à morte Testatoris auf die Prælegatarias transferirt, und allein der ususfructus ad tempus mortis aviæ differirt, also dessen Prælegat mehr pro puro, dann pro conditionali legato zu halten wäre, so folgte doch darum nicht, daß die Moserische Töchter zweyter Ehe an demselben zu participiren hätten, sondern vielmehr das Contrarium, daß sie so viel weniger daran Theil haben könten.

21 Nam ut legato vel fideicommisso in diem vel sub conditione relicto saltem nati vel concepti tempore purificatæ conditionis, quo dies legati vel fideicommissi tunc cedit, non postea nati ad illud admittuntur, per firmata in priori Consilio, ita Legato vel Fideicommisso pure aut in diem certum relicto solum tempore conditi testamenti vel mortis testatoris, non autem posteà nati admittuntur, quæ sententia primò probatur ac stabilitur textibus satis claris & apertis

in l. 19. ff. de reb. dub. l. 15. §. fin. l. 17. pr. ff. de legat. 1. ubi relictum filiabus testatoris saltem jam natis, non verò posthumis deberi dicitur, nisi ex indiciis appareat, testatorem aliud voluisse, & de iis quoque sensisse, fortè, quod in aliqua parte testamenti earum mentionem fecerit. *l. 32. §. 6. de legat. 2.*

Secundo successio testamentaria, quæ fit 22
vi testamenti vel ultimævoluntatis, regulatur à successione ab intestato

Glossa *in d. l. 32. §. 6. de legat. 2.* & ibi Dd. Cephal. *Cons. 313. num. 15.* Dec. *Cons. 1. num. 340. 344.* Menoch. *Cons. 554. num. 5.* Fusar. *qu. 481.*

Atqui ab intestato ut agnatus, vel tan- 23
quam cognatus, vel tanquam nepos successurus, debet esse talis tempore mortis ejus, de cujus successione agitur,

l. 6. pr. vers. sed hæc ita. ff. de injust. rupt. irrit. testament. ubi Ulpianus JCtus notanter ait: *Sed hæc ita si mortis avi tempore in utero nepos fuit, cæterum si postea conceptus est, Marcellus scribit neque ut suum, neque ut nepotem, aut cognatum ad hereditatem vel bonorum possessionem posse admitti. l. 47. §. pen. de bon. libert. l. 1. §. 8. ff. und. cognat.* Vinc. Fusar. *de fideicommiss. substit. quæst. 318. num. 1. 2.*

Ratio est, quia conceptus & natus post 24
alicujus mortem illi non agnascitur vel cognascitur.

l. 8. ff. de suis & legit. hered.

Cum itaque in præcitatis legibus dica- 25
tur, quod volens ut agnatus vel cognatus succedere in legato vel fideicommisso puro, sit agnatus tempore conditi testamenti vel mortis testatoris, quia tunc cedit dies legati vel fideicommissi illius, sequitur à contrario sensu non sufficere, si post illa tempore agnatus efficiatur, velut ita hac ratione à contrario sensu usus est.

Menoch. *Cons. 413. num. 10. & Cons. 566. num. 5.*

Tertio sicuti quando tempore mortis te- 26
statoris, quo cedit dies legati vel fideicommissi puri, honoratus est mortuus, legatum vel fideicommissum fit caducum;

l. un. §. & cum triplici. 4. C. de caduc. tollend.

ita quando tempore mortis testatoris non 27
reperitur natus vel conceptus qui legatum vel fideicommissum prætendit, non erit admittendus, nisi doceat se à testatore vocatum, eumque de postea quandocunque nascituris non minus, quam de mortis suæ tempore natis sensisse, & omnes indistinctim vocasse.

Socin. *in d. l. 19. ff. de reb. dub.* Fusar. *d. q. 318. n. 1. 2. seqq.*

Und

28 Und obwohl 3.) der Herr Testator Anfangs in genere seiner lieben Enckelin gedencket, daß selbe gedachtes Capital der 8000 fl. mit aller Nutzung eigenthumlich und unwiederrufflich nach seiner Gemahlin Todt oder anderwärtiger Verheurathung haben sollen, so zeiget er doch gleich dabey an, daß es unter den zur Zeit begebenden Tod-Falls oder anderwärtiger Verheurathung seiner Ehe-Gemahlin von seinem Sohn und Tochter beederseits ehelich erzielten Töchtern als seinen lieben Enckelin vertheilt, und die Helffte denen von der Tochter, die andere Helffte aber denen von dem Sohn erzeugten Töchtern eigenthumlich zustehen und gebühren solle, wann der Sohn zu der Zeit noch leben, oder mit Hinterlassung männlicher Leibs-Erben verstorben seyn werde, falls er aber ohn Hinterlassung ehelicher Erben Männlichen Stammens mit Todt abgangen seyn solte, das völlige Capital der 8000 fl. der Tochter jungen Töchtern eintzig und allein zufallen und gebühren solle. 29 Deßwegen ob gleich tempore conditi testamenti & mortis testatoris nur eine Moserische Tochter gebohren und im Leben gewesen, so haben jedoch ihre beede vollbürtige Schwestern, die vor dem Ableiben der seel. Frau Generalin gebohren worden, ehe das Legat angefallen, quippe cujus dies modò cessit ab obitu illius, davon nicht excludirt werden können, sondern haben, weil sie tempore cedentis diei & evenientis conditionis, sub qua legatum relictum, erzielt gewesen, nothwendig mit admittirt werden müssen, dagegen die ex secundo matrimonio viel Jahr hernach erzeugte ex illa ratione, quia tempore cedentis diei relicti legati nec natæ nec conceptæ fuere, keinen Zutritt darzu oder Antheil daran prætendiren können.

30 Die andere jetzo fürgelegte Frage belangend:

Weme der ältesten aus erster Ehe erzeugten vor wenig Jahren in Sachsen gestorbenen Moserischen Tochter Antheil an quæstionirtem Legat gebühre?

So möchte es wohl das Ansehen ersten Anblicks haben, daß weil es ihro schon angefallen und acquirirt, also ihr eigenthumliches Gut gewesen, sie solches ab intestato nicht nur auf ihre beede vollbürtige Schwestern, sondern zugleich auf ihren Herrn Vatter und vollbürtige beede Brüder mit verfället,

31 cum indubitati juris sit, quod si quis decedat nullis relictis liberis, illi extantes Parentes cum superstitibus fratribus & sororibus germanis ex æquo pro numero personarum succedant,

Nov. 118. cap. 2. vers. *si vero cum ascendentibus &c.*

exclusis fratribus ac sororibus unilateralibus, ita, ut nec consanguinei cum Patre, sicut nec uterini cum matre, concurrant. 32

Auth. Defuncto. C. ad SCt. Tertull.

utut aliud visum fuerit

Paulo de Castro *ad d. Authent.* quem consulendo secutus est Hier. Schurff. *cent. 1. Cons. 5. per tot.*

Et quidem cum Parentibus fratres & sorores germani germanæque succedant pleno jure, ita, ut Pater ne quidem usumfructum ex portione fratum & sororum (liberorum suorum & cohæredum) sibi vindicare queat, 33

d. Auth. Defuncto.

quod non tantum in bonis castrensibus & quasi castrensibus, sed etiam in adventitiis, non modo irregularibus, quæ defuncti fratris vel defunctæ sororis pleno jure fuerunt, sed etiam regularibus, in quibus vivo filio- aut filiafamilias jam habuit usumfructum Pater, obtinet, ita, ut ille ususfructus, quem Pater habuit, hac ratione finiatur 34

per tradita Frantzkii *ad Instit. lib. 3. c. 10. num. 44. seqq.* Kholii *de Pact. dotal. qu. 14. num. 4.* Barry *de succes. tom. 2. lib. 18. tit. 2. num. 3.* Peretzii *in cod. tit. ad SCt. Tertull. num. 7.* Gothofred. *ad l. 7. C. d. t.* à quibus quoad bona adventitia regularia dissentit Dn. Stryck. *de succes. ab Intest. Diss. 2. c. 1. num. 25.* cum Blas. Michalor. *de fratrib. p. 1. cap. 3. num. 27.*

Und sich der Herr Vatter, und beede Hrn. Brüder dadurch nicht præjudicirt haben, daß sie sich noch niemahls ihrer Portion halber angemeldet, sondern die beede vollbürtige Schwestern alles andere der verstorbenen Hinterlassenes erben lassen, weil das tempus præscriptionis ad excludendam actionem, hereditatis nempe petitionem, noch nicht verflossen. 35

Constat enim hereditatis petitionem non nisi 30. annis excludi & præscribi.

l. 7. C. de hered. pet.

Dessen jedoch unerachtet halten wir beständig dafür, daß solch der ältesten in Sachsen verstorbener Moserischen Tochter, ihro per mortem Aviæ angefallenes, und durch ihren Todt wieder erledigtes, Antheil am quæstionirten Legat niemand anders, als den beeden vollbürtigen Schwestern, der Frau von Brettholtz, und Frau von Ziegesär gehöre, und weder dero Herrn Vatter, noch dero vollbürtige Brüder ichtwas daran zu prætendiren haben, und dieses der Ursach, weil öffters ermeldtes Prælegat von dem Testatore *in §. 5. & 23.* dergestalt mit dem Fideicommiss beschlagen, und afficirt, daß nicht nur die Moserischen Töchter, 36 37

ter, so damit honorirt worden, einander mit Ausschliessung ihres Herrn Vatters und Hrn. Brüder in ihrer Helffte des Capitals succediren sollen, sondern auch so gar, wann sie alle sammthafft mit Todt abgangen seyn sollten, alsdann sothaner ihr halber Theil des Capitals den Löwenschildischen Töchtern anfallen, und ihnen das völlige Capital der 8000 fl. einig und allein alsdann zustehen, und gebühren solle, wie selbiges die beede angezogene §§. Testamenti nicht ohndeutlich geben, gestalten der 38
Testator *in §. 5.* ausdrucklich ordnet, **daß das Prælegat der 8000 fl. unter des Sohns und Tochter Töchtern, als seinen lieben Enckelin** in Stripes i. e. **in zwey Theile getheilet, und jeglichem Stamm-Theil die Helffte desselbigen eigenthumlich zustehen und gebühren,** i. e. des Sohns Töchtern eine, und der Tochter Töchtern, die andere Helffte zugehören solle, sie mögen ein und anderer Seiten an der Zahl gleich oder ungleich, und so viel seyn, als da wollen, folglich wann eine ohne Kinder abstirbt, soll deren Antheil an der Helffte ihren übrigen honorirten Schwestern zufallen, zumahlen ob reciprocam *in seq. §. 22. & 23.* tam nepotum & neptium sibi invicem, quam ipsorum liberorum in omnibus, tam quæ heredis institutionis quam legati aut prælegati titulo acceperant, factam substitutionem, ob also der verstorbenen Moserischen Tochter wohl der dritte Theil an der Helffte des Capitals per mortem aviæ angefallen, und ihr eigenthumliches Gut worden, so hat sie es doch anders nicht denn cum illo annexo a testatore onere acquirirt, und hat es also auch auf keine andere, denn auf die, so a testatore vi constituti fideicommissi ad successionem vocirt, ab intestato verfällen können, das sind aber forderist ihre leibliche Schwestern, so dann nach deren gesambten tödtlichen Hintritt und Abgang, die Löwenschildische Töchter, so er den Moserischen Töchtern in diesem Prælegato substituirt, so daß wann sie samenthafft mit Tödt abgehen sollten, den Löwenschildischen Töchtern das völlige Capital der 8000 fl. eintzig und allein zufallen, und gebühren sollte, welches unmüglich geschehen und zum Effect gebracht werden könte, wann auf einer oder der andern Moserischen Tochter Absterben ihr Herr Vatter und Brüder mit den Schwestern in der Verstorbenen gehabten Antheil des Legats hätten ab intestato succediren sollen; inmassen solcher ge- 39
stalten die bona fideicommisso obnoxia aus der personarum fideicommisso gravatarum Händen kommen würden, und casu fideicommissi eveniente nimmer wieder zusammen zu bringen wären. Wie nun deswegen die erste 40
in contrarium angeführte dubitandi ratio nichts vermag, also verfängt noch weniger die andere, gestalten selbige das jus succedendi & per successionem acquisitum jus hereditarium præsupponiret, welches aber weder dem Vatter noch den Brüdern jemahls in hoc respective filiabus & sororibus relicto, ac neptibus ex filia testatoris fideicommissi jure affecto Prælegato competirt zu haben, wir gestehen und zugeben können, sondern nochmahlen der unvorgreifflichen rechtlichen Meynung seyn, daß solches ex Testatoris mente & voluntate einig den leiblichen Schwestern zustehe, und selbige demnach ihrer ohne Kinder verstorbenen Schwester Antheil mit Recht ihnen vindiciren.

Welches wir zu verlangter Rechtlichen Nachricht dienstlich anfügen, und zu ferner allmüglichster Dienstgefliessenheit uns obligiren, unter Göttlicher Schirms-Empfehlung verharrend ꝛc.
Actum in Collegio nostro d. 18. April. 1699.

CONSILIUM LXXXIII.

DE

Restitutione in integrum adversus tres conformes sententias, ex capite minorennitatis petita. &c.

SUMMARIA.

1. Seqq. Rationes sententiæ variæ ex facto adductæ.

6. Lex un. C. ne liceat in una eademque causa tertio provoc. etiam ad revisionem, supplicationem, restitutionem in integrum, & nullitatum deductionem, aliaque remedia sententias impugnantia extenditur.

7. In exclusione ulterioris remedii post tres conformes sententias eadem ratio, quæ in tertia provocatione.

8. Quænam sententiæ pro conformibus haberi debeant?

9. Refertur Dd. sententia, nec restitutionem in integrum ex capite minorennitatis hoc casu admittentium.

10. Contraria aliorum sententia.

11. Prior tanquam tutior, asseritur, præsertim ubi patet minores abunde esse defensos, & restitutionem peti tantum ad protrahendam litem.

12. Creditor nec a pupillo vel minore in solutum accipere cogitur invitus nomen seu obligationem Principis Cameralem.

Urthel.

Urtheil.

IN Restitutions- und resp. Supplications-Sachen weyland Land-Drost Curdt Wilhelm von Lenthen nachgelassener Wittib und Erben, beklagten Imploranten Eines, entgegen und wider weyland Jobst Wilhelm von Lenthen, nachmals weyland Drosten von Weyhe nachgelassene Wittib Agnesa von Schmulling, Klägerin, itzige Imploratin andern Theils, erkennen und sprechen wir Churfürstl. Braunschweig-Lüneburgische verordnete Vice-Cantzler und Räthe, allem gerichtlichen Fürbringen nach, auf eingeholten Rath auswärtiger unpartheyischen Rechts-Gelehrten vor Recht, daß es der Haupt-Sach halber-, alles Einwendens ungeachtet, bey der den 12. Julii 1695. publicirten, hernach den 12. Decembr. 1695. und abermal den 4. Julii 1696. confirmirten Urtheil sein ungeändertes Verbleiben habe, und keine Restitution in integrum, Supplication, oder einiges anderes Mittel, dadurch die Urtheil infirmiret werden könte, mehr dawider statt finde, sondern die Beklagte und Imploranten nunmehro ohn allen fernern Aufenthalt die eingeklagte 950. Rthlr. saint den darauf à tempore moræ verfallenen Zinsen innerhalb zwey Monathen, so ihnen nochmals bey Vermeydung der Execution und wircklicher Immission in die besitzende Güter dazu bestimmet wird, zu bezahlen schuldig und verbunden seyn sollen; Es wäre dann, daß sie bey dem uff den 2. Jan. 1697. angesetzt gewesenen und gehaltenen mündlichen Vorbescheide, durch die producirte Original-Executoriales von der Churfürstl. Brandenb. Mindischen Regierung und Cantzley zu Rechtl. Gnüge dargethan hätten, wie sie Num. Act. 98. vorgeben, oder noch durch einbringende glaubhaffte Quittung von den Endischen Erben vor Verlauff der zwey Monathen erweisen könten, daß die von der Klägerin und Imploratin des General-Majors von Ende Erben cedirte 200. Rthlr. samt dem aufgewachsenen Interesse, durch wircklich verhengte Execution von der Beklagten und Imploranten resp. Ehe-, Manns und Vaters seel. ausständigen Besoldung denselben warhafftig erstattet und entrichtet worden, weßfalls sothane 200. Rthl. samt dem Interesse an der durch Urtheil und Recht zuerkandten Summ der 950. Rthl. samt Interesse, abzukürtzen wären.

Was aber die angemaßte und in der den 4. Julii 1696. publicirten Urtheil abgesprochene Reconvention belanget, wird den Beklagten und Imploranten, wann die beyden jüngsten Söhne des Curdt Wilhelm von Lenthen ihr minderjähriges Alter, wie sich gebührt, beybringen, gleichwohl mediante Restitutione in integrum zugelassen und erlaubt, alsdann wann die Conventions-Klage durch wirckliche völlige Zahlung oder andere Satisfaction vorher gäntzlich erledigt seyn wird, und sie Rechts-begründete Ansprach und Gegen-Forderung an Klägerin und Implorantin zu haben vermeynen, auch sie deren in Güte nicht erlassen wollen, solche ihre anmassende Gegen-Klage wider die Klägerin und Implorantin auf ihre Gefahr noch zu instituiren. Gestalten wir Beklagte und Imploranten hiemit respective dazu condemniren, und ihnen dieses zulassen. V. R. W.

Daß diese Urtheil den Rechten ꝛc. ꝛc.

RATIONES DECIDENDI.

DIe Ursachen so uns zu Abfassung vorstehender Urtheil in dieser schon so lange herumgezogenen, und erst wieder in neue Weitläufftigkeit zu ziehen, und ab ovo denuo wieder anzufangen trachtenden Sache, bewogen, kürtzlich nur zu berühren, bestehen selbige darinn:

1 Daß 1) Klägerin und Imploratin Forderung auf einem zwischen ihr und der Beklagten und Imploranten respective Ehemann und Vater seel. weyland Curdt Wilhelm von Lenthen, Churfürstl. Brandenburgischen Ober-Stallmeistern und Land-Drosten, aufrichtig getroffenen, und mit Brief und Siegel bestättigten Verglich und Verschreibung fundirt und gegründet sey, darinn dieser jener wegen ihres noch rückständigen ihrem seel. Ehe-Herrn Jobst Wilhelm von Lenthen zugebrachten, und in das Lenthische Lehn-Gut zu Sarstädte verwendeten Braut-Schatzes und Wittums gegen Abtretung sothaner Sarstädtischen Lehn-Güter, die sie post mortem mariti jure retentionis dicta ex causa

inngehabt, possedirt, und besessen, dabey auch von Hochfürstl. Stifft Hildesheimischer Cantzley geschützt und manutenirt worden, 2000. Rthlr. in vier Terminen zu bezahlen ehrlich versprochen und zugesagt, laut des den 12. Julii 1677. zu Hildesheim punctirten und nachmals den 27. Martii 1678. formlich aufgerichteten und mit Hand und Siegel corroborirten Recess Num. Act. 2. & 31. copialiter beygelegt, der paratam Executionem nach sich ziehet, krafft deren von weyland Hertzog Friedrich Ulrichen zu Braunschweig und Lüneburg den 3. Nov. 1617. publicirten Constitution wegen Exequirung untadelhaffter Siegel und Brieffe, so daß darwider niemand zum Process verstattet, und keine Widerrede oder Exception, ausser der Exceptione solutionis dawider zugelassen oder angenommen, sondern innhalts gegebener Brieffe und Siegel ohnverzüglich und alsbald zur Execution verhelffen werden solle.

3 So hier 2) um so mehr billig statt finden sollen, als nicht nur solcher Verglich, und darinn gethane ehrliche und aufrichtige Zusage, von dem sich gegen Abtretung des Guts, so gleich erfolat, zu Zahlung der 2000. Rthlr. obligirten Debitore, weyland Curt Wilhelm von Lenthen, in gefolgten Zeiten, durch drey in zerschiedenen Jahren, nemlich den 14 (24.) Decembr. 1684. den 26. Maji 1686. und 10. Julii 1689. an Klägerin abgelassenen Schreiben, bonâ fide agnoscirt, und nochmals approbiret, sondern auch dabey apertè ferner bekennet worden, daß er Klägerin die versprochene Summ der 2000. Rthlr. noch nicht völlig bezahlet, noch wegen Mangel der baaren Mittel und Gelder dazu gelangen können, daß er Klägerin, wie er wohl schuldig, vergnügen und befriedigen mögen, die Bezahlung aber der noch rückständigen itzo geforderter Termine und Zieler iteratò, ohn einige an Klägerin machende Gegenforderung, wegen ihrer seits nicht adimplirter Transaction, noch præstirter Satisfaction in einigem Stück des Verglichs, ohn alle Ausflucht und Exception (deren wann er einige gehabt, selbe ohn Zweiffel würde allegiret, und nicht nur immerdar um Ständung und Gedult gebeten, so dann sich zu völliger Vergnügung der Klägerin offerirt haben, gestalten ja der seel. Ober-Stallmeister und Land-Drost unzweifflich bessere und genauere Kundschafft von allem, was zwischen ihm und Klägerin gehandelt worden, gehabt, als itzo beklagte seine Wittib und Erben) als ein ehrlicher Mann bona fide, so bald ihm immer möglich seyn werde, zu thun toties quoties verheissen und constituirt, Innhalts angezogener seiner eigenhändigen Schreiben Num. Act. 32. 33. 107.

4 Derentwegen nachdem man 3) Beklagten und Imploranten aus lauterm Uberfluß schon mehr denn zu viel wider obige heylsame Constitution indulgiret, und sie mit ihren theils unerweißlichen, theils durch den Verglich selbst widerlegten, theils sonst ungegründeten oder doch von Fr. Klägerin und Imploratin gnugsam elidirt- und enervirten Exceptionibus per omnes Instantias überflüssig gehört, gedachte toties opponirte und novo apparatu immer recoquirte Exceptiones aber nicht nur schon durch drey, sondern wohl vier, fünff und mehr conformes sententias, Decreta & Mandata consonantia, atque ad eundem finem cum sententiis tendentia, rejicirt, und Beklagte und Imploranten zu endlicher Entrichtung der so aufrichtig und ehrlich durch Verglich versprochenen, mit klaren Brief und Siegel nicht nur einmal bestättigten, sondern von Debitore in seiner übrigen Lebens-Zeit nach getroffenem Verglich eilff gantzer gefolgter Jahr hindurch, so offt münd- und schrifftlich, ohn einige Widerred, Auszug oder Behelff, bona fide agnoscirten, und zu bezahlen iteratò versprochenen Schuld, so dem Verglich nach schon in An. 1680. völlig hätte sollen geschehen, gantz gerecht und billig condemnirt worden, würde es fürwahr einem cordato & conscientioso Judici vel JCto unverantwortlich fallen, wann er Beklagten und Imploranten noch weiter indulgiren wolte, die Klägerin und Imploratin, die gleichwohl ebenmässig wie Fr. Mitt-Beklagtin auch eine Wittib ist, und ihre eingebrachte ältere dotem suchet wider alle Recht und Billigkeit in ihrer gerechten sich auf klaren Brieff und Siegel gründenden Sache, und rechtmässigen, ex transactione inter transigentes, eorumque heredes non minorem, quam res judicata, authoritatem habiturâ herrührenden schon durch so viel Urtheile erstrittenen und zuerkandten, Forderung, länger herum zu ziehen und zu schleppen, nach bereits ergangenen Mandatis Executorialibus.

Der Ursach halber wir dann 4) ex dictamine conscientiæ & Legum nostrarum nicht anders 4
können, als die von den mitbeklagten Söhnen des Debitoris seel. per Implorationem Officii Judicis Nobilis ex capite minoris ætatis (quæ necdum tamen etiam probata, sicut nec formalis eorum læsio apparet) gesuchte Restitution in integrum contra secundam in causa latam & 12. Jul. 1695. publicatam sententiam, in supplicationis contra eam interpositæ, & pro posse satis justificatæ Instantia per tertiam sententiam 12. Dec. 1695. confirmatam, atque in Restitutionis in integrum ex causis in exhibito libello gravatoriali deductis petitæ instantiæ per quartam sententiam 4. Julii 1696. denuo approbatam, & per emissum 1. Octobr. ejusd. anni Mandatum Executoriale s. Immissoriale Decretum, item d. 24. Nov. & 22. Decembr. d. an. 1696. datum ulterius corroboratum, abzuschlagen, zumalen da ex Actis erhellet, daß nach des seel. Hrn. Ober-Stallmeisters, Curth Wilhelm von Lenthen, der allein, so lang er gelebt, exceptionem dilatoriam præventionis ex arresto in Curia Hildesheimensi petito inductæ opponirt, Tode, dessen Fr. Wittib nicht nur allein in ihrem, sondern auch als legitima Tutrix & Curatrix liberorum suorum, zugleich in gesamter Erben, und also in aller ihrer Kinder Namen, die Sache geführt und bisher prosequirt, die nichtige und unerhebliche Exceptiones opponirt, von der selbige rejicirenden Urtheil supplicirt, die Supplication justifi-

juſtificirt, als aber auch in der Supplications-Inſtanz dieſelbe wiederum vor unerheblich erkandt, wider ſothane confirmatoriam ſententiam reſtitutionem in integrum communium heredum nomine geſucht, die zum zweytenmal ſchon rejicirte Exceptiones reproducirt, darauf aber in der Haupt-Sache wieder eine neue Confirmatoria ergangen. Sind demnach die mitbeklagte Söhne des ſeel. Hn. Ober-Stallmeiſters und Land-Droſten nicht indefenſi hactenus geſtanden, noch von ihrer Fr. Mutter und deren gebrauchten Advocaten und Procuratoren ichtwas, womit ſie können auffkommen, unterlaſſen oder verabſaumet, ſondern alles was ſie immer einwenden und beybringen können, eingewandt und beygebracht, ſo aber den Stich wider klaren Brief und Siegel nicht halten mögen.

5 Deswegen weil ſie beklagte Lentiſche Söhne 5) in der Haupt-Sach wider ihres Vaters toties von ihm bona fide agnoſcirte und approbirte klare Brief und Siegel nichts neues von mehrer Erheblichkeit beybringen, ſondern crambem à Matre toties jam coctam & recoctam nur reponiren werden, und gleichwohl in der Cantzley-Ordnung tit. 30. §. 12. verſehen, daß Præſident und Rathe ſteiff und feſt darüber halten ſollen, daß wann in einer Sache einmal ſuppliciret und eine Confirmatoria darauf erfolget, alsdann dem vorigen Supplicanti in eodem puncto zum andernmal zu ſuppliciren nicht verſtattet, ſondern die Sache zu unverlängter Execution befördert werde, ſo mag, nachdem hier gedachter Lenthiſchen Söhne Fr. Mutter in ihrem Namen wider die den 12. Julii 1695. publicirte Urtheil, dawider ſie Reſtitution in integrum itzo denuo begehren, nicht nur bereits ſuppliciret, ſondern auch wider deren ergangenen Confirmatoriam hernach noch ferner allſchon einmal Reſtitutionem in integrum geſucht und erhalten, jedoch obgedachte Urtheil nochmals confirmiret worden, ihnen Lentiſchen Söhnen, ob ſie gleich minorennes, nicht noch ein und alſo zum andernmal die Reſtitutio in integrum zu mercklichem offenbahren Schaden der gewinnenden Parthey und fernern Aufenthalt der Execution wider klare Brieffe und Siegel angedeyhen, contra tot conformes ſententias & Decreta ac Mandata conſonantia.

6 Conſtat enim in una eademque cauſa, ſuper iisdem articulis, & inter eosdem litigantes, non licere tertio provocare

l. un. C. ne liceat in una eademque cauſa tertio provoc. Covarruv. *Pract. qu. cap. 25. n. 6.* Menoch. *Conſ. 509. n. 17.* Grivell. *dec. 62.* quod ad reviſionem, ſupplicationem, reſtitutionem in integrum, & nullitatum deductionem, aliaque remedia, quibus alias ſententias impugnare conceditur, vulgo extenditur, ceu quæ provocationis ulterioris inſtar ſe habent, ideoque non admittenda, niſi ubi provocare integrum.

7 Eſt ergo ea poſt tres conformes ſententias excludendi eadem ratio, quæ in tertia provocatione, tum ob præſumptionem, quæ pro iſtis eſt, tum ut litium tandem finis ſit.

poſt alios Mev. *p. 7. dec. 308.* qui in ſeq. *dec. 309.* quoque definit, quæ ſententiæ habendæ conformes, ſcil. non ad verba ſolum ſed ad mentem & effectum reſpiciendum eſſe docens, ita ut pro talibus habeantur etiam quæ in ſubſtantia conveniunt, & licet quoad tenorem verborum differant, tamen diverſimode ad eundem effectum tendunt, quemadmodum in præſenti noſtra cauſa latæ ſententiæ, quatenus negotium principale concernunt, omnes in ſubſtantia conveniunt, ideoque omnino conformes cenſendæ. 8

Et idem quoque in minoribus obtinere, ut nempe nec his adverſus tres conformes ſententias reſtitutio in integrum detur, tenent 9

Baldus, Alexander, Ripa, Covarruvias, Graſſus, Caldus, Gamma & alii ap. Hector Capicium Latron. *Conſult. 100. n. 1.* pro qua ſententia varias deciſiones affert Sfortias Oddus *de reſtit. in integr. p. 1. qu. 43. art. 3. n. 55.*

utut contrarium ſentiant

poſt Salicet. Maranth. & alios quos allegat Sfort. Oddus *d. l.* Lancellot. *de attent. p. 2. §. 18.* Maſtrill. *dec. 45.* 10

Hic vero priorem ſententiam eo tutius ſequimur, quia minorum (ſi tales ſint) à matre ceu legitimâ Curatrice ſatis defenſorum condemnatio per tres conformes ſententias facta eſt ex Patris, cui ut heredes ſucceſſerunt, transactione & promiſſione, manu & ſigillo ejusdem munitâ & corroborata, totque ejusdem literis propriâ itidem manu exaratis ſemper bonâ fide ad finem fere vitæ usque agnitâ, cum toties iterata ſolutionis promiſſione, quarum trium conformium ſentiarum juſtitia ex Actis ſatis apparet, contra adeſt validiſſima præſumptio calumnioſe contra eas peti reſtitutionem in integrum ſaltem ad protrahendam juſtiſſimam earundem executionem, tanto ergo minus illa concedenda, & ſententiarum iſtaram executio ulterius differenda, ut aliquando tandem litis in tot annos jam tum protractæ finis exiſtat, & cum tanto diſpendio, labore & tempore ab Actrice obtentæ ſententiæ non ſint ludibrio. 11

Clem. ut Calumniis. de re judic. j. l. 38. ff. de minor.

Wann nun die ulterior reſtitutio in integrum, wie billig ex deductis, denegirt und abgeſchlagen wird, ſo folgt 6) von ſelbſt der ergangenen in ihren Kräfften alſo bleibenden Urtheile unverlängte Execution und bereits erkandte und anbefohlene Immiſſion in die beſitzende von weyl. Curt Wilhelm von Lenthe auf Bekl. und Imploranten gekommene Güter, und kan ſolche per oblationem nominis vel Obligationis Princip. Cameralis nicht gehemmet und gehindert werden 1. nec enim Creditor invitus etiam à pupillo vel minore in ſolutum accipere cogitur nomen ſeu obligationem Principis Cameralem, per tradita & firmata 12

à Carpzov. *lib. 5. Reſp. 107. per integr.*

Damit aber gleichwohl Bekl. und Imploranten ſo weniger 7) per denegationem petitæ reſtitutionis in integrum contra tot in principali 13

conformes sententias & futuram earundem sententiarum executionem einig formal læsion noch zuwachsen möchte, haben wir zum Uberfluß in der Urtheil angehängt, daß falls Beklagte und Imploranten bey dem am 2. Jan. 1697. gehaltenen mündlichen Verhör und Vorbescheide durch die producirte Original-Executioriales von der Churfurstl. Brandenburgischen Mindischen Regierung und Cantzley zu rechtl. Gnüge dargethan hätten, wie sie Num. Act. 98. vorgeben, (davon wir nicht judiciren können, weil das gehaltene Protocoll samt den producirten Beylagen bey den Actis nicht befindlich) oder auch noch durch einspringende glaubhaffte Quittung von den Endischen Erben vor Verlauff der 2. Monathen, die ad solutionem in der Urtheil bestimmet, erweisen könten, daß die ab Actrice des General-Majors von Ende Erben cedirte 200. Rthr. samt dem Interesse erstattet und entrichtet worden, selbe von der Klägerin und Imploratin zuerkandten Summ der 950. Rthl. samt Interesse abzukürtzen oder abzuziehen.

Desgleichen haben wir ex eadem causa ihnen 8) die bereits abgesprochene Reconvention (in latiori sensu also genandt) zugelassen, und erlaubt, wann sie meinen Rechts-begründete Ansprach und Forderung an Kl. Imploratin zu haben, solche zu instituiren und zu prosequiren, auf ihre Gefahr, doch nicht eher als bis die Conventions-Klage gäntzlich per præstitam satisfactionem erledigt, damit nicht also die Execution in dieser Sach per mutuam illam petitionem verhindert oder gehemmet werde.

Welches wir ꝛc. Actum in collegio nostro d. 23. Junii 1699.

CONSILIUM LXXXIV.

DE

Præsumptione pro qualitate censitica bonorum annuæ pensionis præstationi obnoxiorum, & de annui census frumentarii præstatione legitima.

SUMMARIA.

Quænam actio in præsenti casu potissimum videatur instituta?

2. *Quid veniat in Actionem emphyteuticariam?*

4. *Sec. Recess. Deput. Spir. de Ao. 1600. §. So viel nun. 152. non nisi usuræ 5. pro centum permissæ.*

5. *Usuræ ultra alterum tantum peti non possunt, etiamsi singulis annis particulariter sint solutæ, sed ultra solutæ sorti imputandæ, eaque sic absorpta, id, quod amplius solutum, repeti potest condictione indebiti.*

6. *Magna & insignis differentia est inter Bona locata, Bestand- und Laß-Güter, inter Bona Emphyteutica, Erb-Zins-Güter, & inter Bona Censitica, schlechte Zins-Güter.*

7 *Quænam sint Bona locata, Laß-Güter?*

8. *Actor bona illa, ex quibus annua præstatur pensio, locata esse, asserens, Reo negante, titulum locati probare debet.*

9. *In dubio pro Reo judicandum, & maximè si bona illa venditionis, donationis vel simili alio titulo in tertium translata fuerint, potius ea pro censiticis, vel emphyteuticis habenda conf. n. 23.*

10. *Differentiæ Bonorum Emphyteuticorum & Censiticorum specialius demonstrantur.*
Scil. 1. Emphyteuta habet tantum possessionem naturalem & Dominium utile, una cum lege præstandi annuum canonem, in recognitionem Dominii directi; Censitus verò habet Dominium plenum, & possessionem non tantum naturalem, sed & civilem, & pensionem certam tantum in memoriam pristini dominii præstat. ibid

11. 12. *Emphyteuta si in solutione canonis per tempus lege definitum cessaverit, perdit Emphyteusin; Censuarius, licet per plures annos censum non solverit, prædium non perdit, sed tum Domino census, dem Zins-Herrn, competit actio personalis ad interesse. conf. n. 28. Von dem Rutschier-Recht. ibid.*

12. 13. *Emphyteusis sine consensu domini directi requisito alienari nequit; bene vero Censitus prædium censiticum.*

13. *Bona q. cujus nam ex dictis generis sint disquiritur.*

14. *Non esse ea locata.*

15. *Qui per immemoriale tempus bona tanquam propria possederunt, jure hæreditario ad posteros transmiserunt, eaque irrequisito cujusquam consensu, sine illius laudem ii exactione aut præstatione, & absque ullius contradictione alienarunt, non aliud jus, quam Dominium plenum & liberum, habuisse censentur.*

16. 17. *Scriptura non est de essentia contractus emphyteutici.*

18. *Consultius tamen est illud negotium in scripturam redigere; id quod & fit communiter.*
Non confectâ & productâ scripturâ, non præsumi Emphyteusin. ibid.

19. *Communis Dd. sententia: quod ex soluto per 30. vel 40. annos uniformi canone inducatur præsumptio emphyteuseos.*

20. *Hæc sententia ita restringenda: scilicet si canon præstitus velut ab Emphyteuta, & solvens pro tali se gesserit. Secus si hæc mens solventis non apparuerit.*

21.

21. *Ubi nulli actus Emphyteuſi conformes adſunt, ex quibus colligi poſſet pro Emphyteutageſtio, imo ubi actus adſunt cum Emphyteuſi parum conſiſtentes, contra hanc militat præſumptio.*

22. *Ex benigniori Dd. ſententia, Emphyteuta partem canonis, maximam præſertim, ſolvens propter reſiduum non ſolutum Emphyteuſin non perdit.*

Ratio ibid.

23. *In dubio ea bona, de quorum qualitate certo non conſtat, (ex quibus tamen penſio aliqua præſtatur) pro cenſiticis potius quam Emphyteuticis habenda. conf. n. 9.*

24. *ſeqq. Probatur hoc rationibus & ulterius confirmatur.*

29. *Cenſus alius eſt conſtitutivus, alius reſervativus; item alius redimibilis, alius irredimibilis.*

30. *Cenſus, ſi in pecunia numerata conſtituitur, tum pretio proportionatus cenſetur, ſi legitimam uſurarum quantitatem non excedit.*

31. *In quibus Germaniæ Provinciis ſex pro centum exigere promiſſum?*

32. *Si ſemel cenſus vel annuus reditus legitime ſit conſtitutus, non uſurarum, ſed ſortis habet rationem, & inde licet per plurimos annos ſolutus & alterum tantum excedat, non tamen ſiſtitur ejus præſtatio.*

33. *ſeqq. An etiam hodie alterum tantum ſiſtat uſuras?*

37. *Alterum tantum in annuis reditibus & cenſibus ideo non attenditur, quia hic ſubeſt vera, legitima, & per Canones & LL. approbata emptio venditio, ubi nihil acceſſionis loco, velut uſuræ, cenſeri poteſt, cum, quod ultro citroque hic datur, res ſit principalis.*

38. *Non dici poteſt, hic peti duplum, ſortem ſcil. & uſuras, ſed ſimplex tantum petitur præſtatio.*

39. *Si cenſus non in pecunia, ſed in fructibus præſtandus, tamen proportio legitimæ quantitatis uſurarum obſervanda.*

40. *Ob incertitudinem tamen fructuum paulo major eorum cenſus vel reditus permitti ſolet.*

41. *ſeqq. Carpzovii extenſio usque ad læſionem enormem.*

44. *Nec Cataſtra nec libri cenſuales, multo minus igitur ſcripturæ privatæ, in præjudicium tertii, non conſentientis, vim probandi habent.*

45. *Etiamſi quis majores promiſerit uſuras, modo per aliquod tempus minores ſolverit, eæque à creditore ſine ulla contradictione, proteſtatione, ſeu reſervatione acceptæ fuerint, eo ipſo, creditor neque quoad præteritum, neque quoad futurum majores promiſſas amplius exigere poteſt, ut quibus tum renunciaſſe videtur.*

46. *Hoc ad annuos cenſus extenditur; modo longius aliquod tempus effluxum ſit.*

47. *Proteſtationem annuatim repetitam eſſe neceſſariam, ſi ſpontanea minoris debito cenſûs receptio nocere non debeat.*

48. *Perſeverantia in minoris per longius tempus acceptatione tamen nocet, quamvis hæc acceptatio cum aliqua difficultate fiat.*

49. *Cur hic non opus ſit, ut tricennale tempus impletum ſit?*

50. *Ex diutina, per 10 vel 20 annos continuata, receptione ſummæ minoris, creditor reſiduum remiſiſſe præſumitur.*

51. *Quod ad inducendam ejusmodi præſumtionem legitimum tempus præſcriptionis non præciſè requiratur, exemplo demonſtratur.*

52. *Cur hic nec tituli allegatio neceſſaria?*

53. *Ulterior dictorum confirmatio.*

54. *Sententia.*

1 AUs denen Uns Decano und übrigen Doctoribus der Juriſten-Facultæt bey gemeiner Hochfürſtl. Würtembergiſchen Univerſitæt Tübingen, ohnelängſt zugeſandten zwiſchen Herrn Mareſchall und Ober-Jägermeiſtern von Bobenhauſen, Klägern und Appellaten Eines, entgegen und wider einige Unterthanen von Godelau, Crumſtatt, Stockſtatt und Ehrfelden, Beklagten und Appellanten andern Theils, in prima & ſecunda inſtantia ausgeübten Actis haben wir nach fleißiger deren Verleſung in mehrerem erſehen, was Maſſen hochgedachter Herr Marſchall und Ober-Jägermeiſter von Bobenhauſen klagend angebracht, wie daß er die Gottfartiſche ſogenannte Hafer-Gült, in 33. Malter Korn Oppenheimer Maß beſtehend, an ſich erhandelt, dafür gewiße freye Güter unterpfändlich verhafftet, die Cenſiten aber theils zu Godelau, theils von Crumſtatt, Stockſtatt und Ehrfelden ſeyn, es bleibe ihm nun an ſolcher Gülte jährlich ein merckliches zurück, da jedoch die völlige 33 Malter von ſolchen verſchriebenen Unterpfänden fallen ſollen, auch er als Eigenthums-Herr in Ermanglung des rückbleibenden Pfachts Macht habe, die Güter einzuziehen, und nach ſeinem Gefallen damit zu ſchalten und zu walten, welches er den Cenſiten laſſen anfügen, und anbey bedeuten, daß er das ausbleibende an ſie zu ſuchen vorbehielte, und ſeine in dieſe Gült verhypothecirte Unterpfänder angreiffen würde, ſelbige um die volle Pfacht einem zu verleihen, weil ſie aber ſich ſolches nichts anfechten laſſen, als hat er gebeten, an die Schultheiſſen der vier Ort die Verordnung ergehen zu laſſen, den Cenſiten bey nahmhaffter Pœn anzubefehlen, die Unterpfänder, ſie ſeyen beſaamet oder unbeſaamet, ligen zu laſſen, ihme Herrn Klägern einzuraumen, und die hinterbliebene Pfacht noch nachzuſetzen.

Worauf Beklagte Cenſiten mit einer Ex- 2

ception-Schrifft einkommen, anführend, daß sie aus der Klag ersehen, daß Herr Kläger die so genannte Gotthartische Hafer-Gült in 33. Malter Korn Oppenheimer Maß bestehend, von ihnen haben wolle, und bald einen Censum, bald Emphyteusin, bald Unterpfande aus seiner Forderung mache, solche eine Hafer-Gülte nenne, und sage doch, daß sie in 33 Malter Korn bestehe, da jedoch eine Hafer-Gülte keine Korn-Gülte seyn könne, sie sich also in seine Forderung nicht richten können, indem aus allen Umständen zu ersehen, daß kein Pactum, keine Conventio oder Contractus sey, auf welchen sich das Klag-Libell reime, noch sie eigentlich daraus erlernen können, was es sey, quo jure, und von wem ers fordere, demnach sie exceptionem inepti & captiosi libelli opponirend gebeten, sothanen libellum tanquam captiosum & ineptum zu verwerffen, und Herr Kläger nicht eher zu hören, es werde denn eine formliche unterschriebene Klage eingegeben, und die Expensæ vor allen Dingen erstattet, Implorato Nob. Dn. Jud. Officio.

3 Auf dißhin hat Herr Kläger seine Intention dahin erläutert, daß Beklagte von vielen Jahren her ansehnliche und gewiße Güter in ihren Feldern gegen jährliche 33 Malter Korn solche auf eine Meile Wegs und weiter zu liefern, in Bestand haben, welcher Güter Eigenthums-Herr vormahlen Hannß von Haber, nachgehends die von Gotthard und andere von Adel gewesen, und welcher Eigenthum nunmehro vor etlichen Jahren auf Herrn Ober-Marschall von Bobenhausen justo titulo gekommen. Weil aber sie diese Conductores niemalen die schuldige 33 Malter Korn, wie es sich gebührt, nicht geliefert, dahero von vielen Jahren ein zimliches, und eine ansehnliche Summ zurück stehe, worzu ein jedweder Conductor in solidum gehalten, als suche der Herr Ober-Marschall tanquam Dominus & Proprietarius Rechtlich nicht allein an alle und an sie die Conductores insgesammt, sondern auch an einen jeden insonderheit sothanen Ausstand, und will, daß sie die Conductores und Coloni vom Bestand der Güter abstehen. Hat demnach dessen Anwald gebeten die Beständer und Colonos nicht allein sammt und sonders zu Richtigmachung des grossen Rückstandes, sondern auch einen jeden insonderheit die innhabende Güter ligen, und seinem Herrn Principalen, als Eigenthums-Herrn, dieselbe selbsten nutzen zu lassen anzuhalten. Implorato &c.

4 4. Hierauff haben Beklagte wiederhoblet, daß sie die except. libelli inepti & captiosi nicht ohnbillig opponirt, indem in der Klage weder der Name reorum zu befinden, noch das medium concludendi und narratio so beschaffen, daß man wissen oder daraus schliessen könnte, was Herr A. vor eine Action anzustellen willens gewesen, indem er bald Emphyteusin, bald censum, bald locationem conductionem vorgewendet, die Sache unter einander geworffen, und sie also nicht wissen können ob 1.) die angestellte Klag wider sie, und 2.) was vor eine Actio wider sie oder andere angestellet worden sey, daher der Mangel der ad substantialia libelli erforderten Requisitorum das gantze Libell untüchtig gemacht, deswegen sie nochmahls gedachte Exception repetirt, und sich nicht anders als eventualiter einlassen wollen.

Aus der erläuterten Klage nun haben sie ersehen, daß Herr A. sich actionis realis & quidem Rei vindicationis emphyteuticariæ deswegen bedienen wolle, weil sie ihm jährlich 33 Malter Korn entrichten sollen, hierinn aber säumig gewesen, und solche nicht gebührend abgetragen, sondern ein geringeres entrichtet, welches bey weitem nicht zulangete, und ihm dannenhero noch ein zimliches restirte, weßwegen er berechtigt sey actione instituta die Güter zu revociren. Was aber die Rechts-Frage betrifft, ob ein Erb-Bestands-Ober-Herr das dominium utile ob canonem non solutum durch besagte Action wieder revociren könne, so möge zwar solches in thesi nicht geläugnet werden, wann nemlich der Emphyteuta in allem säumig, und gantz und gar nichts von dem Canone abtrage, noch auch moram purgire; Ein anders aber sey, wann derselbe partem canonis entrichte, massen sothanen falls die privatio in Rechten nirgends zu finden, daher der Emphyteuta ab actione privatoria s. rei vindicatione, imo & privatione ipsa zu absolviren. 5

Nun seyn ihre Güter, worvon sie bißhero das ihrige entrichtet, dermassen beschaffen, daß sie 33 Malter nicht ertragen mögen, dahero der Herr Kläger ad privationem nicht agiren könne, conseq. mit seiner übelangestellten Action abzuweisen, so mehr, weil nach seiner eigenen Geständniß die 33 Malter in vielen Jahren nicht entrichtet worden, und nachdem sie nie mehr als 1. Simmern von jedem Morgen entrichtet, bey Ererb- und Verkauffung solcher Güter auch weder Herr Klägers noch seiner Vorfahren consensus erfordert worden, ex contractu emphyteutico, indeque instituta actione nie nichts erhalten, weniger sie Rr. noch auch ihre Vorfahren convincirt, oder zu den 33 Maltern condemnirt worden, im übrigen auch nie weder bey der alienation, noch auch Sterb- oder Erbfäll einiges laudemium entrichtet worden, in dubio auch ohne diß die bona magis pro bonis censiticis zu præsumiren und zu achten, auch diese præsumption nicht allein durch angezogene rationes desto kräfftiger vor sie streite, sondern auch um desto mehr, weil in dubio semper melior & benignior præsumptio & sententia zu amplectiren, pro libertate scil. So sey die bißhero von ihnen entrichtete Gülte nicht pro Canone Emphyteutico & consequenter die Güter nicht pro bonis emphyteuticis, sondern censiticis zu achten, mithin Herr Kläger nochmahl cum institutâ actione, Rei vindicatione scilicet 6

licet emphyteuticaria, ab und zur Ruhe zu weisen.

7 Was aber den hohen Post der 33 Malter anlangt, haben sie von ihren Gütern nie so viel entrichtet, sey auch von ihren Antecessoribus nie so viel davon erstattet worden, deßwegen sie sich zu solchem quanto nicht verstehen können, haben demnach unterthänig gebeten Herrn Gegentheilen ab- und zur Ruhe zu weisen, und sie ab actione refusis expensis loß zusprechen, cum Imploratione humill.

8 Unerachtet aber dieses alles bey Hochfürstl. Regierung verhandelt, und also die Sache daselbst anhängig gemacht worden, so ist doch von Herrn Klägern dieselbe wieder vor den Rentmeister des Amts Dornberg, bey welchem sie anfangs gewesen, gezogen, und von selbigem den 12ten Decembr. 1694. eine Urtheil dahin ergangen, daß Beklagte dem Herrn Klägern die 33 Malter Korn hinkünfftig vor voll abtragen sollten. Dawider Beklagte querelam nullitatis & eventualiter appellationem intra decendium interponirt, Acta & Apostolos gebeten, und sich ad juramentum appellationis aliaque præstanda offerirt.

9 Obwohl aber ungeachtet der interponirten Appellation Herr Rentmeister die ergangene Sentenz exequiren, und Beklagten bey 50 fl. Straffe injungiren wollen, die vom Gegentheile gemachte Austheilung der 33 Malter so genannter Haffer-Gülte, als ob sie solche von seinem Eigenthum geben, zu unterschreiben, und selbige hinkünfftig gebührend also abzutragen, oder sich der Aecker zu enteussern; So ist ihme doch gnädigst notificiret worden, daß Ihro Durchl. der Appellation in Gnaden deferiret hätten, daher er es mit der Execution anstehen lassen, und von dem, was vor Amt verhandelt worden, unterthänigsten Bericht erstatten müssen.

10 Woraufhin nach introducirter Appellation sich Herr Ober-Marschall von Bobenhausen erklärt, der ab adversa parte interponirten, anhängig gemachten, und in so weit gnädigst recipirten Appellation zu adhæriren, weil seine Bediente allein auf die rückständige Pfächte geklagt, da sie doch instruiret gewesen, auf die Caducitæt mit zu klagen, wolle sich also des Beneficii nondum deducta deducendi, nondum probata probandi bedienen, weil die Rechte erlauben, daß so wohl der Appellatus als Appellans sich der Appellation zu erfreuen haben solle, ita, ut appellatus possit prosequi appellationem & producere jura sua perinde ac si ipse appellasset, licet appellans desistat, vi

L. ult. C. de appellat.

11 Die Sache selbsten belangend, so haben vor 100, ja 200 Jahren die Edelleuth von Habern genannt, gewiße Adeliche Güter in Godelauer Gemarckung und daherum eigenthumlich gehabt, von welchen Gütern sie die von Habern einsmahls in anno 1447. 33. Malter Korn, als eine gewiße Gült jährlich zu liefern, verkaufft, besage Lit. A. welche Gült von denen Verkäuffern, den Edelleuten von Habern, seit deß bis auf diese Stunde den Nahmen behalten, daß sie die Haber-Gült genennet werde.

Gedachte Edelleuthe von Habern oder deren Nachkommen haben solche ihre eigenthumliche Güter gewißen Conductoribus um sothane 33 Malter Korn, als eine jährliche Gülte zu liefern, in einem Bestand, und zwar zum höchsten in emphyteusin hingegeben, und dannenhero das dominium directum zum wenigsten bey ihnen den von Habern verblieben, welches dominium directum, und was dem anhängig, folgends auf die von Gottfahrte, so dann letztlich auf Herrn Marschallen von Bobenhausen, emptionis titulo transferiret worden. 12

So haben Gegentheil bey dem Fürstl. Amt Dornberg eingestanden, daß die lit. B. specificirte 103. Morgen 1 17/24 Viertel diejenige Güter seyn, von welchen die Haber-Gült entrichtet werden müsse, auch daß sie solche Güter bis auf diese Stunde besessen und genossen. Es sey aber die jährliche Gült unstrittig 33. Malter Korn, welche diß gantze Seculum durch niemahlen völlig geliefert, also etlich hundert biß tausend Malter Korn rückständig verblieben, so höher im Werth als die Güter gelten. 13

Gleichwohl wollen die Gegentheile die völlige Summ jährlich zu entrichten nicht gehalten, weniger den Nachtrag zu thun schuldig, auch die Güter derenthalben nicht verfallen seyn, einwendende, es gehöre sich nur ein Simmri von dem Morgen zu geben, und müßten also die Güter in der Morgen-Maß in 132 Morgen seyn, deren doch der Zeit nur 103 1/2 Morgen ohngefehr seyn, mit dem weitern Ansinnen, daß man sie zur Ablag des Capitals und biß dahin zu Entrichtung der Land-üblichen Pensionen zulassen möge, welches letztere Zumuhten keiner Beantwortung würdig, sintemahlen sie weder zur Einlösung, noch zum Abtrieb sich legitimiren können, denn sie von denen von Habern oder andern von Adel nicht herstammen, sonsten sie keine Gülte oder Zinse in Gestalt anderer Bestänber hätten geben dürffen, sondern diese Güter frey und ohne Entrichtung dergleichen Gülten wären. Alsdann eben diese Güter noch biß dato von allen baurlichen Beschwehrden und Anlagen, insonderheit der Contribution, gleich andern adelichen Gütern, frey gelassen worden, und ihre Natur wie vorhin behalten. Woraus unstrittig folge, daß Gegentheile nie das Eigenthum der Güter gehabt, noch des Dominii directi sich zu rühmen haben, werde ihnen auch ohnmüglich fallen, zu erweisen, daß auf dem Morgen nur ein Simmri des Zinses oder Canonis haffte. Es möge seyn, daß der Güter zu dieser Haber-Gülte mehr denn 103 Morgen, wie in lit. B. specificiret, gewesen, denn obwohl lit. A. nur etwa 85 Morgen eigentlich benahmet, und zur Versicherung der 33 Malter Gülten Korn verschrieben, so werde doch darinn noch mehrer 14 15

Güter an Aecker, Wiesen, und andern gedacht, und sey kein Zweifel, es werden die Conductores, so höchstens pro Emphyteutis wegen lang gewährter Zeit, zu achten seyn, etwa dessen unter sich in Abwesenheit Dominorum directorum durch ihre von ihnen selbst an Tag gegebene Veräusserungen und Verstreuungen verschlendert und Unterschleiff gemacht haben, also daß nicht alle Güter wiederum heraus zu bringen seyn. Welches wider die ausdrückliche Lands- und Fürstliche Verordnunnen und sonst wider alle Rechte gehandelt sey, so gar daß auch nur wegen dieser deterioration die Güter caduc und verlohren seyn. Emphyteuta enim, tam privatus, quam Ecclesiasticus, propter deteriorationem rei omni suo jure cadit, vi *Auth. Qui rem. C. de Sacros. Eccles.*

16 Und solches um so mehr nachdem mahlen die Hochfürstl. Lands-Ordnungen und Edicta dergleichen Distrahirungen ausdrücklich und bey mehrern sonderbaren Bestraffungen nicht allein des Verlustigmachens, sondern auch des Thurns verbieten. Auch die klare Rechte dahin gehen, quod emphyteuta totum Canonem debeat, licet prædii Emphyteutici pars interierit, welches dahin sich verstehet, wann der Schade casu, ohn des Emphyteutæ Verschulden oder Verwahrlosung geschiehet. Und so gar ut si Emphyteuta plures heredes reliquerit, & unus ipsorum solverit partem suam Canonis, alius non, omnes cadant jure suo, teste Claro *§. Emphyteus. q. 8.*

Wie viel mehr hab denn die Caducität gegen die Gegentheilige statt, welche, wo nicht gar vorsetzlicher Weyse, dennoch durch ihre negligentiam und connivenz die Güter in Abgang kommen lassen, und also zur deterioration gebracht.

17 Weil denn dem allen in jure & facto also, als hat Herr Ober-Marschalls von Bobenhausen Anwald gebeten, die Gegentheile sammt und sonders all derjenigen Güter, wie selbe in der Beylage lit. B. specificiret, verlustig zu erklären, und dieselbig zu Abtrettung deren, wie auch zum Nachtrag des übrigen Rests, idque cum expensis, zu condemniren, Implorato Nob. Dn. Jud. Offic.

18 Appellanten haben hierauff eine Gegen-Deduction eingegeben, und vorgestellet, daß zu verwundern, daß Gegentheiliger Anwald Herrn Ober-Marschall von Bobenhausen in dieser Sache so herumführe, und weiß mache, daß diese Stritt-Sache eine Emphyteusin betreffe, und ex hoc fundamento was zu erhalten, da doch ex lit. A. zu sehen, daß solcher Contract-Brieff gantz ein anders ausweise, wie der Herr Ober-Marschall vermöge seiner Klage mit eigner Hand und Unterschrifft gestehe, daß die Gülte der 33 Malter auf gewißen Unterpfanden stehe, und er also nach seinen Unterpfanden zu greiffen befugt, wie vermöge denn gegentheiliger Anwald nun wider solch Geständniß und Buchstaben des super mutuo aufgerichteten Contract-Brieffs einen Contractum Emphyteuticum daraus zumachen, mit unerweislichem Prætext, weil es die Hafer-Gült heisse, so müsste Hannß von Habern die Güter jemanden um einen gewißen Bestand und Emphyteusin gegeben haben, da das Dominium directum zum wenigsten bey denen von Habern geblieben, nachmahls auf die Gottfarthische, und jetzo auf Herrn Ober-Marschall kommen, welche von denen von Habern habende und vorgekehrte Succession müsse erwiesen werden.

So müsse 2.) auch dargethan werden, daß 19
sie die Güter quæst. als bona Emphyteutica besitzen, inmassen ihnen solches nicht bewußt, weil niemahlen in alienatione bonorum einiger Consens erfordert worden, auch niemahls ex contractu Emphyteutico weder von Hrn. Ober-Marschallen, noch dessen Vorfahrern oder vorigen Besitzern ad privationem gehandelt, weniger aber dadurch etwas erhalten worden, am wenigsten aber kein eintziges requisitum contractus emphyteutici vorhanden, und wären allenfalls die Güter quæst. mehr pro Censiticis quam Emphyteuticis zu halten, mithin Herr Ober-Marschall weniger als so, und so weniger als jemahls zu den Gütern zu greiffen berechtiget, cum in dubio bona magis pro censiticis, quam emphyteuticis zu achten, welches Appellanten doch eben so wenig, als voriges geständig seyn.

Was gegentheilige Beylag sub lit. B. an- 20
lange, sey solche eben so unrichtig, als erwiesen werden könne, daß sie die Güter quæst. jure utilis dominii besitzen, oder sich deren verlustig gemacht haben, wie sie dann sothane Beylage verwerffen, inmassen nach lit. A. nur 85. Morgen verschrieben und hypothecirt, lit. B. aber halte 103 Morgen 1 $\frac{17}{24}$ Viertel, daß man ex adverso gestehe; daß von ihnen und ihren Vorfordern die Güter quæst. über 100 Jahr immote besessen worden seyn, werde utiliter acceptirt, stante tot annorum quieta possessione haben sie nicht nöthig einiges dominium zu erweisen, cum nemo teneatur edere titulum possessionis suæ, & cum sufficiat illis hactenus possessio vel quasi, möge niemand R. V. vel Publiciana in rem actione, noch auch mit einer andern Action an sie kommen, er beweise dann zuvor den titulum pleni vel directi dominii.

So sey es eine schlechte Consequenz, weil 21
die Güter keine Beschwehrden geben, E. seyen es keine Bauren-Güter, oder können Appellanten kein Eigenthum drinne haben, als wann auser denen von Adel ein andrer keine freye oder gar Lehen-Güter besitzen dürffte oder könnte, deren unzählige Exempel vorhanden.

Ferner wolle gegentheiliger Anwald den 22
Contractum Emphyteuticum durch seine Beylag lit. A. erweisen, dadurch doch nichts weniger probirt werde, denn darinn Hannß von Habern Wittib und ihr Sohn Sieverten an statt der pension usser uffgenommenen 300 Capital 33 Malter Korn versprochen, damit

er

er aber des Capitals wegen versichert seyn möchte, haben sie die specificirte Güter hypotheciret, wie mag nun Anwald daraus ein Contractum Emphyteuticum machen? Fordert Herr Ober-Marschall die 33 Malter Korn und die Güter ex fundamento diß Brieffs und ex causa hypothecæ, wie könne dann das directum dominium von denen von Habern auf ihn und vorige Innhaber diß Brieffs gekommen seyn, da doch in dem alten Contract Briefe, auch in Herrn Marschalls Kauff-Briefe nicht das geringste de contractu Emphyteut. oder Auslehnung der Güter zu finden, weniger daß die 33 Malter Korn von den Gütern tanquam canon. emphyteuticus, sondern nur loco usurarum aus dem geliehenen Geld gegeben wer-
23 den. Welchen Contract Appellanten also aufgekündiget haben wollen, sich erbietende die 300 fl. Capital zu bezahlen, wann das Capital nicht schon durch die bezahlte übermäßige Zinsen getilget, welches sie geschehen zu seyn gäntzlich davor halten, denn man rechne 33 Malter Korn (wie Herr Kläger vorgibt, daß sie ab initio contract. oder vor anderthalb Seculis bezahlt worden,) dem alten Cammer-Tax nach à 2 fl. so werde sich zeigen, daß das Capital neben dem Interesse vielmahl abgetragen worden, zu geschweigen, da das Malter Korn vor 6 Jahren 10, 11, und mehr Gulden gegolten, item vor und nach 5, 6, 7, 8 fl. und werde sich ergeben, daß sie per mordaces usuras über
24 die Massen lædirt seyn. So sey auch klaren Rechtens, quod usuræ ultra alterum tantum peti non possint, licet etiam particulariter fuerint solutæ.

Nov. 121. c. 1. 2. Nov. 138.

nun schlage man die ultra alterum tantum gegebene und empfangene usuras nochmals dem Cammer-Tax nach 33 Malter zu 66 fl. das Malter à 2 fl. an, und decourtire 15 fl. pension von 300 fl. Capital, so seyn alle Jahr 51 fl. überzahlt, und hab sich das Capital schon die ersten 5 Jahr mit dem Interesse abgetragen, vor 3 Jahren aber, als die Frucht 10 fl. gegolten, sich die gelieferte 25 Malter Korn in einem Jahr auf 250 fl. belauffen, und also das Capital biß auf 50 fl. abgetragen, über welche mordaces usuras sie ja billich zu seuffzen haben. Demnach Appellanten unterthänig gebeten, sie ab actione zu absolviren und hingegen zu sprechen, daß sich Capital und Interesse abgetragen, und man ex adverso schuldig sey, die über das Capital excessive gezahlte usuras und Pfächte tanquam indebite solutum zu refundiren, mit Abtrag Kostens und Schadens, Implorato &c.

Nach welchen eingekommenen Productis jeder Theil noch eine Schrifft eingegeben, und mithin in der Sachen ad definitivam submittirt.

1 Hierüber nun unsere beywohnende Rechtliche Gedancken zu eröffnen, so hat Herr Kläger und Appellat, testantibus Actis fast nicht gewußt, was er vor eine Action instituiren sollen, indem er hin und her fluctuirt, und die von Beklagten und Appellanten innhabende Güter, daraus er an sie eine Korn-Gült prætendirt, in 33 Malter Korn bestehend, die jährlich zu præstiren, und auf eine Meile Weges zu liefern, bald vor verschriebene Unterpfande vor die schuldige Korn-Gült, bald vor Bestand- und Las-Güter, seu pro bonis possessoribus locatis, bald vor Erb-Zins-Güter vel pro bonis Emphyteuticis ausgegeben, und ihm bald Jus hypothecæ, bald plenum, bald minus plenum & directum quidem illorum dominium angemaßt, utili dominio penes possessores constituto, dessen sie sich ob non solutum integrum canonem & alienationem bonorum sine requisito Domini directi consensu factam, nec non eorundem deteriorationem & diminutionem verlustig gemacht, inmassen er deswegen gebeten, die Beklagte der Güter verlustig zu erklären, und sie zur Abtrettung deren, wie auch zum Nachtrag des Ausstands, zu condemniren, also doch die gröste Reflection auf die actionem emphyteuticariam gemacht.

In actionem enim Emphyteuticariam, ex 2
doctrina

Joh. Oldendorpii *de action. class. 5. act. 19. num. 8.*

hoc venit, ut Emphyteuta restituat Domino rem, cujus utile dominium, ob non factam solutionem canonis, ob distractionem bonorum sine domini consensu, & insignem eorundem deteriorationem culpâ emphyteutæ contingentem, amisit.

Beklagte aber haben negiret, daß sie die 3
Güter, woraus sie biß dato 25 Malter Korn zur Gült gegeben, bloß in Bestand haben und als Las-Güter besitzen, noch daß sie oder ihre Vorfahren solche als Erb-Zinß-Güter und Prædia Emphyteutica von Herrn Klägers Vorfahren bekommen, ingehabt, genutzt und genossen, mithin also Herrn Klägern weder plenum noch minus plenum directum illorum dominium geständig seyn wollen, sondern sind constanter darauf verblieben, daß sie und ihre Vorfahren selbige als ihre eigenthumliche, und pleno dominii jure ihnen zuständige Güter besessen, und die Korn-Gülte bloß loco usurarum aus einer Anlehnung eines gewissen Stück Geldes, oder als einen annuum reditum frumentarium, der mit einer gewißen Summ Geldes wiederkäufflich erhandelt und erkaufft worden, præstirt, und geklagt, daß eine merckliche usuraria pravitas darunter verborgen läge und exercirt würde, indem sich, wann man nur das Getrayde nach dem alten Cammer-Tax, das Malter à 2 fl. anschlage, klar ergebe, daß mit den 33 Malter Korn jährlich pro Cento mehr als 20 pension und Zinß entrichtet worden, da man doch vermöge der Reichs-Abschiede, benanntlich des zu Speyr anno 1600. aufgerichteten *Deputations-Abschiedes §. So viel nun &c. 152.* nicht mehr als

als 5 pro Cent jährlich zu geben schuldig, wann man also dasjenige, was über das in denen
4 Reichs-Constitutionibus erlaubte Interesse, 5. pro Cent. nur besagtem Cammer-Tax nach jährlich bezahlt worden, auf die Haupt-Sum̃ rechnet, und daran abkürtzet, werde sich finden, daß das Capital neben dem Interesse vielmahl abgetragen und entrichtet worden, zugeschweigen, daß, da vor 6 Jahren das Malter Korn 10, 11, und mehr Gulden, so dann vor und nach 5, 6, 7, 8 Gulden gegolten, die bezahlte Zins in zwey und drey Jahren die Haupt-Summ von 300 fl. erreicht und überstiegen, also unzweifelich das Capital vielfältig abgetragen und erstattet, mithin längst gäntzlich getilget worden, ja ihnen, weil sie multoties die
5 Haupt-Summ neben den Zinsen über das alterum tantum bezahlt, die condictio indebiti zugewachsen, ad id, quod ultra sortem & usuras alterum tantum excedentes solutum est, tanquam indebite solutum repetendum.

Cum clari juris sit, usuras ultra alterum tantum non deberi, nec jure peti posse, licet singulis annis particulariter solutæ fuerint, sed ultra solutas sorti imputandas, quodque sorte absorpta solutum indebiti condictione repeti posse.

per Nov. 121. c. 1. 2. Nov. 138. l. 26. §. 1. de condict. indeb. & tradita Struv. *Jurisprud. for. lib. 3. tit. 20. §. 23.* Carpzov. *p. 2. c. 30. d. 26.*

deßwegen sie auch gebeten, daß dasjenige, so sie an Zinsen zuviel bezahlt in sortem forderist imputirt, so dann was über die absorbirte Haupt-Summ præstirt, ihnen als ein indebitum per errorem solutum zuerkannt werden möchte.

6 Nun dependirt totius causæ decisio à qualitate bonorum, & titulo, quo census ille frumentarius debeatur, denn es ist ein grosser und mächtiger Unterscheid inter dona locata, Bestand- und Las-Güter, davor Herr Kläger und Appellat diese Güter ausgeben wollen, inter Bona Emphyteutica Erb-Zins-Güter, darauff Herr Klager und Appellat es endlich ankommen lassen wollen, daß sie seyn möchten, & inter Bona censitica, schlechte Zins-Güter, davor sie Beklagte gehalten, ja kaum zugeben wollen, daß sie auch dergleichen Güter wären, sondern sie vor gantz freye ihnen pleno dominii jure zugehörige, und Herr Klägers Vorfahren bloß zum Unterpfande vor die aufgenommene Haupt-Summ, dafür anstatt des Zinses die Korn-Gült gereicht werde, verschriebene Güter ausgegeben.

7 Bona enim locata Las-Güter ea vocantur, quæ rusticis per simplicem locationem conductionem ad certum tempus pro certa mercede solvenda conceduntur, ut illis utantur fruantur, in quibus iis non utile dominium, sed solus usus pro mercede constituta competit, & hæc repeti queunt, si vel conductor mercedem debito tempore non præstiterit, vel tempus locationis conductionis finitum & elapsum fuerit.

l. 15. §. 1. 2. l. 39. l. 13. §. fin. l. seq. l. 54. §. 1. l. 56. locat. conduct. Berlich. *p. 2. concl. 48. num. 1.*

8 Si autem actor dicit bona locata esse, reus verò hoc neget & dicat, se ac majores suos bona illa per 30 vel 40 annos possediss pro certo & uniformi canone, tunc si apertè constat, vel actor sufficienter probaverit, quod bona, quæ actor locata esse ait, à se vel suis antecessoribus possessori vel ejus antecessoribus pro certa & uniformi mercede fuerint titulo locationis conductionis concessa, meritò pro locatis habenda sunt, eaque actor, nulla unquam temporis præscriptione obstante, recuperare & possessorem repellere potest.

9 Quod si autem actor titulum locati conducti probare nequeat, in dubio pro reo judicandum, maximè si bona illa venditionis, donationis, vel alio simili titulo in tertium translata sint, adeoquc vel pro emphyteuticis vel pro censiticis bona tum habenda sunt.

Berlich. *de concl. 48. num. 2. seqq.*

10 Ea vero sic differunt, ut in bonis emphyteuticis quis tantum dominium utile & naturalem possessionem habeat, directo dominio cum civili possessione penes concedentem manente, in cujus recognitionem Domino directo, annuum canonem solvere cogatur, in cujus canonis solutione si per biennium vel triennium cessaverit, jure suo, volente domino, cadat.

l. 2. l. 3. C. de jur. emphyt.

In bonis autem censiticis censuarius plenum habet dominium ita concessum, ut certum annuum censum de re sua propria solvere tenentur. Jus igitur censiticum utrumque, directum & utile, dominium continet, comprehendit quoque utramque possessionis speciem, adeò, ut concesso jure hoc nihil juris amplius remaneat penes concedentem, sed duntaxat pensio quædam sive census, non in recognitionem dominii, quemadmodum se res habet in emphyteusi, sed saltem in memoriam pristini dominii, præstetur.

11 Porro differunt hæc duo bonorum genera in eo, quod ex Jure Censitico non Canon præstetur ut in Emphyteusi, sed census, i. e. talis pensio, quæ caret illa qualitate, secundum quam possessor, si in solutione canonis per tempus lege definitum cessaverit, repelli potest & res in commissum cadit.

l. 2. C. de Jure Emphyt.

Censuarius enim licet per plures annos censum non solverit, bonis tamen non privatur, etiamsi partes expresse de eo convenerint

Carpz.

Carpzov. *p. 2. c. 39. d. 2.* Afflict. *dec. 80.* Berlich. *p. 2. concl. 47. num. 3.*

Sed ſolum ex contractu cenſuali actio perſonalis competit domino cenſus, dem Zins-Herrn, ad intereſſe & expenſas, vel etiam pœnam ob contumaciam.

Carpzov. *d. c. 39. d. 3.* Struv. *Synt. Jur. Feud. cap. 2. aph. 10. num. 3.* Berlich. *d. l. ubi ex Wehnero notat, olim pœnæ loco cenſum ſingulis diebus, quibus quis ſolvere ceſſavit, progreſſione Geometrica duplicatum fuiſſe, inde manaſſe die Rutſcher-Zinſe*, ita dictos, *vveil ſie fortgerutſchet, und je länger ſie angeſtanden, je mehr und gräſſer ſie vvorden.*

12 Tertium diſcrimen bonorum emphyteuticorum & cenſiticorum in eo conſiſtit, quod Emphyteuticum Jus irrequiſito domino alienari ſine metu commiſſi & præſtatione laudemii non poſſit cum bonis, in quibus illud competit

l. fin. C. de Jur. Emphyt.

Bona autem cenſitica citra cenſuarii domini conſenſum, cum annexo cenſu & reliquis cenſus, ſine ullo metu commiſſi & præſtatione laudemii, liberè transferri queunt.

Rauchbar. *p. 2. quæſt. 22. num. 18.* Struv. *dict. loc.*

13 Weil nun ein ſo notabler Unterſcheid unter den Beſtand- und Las-Gütern, den Erb-Zins-Gütern oder prædiis Emphyteuticis, und den ſchlechten Zins-Gütern oder bonis cenſiticis iſt, und welcher Art die von Beklagten innhabende Güter, daraus ſie die jährliche ſchuldige Korn-Gült zu liefern haben, ob es primi, ſecundi vel tertii generis ſeyen, unter den Partheyen annoch ſtrittig iſt, und dieſelbe ratione qualitatis prædiorum quæſtionis apertè in contradictoriis ſtehen, indem wie gemeldt Herr Kläger es vor bloſſe Beſtand-Güter ausgibt, und ihm das plenum dominium derſelben vindiciret, höchſtens prædia Emphyteutica zu ſeyn concedirt, ſo daß ihm das directum, und Beklagten allein das utile dominium competire, deſſen ſie ſich per ceſſationem in ſolvendo canone, per alienationem inſcio Domino directo factam gleicher Geſtalt verluſtig gemacht, Beklagte aber es weder bloſſe Beſtand-Güter, noch Prædia Emphyteutica zu ſeyn beſtändig behaupten, ſondern ihnen das plenum & liberum dominium ſothaner in ſolcher Qualitæt ſchon über hundert Jahr ruhig beſeſſener Güter aſſeriren, ſo iſt vor allem zu ſehen, vor was vor Güter dieſelbe zu halten;

14 Daß es bloſſe Beſtand- und Las-Güter ſeyn, iſt von Herrn Klägern, wie ihm von Rechtswegen obgelegen, durchaus nicht erwieſen, noch dargethan, daß ſeine Anteceſſores ſie dem Beklagten oder dero Vorfahren per nudum locationis conductionis titulum ad ſolum uſum pro certa mercede concedirt, thut auch zu deſſen Behauptung im geringſten nichts die ſub Lit. A. producirte Beylag, angeſehen darinn Hannß von Habern ſeel. Witwe und Sohn pro 300 fl. Johann Siewerten Burgern zu Oppenheim, deſſen Erben und jedem getreuen Innhabern des Brieffs eine Korn-Gült à 33 Malter wiederkäufflich verkaufft, und ihm zur Sicherheit ſolcher Korn-Gült in die 86 Morgen Aecker zu rechten Gült-Gütern und Unterpfanden verſchrieben, mit keinem Jota aber gedacht worden, daß Hannß von Habern Wittwe und Sohn, vor deren Succeſſorem ſich Herr Kläger ausgibt, die Güter andern titulo locationis conductionis ausgegeben, um ihme und ſeinen Succeſſoribus die Korn-Güter daraus zu liefern, weil alſo diß gar mit keinem Inſtrument, ja zutheuerſt mit dem geringſten Argument nicht belegt worden, daß Beklagten die Güter qu. Beſtands-Weyſe ad nudum uſum gegeben worden, die Rechtliche Vermuthung auch vielmehr in contrarium iſt, indeme Beklagte und dero Vorfahren ſothane Güter quæſtionis hundert und mehr ja unerdenckliche Jahr 15
vor eigen beſeſſen, ſelbe jure hereditario von den Eltern auf die Kinder erwachſen, und transmittirt, auch inter vivos per contractus, irrequiſito cujusquam conſenſu ſine ullus laudemii exactione & præſtatione, absque ullius contradictione alienirt worden, wie Herr Kläger ſolches den Beklagten eingeſtanden und nicht widerſprochen, ſo fürwahr dergleichen actus ſeyn, die von keinem andern, als der plenum & liberum bonorum dominium hat, exercirt werden mögen, können demnach keineswegs vor bloſſe Beſtand- und Las-Güter gehalten, und in ſolcher Qualitæt deren Reſtitution zu erkannt werden.

Eben ſo wenig aber iſt von Herrn Klägern 16
dargethan, daß es prædia Emphyteutica und Erb-Zins-Güter ſeyn. Denn pro primo iſt kein Inſtrument producirt, daß die Aecker quæſtionis vor Erb-Zins-Güter verliehen worden, da doch gemeiniglich über die Verleyhung der Erb-Zins-Güter ein Brieff und Inſtrument pflegt aufgerichtet zu werden, ſo daß daher auch viel der Meynung ſeyn, quod Scriptura ſit de eſſentia contractus emphyteutici, & ad conſtitutionem emphyteuſeos præciſe requiratur Scriptura

l. 1. l. 3. C. de jur. emphyteut. ibi Brunnemann. Fachin. *lib. 1. controv. cap. 84. verſ. verior videtur &c.* Mantic. *de tacit. & ambig. convent. lib. 22. tit. 2. num. 8.* Berlich. *p. 2. concl. 47. n. 17.* Carpzov. *p. 2. c. 39. d. 7.* Boer. *cl. 2.*

Disp. 4. th. 15. lit. b. Mevius *p. 3. dec. 289.* ubi id imprimis in Emphyteusi Eccles. obtinere dicit.

17 **Obwohl aber die widrige Meynung,** quod ad negotii substantiam scriptura non requiratur, **besser in Rechten gegründet,**

arg. §. 3. Inst. de locat. conduct. l. 4. ff. de fid. instrum. per tradita Harpprechti *add. §. 3. num. 58.* Bachov. *ad Treutl. vol. 1. D. 29. th. 9. lit. D.* B. D. Lauterbach. *ad tit. ff. si ager vectig. th. 6.* Hahn. & Ludwell. *ad Wesenbec. d. t. num. 3.* Perez. *ad d. t. C. num. 2.*

18 **so ist doch nicht zu läugnen,** quod consultum & utile sit negotium hoc in scripturam redigere, ne decursu temporis, ad quod extenditur, testibus mortuis, probatio pereat ac deficiat, idque etiam plerumque fieri testatur

Harpprecht. *d. l.*

Hinc non confecta & producta scriptura non præsumi emphyteusin constitutam arguit

Mev. *d. p. 3. dec. 288. num. 9. & seq. dec. 289.*

19 Pro Secundo **weiß man nichts von einiger gesuchter** recognition **und** Investitur renovation, **die jemahls in hundert und mehr Jahren geschehen wäre, da die Güter durch Erbfälle, Verkauffung, Vertauschung oder durch andere** Contract **auf andere Personen** transferiret **worden, deßgleichen von keiner Lehn-Währ, oder von keinem** Laudemio, **so jemahls deßwegen wäre gefordert oder** præstirt **worden, so ist auch sonst kein einiges anderes** Argument **vorhanden, woraus man abnehmen könnte, daß auf die Innhabere der Güter** quæst. **allein das** utile dominium transferirt, **das** dominium directum **aber von des Herrn Klägers Vorfahren vor sich behalten und** reservirt, **also die Güter vor Erb-Zins-Güter verliehen, und die Korn-Gült** pro canone in recognitionem dominii directi solvendo stipulirt **worden wäre,**

Nam ut ut communis JCtorum sententia sit ex soluto per 30 aut 40 annos uniformi canone induci præsumptionem emphyteuseos,

Mascard. *de probat. concl. 337.* Jason *ad l. 2. C. de jur. emphyt. num. 155.* Balbus *de præscript. 3. part. princip. q. 10. num. 35.*

20 attamen ea ita demum procedit, si canon præstitus sit velut ab Emphyteuta sive si solvens pro Emphyteuta se gesserit, si quidem enim solverit annuam pensionem, nec appareat mens solventis, aut qualitas solvendi, non oriri poterit præsumptio ex actibus emphyteusi non conformibus.

Mevius *p. 3. dec. 288.*

Cum igitur in casu nostro præsenti nulli 21
actus emphyteusi conformes adsint, ex quibus colligi queat, reos se pro Emphyteutis gessisse, & ut tales annuam pensionem pro canone emphyteutico solvisse, sed potius ob intermissam recognitionem & nunquam petitam investituram, libere factam bonorum alienationem tam inter vivos quam mortis causa absque ullius consensu unquam requisito, absque novi emphyteutæ receptione, laudemiique exactione & præstatione in contrarium fortissima extet præsumptio, rei pro emphyteutis haberi nequeunt.

Der Ursach die Güter quæst. **auch eben so** 22
wenig pro bonis emphyteuticis **mögen gehalten, und die Beklagte derselben verlustig erklärt werden,** ob non solutum integrum canonem, **und zwar so weniger, als** ea de causa **die** privation **nicht statt finde, wann es auch durchaus richtig, daß die Güter** quæst. indubitato bona Emphyteutica **wären.**

Cum ex benigniori in Praxi recepta sententia Emphyteuta partem canonis, maximam præsertim, ut hic factum, solvens propter residuum non solutum jure suo haud cadat, quia pœna ista privationis emphyteuseos ob non solutum canonem propterea statuta est, quod Emphyteuta non solvens præsumatur dominum non amplius recognoscere, sicque directo suo dominio privare velle, quod certe non facit, qui partem solvit. Inde nec pars emphyteuseos hoc casu fit caduca, sed dominus ex contractu ad pensionem integram agere debet.

Carpzov. *p. 2. c. 38. d. 4.* Bachov. *ad Treutler. v. 1. D. 29. th. 12. lit. B.* Brunnemann. *ad l. 2. c. de jur. Emphyteut.*

Bleibet demnach, daß sie in dubio, ubi nihil quicquam neque de locatione conductione, neque de emphyteuseos concessione constat, pro bonis censiticis ac pleno dominii jure ad reos pertinentibus **zu halten seyn, um so mehr als ohne dem** ex communiori, frequentiori Dd. calculo probata sententia **allezeit** in dubio **die** bona, de quorum qualitate certò haud constat, **eher** pro bonis censiticis, **als** pro emphyteuticis **zu schätzen und zu halten,** 23

tum quod semper ea capienda sit interpretatio, per quam res facilius ad suam redit naturam, res autem sua natura libera est. Ergo pro libertate præsumendum & judicandum 24

l. 20. l. 179. ff. de reg. jur.

emphyteusis autem speciem servitutis habet, utpote quæ canone non soluto in commissum cadit

Carpzov. *p. 2. c. 38. d. 1. & c. 39. d. 8.*

tum quod semper interpretatio contra eum 25
facienda sit, qui legem contractus potuit dicere apertius.

l. 29. de pact. l. 38. l. 99. l. 106. de V. O.

qui

qui autem alteri quid concedit, poteſt aperte dicere ſe in emphyteuſin dare

Jaſon *in l. 2. C. de jur. emphyt. n. 41.*

26 tum quod in dubio ſequamur id, quod minimum eſt

l. 9. de reg. jur.

minimum autem eſt, ut ſi in terminis privationis verſemur, eo inclinemus, ne privatio ſequatur, quod contingit bonis cenſiticis exiſtentibus.

27 Talia ergo in dubio, ubi de bonorum qualitate haud conſtat, emphyteuticane ſint, an cenſitica, & incertum eſt, an unquam ejus, cui penſio vel cenſus ſolvitur, ejusque anteceſſorum, bona fuerint, num per dominum eorum forte onus penſionis iisdem voluntarie impoſitum ſit, præſumenda, & cenſitica potius, quam emphyteutica cenſenda eſſe, recte concludunt.

Menoch. *de præſumpt. lib. 3. præſ. 106. num. 3. ſeq.* Everhard. *in Top. loc. ab emphyteuſi ad cenſum. 31. n. 5.* Cardin. Tuſch. *lit. E. concl. 192. num. 175. & 211.* Covarruv. *lib. 3. var. reſol. c. 7. num. 1.* Berlich. *p. 2. concl. 47. n. 19.* Carpzov. *p. 2. c. 39. d. 8.* Franzk, *l. 1. reſol. 7. num. 24. & de laudem. c. 10. num. 84. ſeqq.*

28 Weil aber der Zinsmann in bonis cenſiticis das plenum dominium hat, und unerachtet er in etlich Jahren den ſchuldigen Zins nicht entrichtet noch abgeſtattet, doch ſich dadurch des Zins-Guts nicht verluſtig gemacht, noch deßwegen ſeines dominii mag priviret werden, ſondern allein actione perſonali zu belangen um den gewöhnlichen Zins annoch gebührend abzutragen; So können die Beklagte und Appellanten auch hierfalls der Güter quæſtionis, woraus ſie Herrn Klägers und Appellaten Vorgeben nach den völligen Zins oder Korn-Gülte viel Jahr her nie vollkommen abgeſtattet, nicht verluſtig erklärt werden, ſondern ſind von der geſuchten und gebetenen Abtretung der Güter ſimpliciter zu abſolviren.

29 Den andern Klag-Puncten des geſuchten Nachtrags der ſchuldigen Korn-Gülte in 33 Malter Korn beſtehend, davon geraume Zeit und ferè per integrum hoc ſeculum nur etlich zwantzig Malter geliefert worden, betreffend, ſo wäre zu wünſchen, daß zu gründlicher des Herrn Richters Information an ſtatt des alten Contract-Brieffs, über den zwiſchen Hannß von Habern ſeel. Wittwe und Sohn Eines, und Johann Sieverten Burgern zu Oppenheim andern Theils getroffenen Contract, mittelſt deſſen jene dieſem eine Korn-Gült von 33 Malter Korn vor 300 fl. wiederkäufflich verkaufft, aufgerichtet, das Inſtrumentum producirt worden, ſo über den zwiſchen Herrn Klägers und deren Beklagten Vorfahren auf-

gerichteten Contract zweiffels ohne aufgeſetzt und ausgefertiget worden, um daraus recht zu erſehen, ex quo titulo vel qua ex cauſa der Beklagten Vorfahren dieſe Korn-Gült Herrn Klägers Vorfahren ſchuldig worden, ob es ein cenſus reſervativus vel conſtitutivus, ob er redimibilis vel irredimibilis, was vor ein pretium, und was vor eine quantitas fructuum annuatim cenſus loco præſtandorum eigentlich determinirt geweſen, ſo könnte man deſto ſicherer in Abfaſſung der publici- 30
renden Urtheil fuſſen und gehen. Denn da wurde ſich ergeben, und zeigen, ob eine uſuraria pravitas darunter ſteckete oder nicht, und ob eine Aufkündigung ſtatt finden möchte oder nicht, ſo aber, da weder Herr Kläger, noch Beklagte einiges Inſtrument producirt, quod de negotio inter Dn. Actoris & Reorum Anteceſſores geſto loquatur aut teſtetur, kan man ſo wenig der von Beklagten geſuchten und intendirten Aufkündigung des Capitals deferiren, als auf die von ihnen Geklagte uſurariam pravitatem ichtwas erkennen, dum non conſtat, an cenſus reſervativus vel conſtitutivus ſit, & ſi conſtitutivus, quodnam fuerit pretium, quo cenſus coëmptus, ut de proportione, juſtane vel injuſta, judicari queat.

Conſtat enim, quod ſi cenſus in pecunia numerata conſtituatur, ille pretio proportionatus cenſeatur, ſi legitimam uſurarum quantitatem adæquet, nec illam vi Conſtitutionum Imperii excedere liceat, & hinc pro centum thaleris Legibus Imperii non plus, quam 5 thaleros annuos loco cenſus emere permiſſum ſit, niſi ubi mores regionis ſex pro centum tolerant, vel exigere 31
permittunt nomine uſurarum, veluti ita uſuras ſemiſſes in Bohemia, Holſatia, Provinciis Saxo-Coburgicis, imo in tota Saxonia extra Electoratum, Ducatu Brunſuigo-Luneburgenſi Wolfferbytano, Electoratu Brandenburgico, & aliis Provinciis ex conſuetudine vel locorum Statutis vigere & obtinere teſtatur

Goswinus ab Esbach *in notis ad Carpz. p. 2. c. 30. d. 1. num. 12.* ex aliis à ſe allegatis Authoribus.

In quantum ergo cenſus excedat uſuras, 32
in tantum minuitur & ad determinatam quantitatem reducitur. Quicquid ergo hoc caſu uſurarum modum excedit, illicitum meritò cenſetur. Interim verò ſi ſemel hic reditus annuus vel cenſus legitime conſtitutus, non uſurarum, ſed mercis habet rationem, & inde per plures annos ſolutus, utut alterum tantum excedat, non tamen ſiſtitur hæc cenſus præſtatio, nam licet uſu- 33
rarum curſus ſiſtatur cum ſortem exæquaverint, hocque adeo verum ſit, ut etiamſi ſingulis annis particulariter ſolutæ fuerint, tamen ſortem excedere non poſſint, ſed in altero tanto ſiſtantur,

l. 26. §. 1. de condict. indeb. Nov. 121. c. 1. 2. Nov. 138.

34 Et frustra ea, quæ de altero tanto constituta, hodie non attendi, sed tamdiu usuras præstari, quamdiu mutuum duret, existiment

Mindan. *lib. 2. Proc. cap. 71. num. 21.* Cothmann. *vol. 2. Cons. 52. num. 259.* Anton. Matthæi *Colleg. Pandect. Disp. 30. th. 25.* Hagen. *de usur. c. 5. num. 128. 162. 230.*

35 Cum hoc eorum assertum veritati minime congruat, sed adhuc hodie Constitutiones de altero tanto observari & secundum eas pronunciandum esse doceant, vivisque rerum judicatarum exemplis comprobent

Perez. *in Cod. de usur. num. 17.* Gudel. *de jur. noviss. lib. 3. c. 3.* Rittershus. *ad Nov. p. 3. c. 9.* Franzk. *lib. 2. Resol. 10. num. 14.* Berlich. *p. 1. dec. 30.* Richter. *p. 2. Dec. 74. num. 85. seq.* Tabor *de alt. tant. p. 2. art. 2. per tot.* Finckelthus. *Observ. 40.* qui tamen cum Inclyta Facultate Juridica

36 Lipsiense statuit, quod usuræ singulis annis solutæ etiam post sortis exæquationem exigi possint & in altero tanto non sistantur juxta *l. 10. C. de usur.* juxta quam hodie in plerisque locis pronunciari testatur etiam Brunnemann. *ad d. l. 10.* & Dn. Stryk. *de Cautel. Contract. sect. 2. c. 1. §. 28.* dicens in Praxi eò reditum, ut si usuræ particulariter solutæ, alterum tantum non obstet. Hancque sententiam etiam approbavit Serenissimus Elector Saxonicus *in Dec. 29.* ubi vid. Philippi *Observ. num. 22.* quanquam juxta contrariam responderint Scabini Lisienses & Jenenses teste Richtero *dict. dec. 74.*

37 Quicquid vero horum sit in usuris, certum omnino & indubitatum fere est, in annuis reditibus & censibus alterum tantum non attendi, sed hos duplum & ultra excedere posse, etenim quia census vel reditus illi annui proveniunt ex vera & legitima tam per Canones quam per leges approbata emptione & venditione, nihil hic accessionis loco censeri potest, sed quod ultro citroque datur, res est primaria & principalis, pretium nimirum in pecunia & merx in reditibus.

38 Itaque cum simplum non dicatur, nisi respectu sortis debitæ, hic vero sors sit perpetuo alienata, ut nunquam creditor eam repetere vel exigere queat, neutiquam etiam recte & vere dicetur petere aut exigere duplum, sortem videlicet & usuram sed simplicem præstationem h. e. annuum reditum, atque sic cessante ratione legis, cessabit quoque ejusdem de duplo dispositio.

Casp. Roderic. *de ann. redit. l. 3. q. 3. num. 3.* Tabor. *de alt. tanto.*

Quod si vero census non in pecunia sed 39
in fructibus præstandus constituatur, eadem quidem proportio attendenda, ut fructus æstimationem quantitatis usurarum non excedant, ut hinc pro 100 thaleris emere liceat annuos 10 modios frumenti, computato modio pro 11 baciis (12 grossis,) ita enim revera 5 thaleros annuos accipit, de quo

Roderic. *l. 1. quæst. 12. num. 5.*

Quia tamen census ille in fructibus an- 40
nuis plerumque incertus, partim quod fructus non semper eadem quantitate proveniant, vel non eodem pretio vendi possint, inde ob incertitudinem eorum census vel reditus paulo major permitti solet.

Imo Carpzovius *p. 3. dec. 294. num. 6.* 41
asserit emptionem reditus frumentarii vel vinarii in tantum sustineri, licet ille legitimam usurarum quantitatem excedat, ut nisi læsio ultra dimidium tempore initi contractus demonstretur, alteruter contrahentium à pacto convento resilire haud queat.

l. 2. C. de rescind. vendit.

addit tamen, quod si tempore caristiæ pre- 42
tium frumenti vel vini valde & insigniter fuerit auctum, ita ut de læsione enormissima appareat evidenter, puta si pro mille thaleris empti fuerint modii centum in singulos annos præstandi, & quidem eo tempore, quo modius 12 grossos seu 11 bacios valuerit, ita, ut quinquaginta annua mille thaleris fuerint vendita, accidat verò tempore caristiæ, ut modius valorem 5 vel 6 thalerorum excedat, ita ut pro mille annuatim quingenti vel sexcenti præstentur, hinc fiat, ut reditus intra duos vel tres annos pretium non modo adæquent, sed etiam excedant, hoc casu emptio redituum ad tolerabilem portionem redigenda sit saltem ex æquitatis rationibus ab ipso Carpzovio ibidem deductis.

So wenig aber in puncto der von Beklag- 43
ten geklagter usurariæ pravitatis à Domini Actoris prædecessoribus exercitæ, und anmassender Aufkündigung des Capitals, auch Compensirung dessen mit den bezahlten übermäßigen Pensionen annoch vor Beklagte gesprochen werden mag, so wenig mag auch in Puncto des von Herrn Klägern gesuchten Nachtrags oder hinkünfftiger Abstattung der prætendirten völligen Gült à 33 Malter Korn noch zur Zeit vor Herrn Klägern gesprochen, und Beklagte dazu condemniret werden, in Ansehung, obwohl in der Beylag sub lit. A. von 33 Malter Korn gedacht wird, so haben doch seloige darinn Hannß von Habers Witwe und Sohn um 300 fl. einem Burger von Oppenheim Nahmens Johann Sieworten, jähr-

jährlich zu liefern verkaufft, weil nun Herr Kläger sich vor des Hannß von Habers, und nicht des Johann Sieverts, Successorem ausgibt, solle er, wann er sich in dieser Beylag fundiren wollte, Krafft derselben vielmehr die Gült zu præstiren, als zu erheben haben, und um willen darinn von der Beklagten Vorfahren mit keinem Jota gedacht worden, probirt sothane Beylag weniger denn nichts wider die Beklagte. Dergleichen Bewandtniß es auch allerdings mit dem Uebergabs-Brieffe der jährlichen Korn-Gülte zu Godelau vom 19den Februar. 1613. als darinn gar keines Quanti gedacht wird.

44 In dem Abschiede und Uebergab der 33. Malter Korn zu Godelau an die von Gotthard vom 4ten Septembr. anno 1617. wird zwar in specie gedacht von 33 Malter Korn zu Godelau, die als eine Gült der Gotthardischen Wittib jährlich zu liefern, welches Quantum gleichfalls in der Cession dieser Korn-Gülte, so Herr Johann Georg von Tondorff und seine Frau Eheliebste gegen dero Tochtermann Herrn Krafft Wilhelm Frey-Herrn von Schmidtberg gethan den 12ten April. 1688. exprimirt zu finden, diese Instrumenta aber probiren von Rechswegen nichts in præjudicum der Beklagten.

Cum nec catastra & libri censualis, minus ergo scripturæ ejusmodi privatæ quicquam in præjudicium tertii non consentientis, probent per tradita

Romani *Cons. 275. num. 10.* Montani *de finib. regund. cap. 64.* hanc communem esse dicentis ex Parisio *volum. 1. Cons. 104. in fin.*

Wann aber auch zu Rechtlicher Gnüge erwiesen wäre, daß Beklagter Vorfahren hätten, vermöge aufgerichteten Contracts, 33. Malter Korn zu præstiren gehabt, so möchten sie doch, nachdem sie fast diß gantze Seculum hindurch nur in etlich zwantzig Malter jährlich geliefert und bezahlet, wie beede Theil einander geständig seyn, so schlechter Dinge hin, weder zu Abstattung des prætendirten Ausstands, noch zur völligen Entrichtung der gantzen jährlichen Gült in künfftigen Zeiten, condemnirt werden, ehe und bevor Herr Kläger
45 Rechtlich dargethan und erwiesen, daß seine Vorfahren je und allwegen bey Lieferung der etlich und zwantzig Malter Korn zur jährlichen Gült wider das geringere Quantum protestirt, und ihnen reservirt, dasjenige, was zu wenig geliefert noch künfftig zu erfordern, dann wann solches nicht geschehen zu seyn erwiesen wird, können Beklagte nicht angehalten werden, ein mehrers zu liefern, als sie bißanhero præstirt, und von ihnen von Herrn Klägers Vorfahren willig ohn Protestation und Reservation angenommen worden.

Noti enim juris est, quod licet quis majores promiserit usuras sed tamen aliquandiu, per decennium forte, imo secundum quorundam sententiam per triennium modo, debito minores solverit, eæque à creditore absque ulla contradictione, protestatione seu reservatione acceptatæ fuerint, creditor sibi non tantum in præteritum, sed etiam in futurum præjudicet, ut majores promissas amplius exigere nequeat, ceu quibus sponte minores recipiendo renunciasse censetur

l. 13. ff. l. 5. C. de usur. utrobique Brunnemann.

Quod ad annuos census etiam Doctores 46
extendunt, ut si creditor à debitore annui census per longius aliquod tempus, 10. nempe vel 20. annos, annuos census minores quam stipulatus sine ulla contradictione aut reservatione sponte receperit, teneatur etiam iis in futurum contentus esse, nec residuum illud, quod minus singulis annis solutum, petere queat.

Berlich. *part. 2. concl. 5. num. 13.* Carpzov. *part. 2. c. 2. d. 6.* Hartmann. Pistor. *Obs. 144.*

Ne enim quis spontanea receptione debi- 47
to minoris census residuum remisisssse censeatur, protestatio annuatim repetita necessaria est, prout in simili

in c. olim. vers. cum etsi &c. x. de censib.

Protestationis hujus fit mentio. Idque et- 48
iam procedere videtur, etiamsi quis census in minori summa, non usque adeo sponte, sed cum difficultate quadam à debitore ad majorem summam devincto receperit, si modo plus ab illo exigere potuisset.

Cum enim creditor ejusmodi receptionem minoris summæ toties per 20. annos repetierit, qui majorem sibi debitam tamen exigere potuisset, ex tam crebris & tam sæpe multiplicatis receptionibus minoris summæ, enixa & spontanea voluntas ejus summam majorem remittendi, hujusque perseverantia, satis clarè elucere videtur, ut ulteriori aliquo titulo haud opus sit.

Neque necessarium est, ut tricennalis 49
præscriptionis tempus impletum sit, cum hic non de jure vel quærendo, vel omnino tollendo, nec de præscriptione, sed de præsumpta remissione agatur.

Ex diutina enim per 10. vel 20. annos 50
continuata receptione summæ debito minoris creditor residuum remisisse præsumitur, magnaque differentia est, utrum de lapsu temporis agatur in eum finem, ut inducatur præscriptio, quo casu legitimum præscriptionis tempus requiritur, an vero in eum effectum, ut inducatur præsumptio, hoc etenim casu legitimum præscriptionis tempus præcise non requiritur.

l. 3. l. 7. C. de hered. petit.

51 Luculentum ejus exemplum habemus in eo, quod qui tribus annis proximis annuas pensiones solvit, retro semper eas solvisse intelligatur & præsumatur

l. 3. C. de apoch. publ.

52 Neque ad inducendam hanc remissionis præsumptionem tituli allegatio est necessaria, cum hic non de inducenda obligatione, sed de tollenda vel minuenda agatur, quo casu nulla tituli allegatio desideratur

l. 40. de pact. l. 47. de obligation. & action.

53 Et licet regulariter creditor recipiendo partis solutionem in residuo sibi non præjudicare censeatur, id tamen procedit quando de una quadam summa principali agitur, quando autem de multis summis annuatim solvendis & per multas vices percipiendis disceptatur, aliud dicendum videtur.

Quibus rationibus inducti Scabini Lipsienses responderunt, si creditores sponte vel sine protestatione minores census per tot vices recepissent, eos id, quod annuatim residuum permansit, petere non posse,

apud laudat. Hartmann. Pistor. *Observ. 144.*

Demnach wir schließlich gleichfalls erachten, und beständig dafür halten, daß dermahlen hier anders nicht erkannt, noch gesprochen werden möge, als daß der Richter voriger Instanz übel geurthelt, wohl davon appellirt, und in der Haupt-Sach, daß Beklagte und Appellanten jährlich weiters nicht zu præstiren schuldig, als was sie Herrn Klägers und Appellaten Vorfahren jährlich zur Gült geliefert, und von selbigen angenommen worden, Herr Kläger und Appellat könnte dann inner einer Frist von sechs Wochen Rechtlich darthun und erweisen, daß seine Vorfahren je und allwege protestirt, und ihnen den jetzo von Herrn Klägern suchenden Nachtrag reservirt, womit er so dann zu hören wäre.

Möchte also zu völliger Erörterung der Sache nachstehende Urtheil publiciret werden.

Urtheil.

IN der Appellations-Sach deren so- 54
genannten Hafer-Gült-Leuthe zu Godelau, Crumstatt, Stockstatt und Ehrfelden Beklagten und Appellanten Eines, entgegen und wider Heinrich Ludwigen von Bobenhausen, Fürstlich-Hessen-Darmstättischen Rath und Marschallen, auch Ober-Forst- und Jägermeistern, Klägern und Appellaten andern Theils, erkennen wir verordnete Hessen-Darmstättische Regierungs-Räthe allem Gerichtlichen Fürbringen nach, auf eingehohlten Rath auswärtiger unpartheyischen Rechtsgelehrten, zu Recht, daß von dem Richter voriger Instanz mit ausgesprochener Urtheil übel geurtheilt, wohl davon appellirt, und in der Haupt-Sach, daß Beklagte und Appellanten forderist von der gebetenen Verlustigung der besitzenden Güter absolvirt, so dann jährlich weiters nicht zur Gült zu liefern schuldig seyn sollen, als was sie und ihre Vorfahren Herrn Klägers Vorfahren jährlich zur Gült geliefert haben, und von selbigen angenommen worden, es wollte und könnte denn Herr Kläger und Appellat inner sechs Wochen, so ihm hiemit pro Termino anberaumt werden, Rechtlich darthun und erweisen, daß seine Vorfahren je und allwege protestirt, und ihnen den jetzo von Herrn Klägern suchenden Nachtrag reservirt, wesfalls er damit gehört, die aufgewandte Unkosten aber aus Beweggniß gegen einander compensiret und verglichen seyn sollen.

Welche Urtheil wir den Rechten und der Sachen Beschaffenheit, salvo semper cujusvis meliore judicio, gemäß zu seyn erachten, und solches mit Beydrückung unsers gewöhnlichen Insigels urkundlich bezeugen.

Actum in Collegio nostro d. 1. Julii 1699.

CON-

CONSILIUM LXXXV.

IN

Puncto decimarum in possessorio, interdicto Uti possidetis & remedio Canon. Redintegranda 3. c. 3. qu. 1. cumulato.

SUMMARIA.

1. *seqq. Recensetur Factum.*

11. *In quæstione: an petitorium, an vero possessorium fuerit institutum? potissimum ad conclusionem libelli respiciendum, & sic ubi conclusio de sola possessione concepta est, licet narratio facti quædam etiam contineat ad petitorium spectantia, tamen possessorium intentatum intelligitur.*

12. *Præsertim ubi actor protestatur, de sese non immittendo in petitorium.*

13. *Non minimum requisitum sententiæ est, ut sit conformis libello & petitioni actoris.*
Fatuus dicitur Judex, qui aliter condemnat, quam fuit petitum. ibid.

14. *Hæc requisita conformitas quomodo intelligi debeat?*

15. *Si libellus actoris in solis terminis petitorii substitit, super hoc solo pronunciandum, etiamsi appareat, actorem in possessorio obtinere potuisse, si hoc instituisset.*

16. *Distincta sunt proprietas & possessio, neque hæc cum illa quicquam commune habet.*
In Processu quovis hæc tria conformia esse debent, Petitio, Probatio & Sententia. ibid.
Quod probatum & petitum non est, judex supplere nequit. ib.

17. *Limitatio Regulæ, quod intentato in libello solo petitorio super possessorio pronunciari nequeat.*

18. *De casu converso instituti possessorii.*

19. *Judex hic in petitorio pronuncians nulliter procedit, sententiaque omni vi destituitur.*

20. *Remedium Canon. Redintegranda. à Dd. plenissimum vocatur utpote cuivis possessori de possessione cujuscunque rei & sine justa causa dejecto, contra quemvis istius rei possessorem, ad recuperandam possessionem competens.*

21. *Interdicti U. P. nomine hodie datur actio realis, & quidem directa possessori, sive civili, sive naturali, rei corporalis, utilis possessori rei incorporalis, s. alicujus juris, ut decimandi, venandi &c. turbato ab aliquo, à quo non vitiose possidet.*

22. *Contra quem, & ad quid detur?*

23. *Remedium Canon. Redintegranda. & interdictum U. P. quamvis alterum sit recuperandæ, alterum retinendæ possessionis, bene cumulari, modo dirigantur contra reos diversos.*

24. *Possessio, quæ ab eo, qui agit Interdicto U. P. omnino probanda, probari potest vel vere, vel præsumptive.*

25. *seqq. Quod Remedium Canon. Redintegranda. an sufficiat actori probare antiquiorem possessionem, an vero insuper probanda sit dejectio?*

29. *seqq. Adducuntur probationes pro quasi possessione actorum factaque eorum à quibusdam Rr. dejectione.*

32. *Quilibet possessor, etiam injustus, plus juris habere censetur, quam ille, qui non possidet.*
Modo non ab ipso adversario vitiose possessionis causam habeat. ib.
Quivis possessor in possessione sua etiam contra Ecclesiam, Hospitale &c. defendendus, donec de ejus non jure constet. ibid.

33. *Præsumtio stat pro possessore, eum jure possidere, unde nec titulum possessionis edere compellendus.*
In pari causa & jure semper melior est conditio possidentis. ibid.

34. *Nemo possessione sua, quamvis injusta, sine causæ cognitione privari debet; Sed potius injuste dejectus ante omnia restituendus est illico.*

35. *Sententia.*

Als uns denen zur Juristen Facultät bey gemeiner Hoch-Fürstlich Würtenbergischen Universität Tübingen verordneten Decano und andern Doctoribus ohnlängst hiebey wieder zurückkommende vor Löbl. Stadt-Gericht zu Göppingen als per Rescriptum Serenissimi de 29. Febr. & 10. Julii 1696. gnädigst verordneten Remissions-Richtern ausgeübte Acta in der strittigen Heuzehends Sach sich haltend zwischen Herrn Johann Seitzen, Burgermeistern zu Schorndorff & Consortes in Actis be-

benandt, als Besitzern und Inhabern der Geistlichen Verwaltung Hoff-Güter zu Schorndorff, Klägern eines, entgegen und wider Gemeine Stadt Schorndorff, und zerschiedene Privatos als Inhabere der Kellerey Lehn- und Hoff-Güter, sämmtlich in Actis benandt, und deren Gewalthabere, Herrn Johann Adam Katzenstein des Gerichts, Herrn Johann Langen des Raths, und Johann Jacob Haubern, alle Bürgerliche Inwohnere zu Schorndorff, Beklagte andern Theils, zugesandt worden, um unser Rechtliches Gutachten darüber zu erstatten; So haben wir nicht ermangelt sothane Acta, so bald es seyn mögen, unter Handen zu nehmen, mit gebührendem Fleiß zu durchlesen, und reifflich zu erwegen.

1 Da wir dann mit mehrerem ersehen, was Massen Klägere klagbar vor- und angebracht, wie daß sie zwey in die Geistliche Verwaltung Schorndorff Zinß- und Gültbare Hoff-Güter, und darinnen in die 50. Morgen mehrentheils gar raue Aecker alle biß auff 3. Morgen in einer Zelg liegend, und nur 4. Morgen dürre Wiesen, besitzen, daraus sie jährlich der Geistlichen Verwaltung an Rocken 4 Scheffel 5 Simmern, Dünckel 4 Scheffel 2 Simmern, Habern 4 Scheffel 5 Simmern 2 Vierling ewige Gült reichen und geben müssen;

Und sich aber in der Schorndorffischen Marckung ein gewisser District ohngefehr 72 Morgen Wießwachs (welcher zu dem Ende ordentlich umsteint, und die Stein mit einem Schaarboden oder Pflugschaar bezeichnet seyn,) befinde, aus welchem Bezirck sie Kläger von den drinnen gelegenen Gütern und deren Possessoribus über Menschen Gedencken und von ohndencklichen Jahren her, wie erweislich, und sonder Zweiffel ex ea causa damit sie als Inhabere deren schlechten beschwerten Verwaltungs Hoff-Güter solche besser bestreiten könnten, ihnen concedirt, je und allwege den Heu-Zehenden ohnstrittig und ruhig eingezogen, unter sich proportionabiliter getheilt und genossen haben, biß vor ungefehr 6 Jahren die Beklagte und dero re-
2 spect. Antecessores, und zwar meistens die Vermöglichste aus ihnen, der Einziehung des Zehendens von ihren in ersterwehntem District liegenden Wiesen, sich aus Eigennützigkeit und ohn das geringste Fundament und Recht, oder rechtmäßige Exemption, de facto eigenmächtig und gewaltsamer Weyse widersetzt, denselbigen diese Zeit her nicht mehr gereichet, und also sie Aa. von ihrer Zehend-Gerechtigkeit dejicirt, in der, aber verhoffentlich fehlschlagenden, Meynung, dadurch ihre Wiesen in totum Zehendfrey zu machen.

Ob wohl nun Klägere sich bey den beklagten Renitenten zu zerschiedenen mahlen um die Zehend-Gebühr angemeldet und dieselbe exigirt, auch respective wider sie geklagt, und sie Klägere bey ihrer bekandtlichen Possession vel quasi zu manuteniren gebeten; So haben doch dieselbige sich hierzu nicht verstehen, und die Sach ihre Richtigkeit nicht gewinnen wollen, sondern sie unumgänglich gemüßiget worden, sich bey Hoch-Fürstlicher Cantzley deßhalben unterthänigst zu beschwehren, worauff die Sach an dieses Löbliche Judicium zur Untersuch- und Debattirung gnädigst remittiret worden.

Wann nun offenbahren üblichen Rechtens, 3
daß keiner dem andern das Seinige vorenthalten, denselben an seiner Gerechtigkeit hindern, viel weniger sich de facto, das, was er zu præstiren schuldig, zu geben weigern, und sich eigenmächtig thätlicher Weyse eximiren, sondern falls einer sich quovis modo beschwehrt befindet, vor den ordentlichen Richter gehen, sich nicht selbst pfänden, noch in eigener Sach Richter seyn, oder den andern seiner Gerechtsame berauben und spoliiren, vor allen Dingen aber dergleichen Attentaten auffgehebt und der Spoliatus oder quavis via ex possessione sua dejectus restituirt und redintegriret, mithin ein jedweder bey seiner Possession vel quasi defendiret und manuteniret, auch alle an sich selbst sträffliche Thätligkeit verhütet u. vermitten werden solle, zumahlen da einer per immemoriale tempus in possessione vel quasi percipiendi gewesen, und dieselbige zu erweisen ist. Und aber Klägere und deren Antecessorn ohnlaugbar bey Menschen Gedencken her den Heu-Zehenden aus der Beklagten in dem District gelegenen Gütern eingezogen und gehoben, auch die Possessores alle solchen vor diesem Handel willig geleistet, einige Besitzere (deren gegen 50. seyn) diese Decimas noch auff diese Stunde ohnweigerlich præstiren, die beklagte Renitenten aber eben auch dergleichen in diesem umsteinten gewissen Bezirck gelegene Güter in Besitz, dannoch aber sich de facto sine justa causa, geweigert, & sine authoritate subduciret, ohne Rechtliche Befügniß denegiret, und Klägere von ihrer rechtmäßigen und wohlhergebrachten Possession vel quasi dejiciret, mithin sich in omnimodam libertatem zu setzen, und sich durchaus Zehendfrey zu machen, eigenmächtiger Weyß gesuchet haben, anerwogen weder die Geistliche Verwaltung, noch der Spithal, noch die Kellerey, (welche drey Corpora zu Schorndorff sonst und im übrigen den Zehenden einzufordern berechtiget) etwas an sie gefordert, ja die Geistliche Verwaltung selbst aus in diesem District gelegenen Gütern ihnen unweigerlich den Zehenden reichet, gleichwol sie die Güter nicht Zehendfrey, sondern cum onere decimarum an sich erhandelt und erkaufft, auch sonsten in dubio die immunitas à decimis nicht, wohl aber in qualibet tali re immobili vielmehr onus decimarum zu præsumiren, einfolglich talis libertas ac immunitas von den Renitenten Rechtsbenügig zu dociren.

Als

4 Als haben Aa. gebeten zu erkennen, daß den beklagten Renitenten keines wegs gebühret, Klägere in ihrem wohlhergebracht ruhigem Besitz vel quasi des geklagten Juris percipiendi decimas oder Zehend-Rechts einigen Eintrag, Turbation oder Attentatum zuzufügen, viel weniger sich de facto eigenmächtiger Weyß und weniger denn mit Recht ab onere præstandi decimas zu eximiren, mithin sie Klägere in vorigen Stand und quasi possess hujus juris zu restituiren, auch sie Beklagte dahin zu condemniren und anzuhalten, daß sie Kr. Klägern nicht allein künfftighin (biß ein anders in petitorio ausgemacht und mit Recht erkannt worden) den Heu-Zehenden ohnweigerlich entrichten, sondern auch wegen der schon eine geraume Zeithero de facto vorenthaltenen Zehend-Gebühr und des hieraus ermanglenden Interesse billigmäßigen Abtrag thun, so dann gebührende cautionem de non amplius turbando ac molestando præstiren, auch die aufgelauffene und ferner auflauffende Ohnkosten, Herrschafftliches Interesse, wegen verübter Thätligkeit, vorbehältlich, refundiren sollen ꝛc.

5 Auff welche eingeführte Klag die Beklagte litem pure negative contestirt, und excipiendo gemeldt, daß denen Klägern die an sie de facto gezogene und nunmehro von ihnen wider alles Recht und Billigkeit in litem erwachsene Possessio deren in certo districtu gelegener Güter nullo jure gebühret und zugestanden, noch der Zeit gebühre und zustehe, mit dem beständigen Gegenbericht, daß ob wohl Klägere in deren in den vorhandenen Läger-Büchern intitulirter Lehen-Güter, nicht aber ihrem Angeben nach Zinß- und Gültbarer Hoff-Güter Possession vel quasi gestanden, so seyn dieselbe der Zeit nullo justi titulo, nec bona fide darinnen gewesen, indem ihnen den Aa. wohl bekandt, welcher Gestalten solche von ihnen occupirt worden, per qualem illicitam occupationem possessionem amitti juris haud obscuri vi

l. 6. l. 7. ff. de acq. vel amitt. poss.

cum non ratio obtinendæ, sed origo nanciscendæ possessionis exquirenda sit.

Und wann Aa. justum possessionis titulum gehabt, hätten dieselbe von theils einfältigen, dieser Sache ohnverständigen und verum possessorem ignorantibus nicht quid pro quo, nemlich jeweilen etwas weniges an Geld, jeweilen was wenigs an Wein und andern privatim genommen und eingezogen, sondern hätten ihr certum & determinatum quantum erfordert, dannenhero die einfältige Reichere durch dieses wenige eine Menage und Gewinn zu haben geglaubt, und solches ohnweigerlich præstirt.

6 Und ob schon vor geraumer Zeit von einem gewissen der Zehend aus diesen Gütern eingezogen worden, causiret doch derselbe kein Præjuditz, viel weniger ein tempus immemoriale, indem er solches im Namen der beeder Kellerey Hoff-Güter zu dem Ende eingezogen, damit, nach Ausweiß des zwischen Löblicher Stadt Schorndorff und den Inhabern der zweyen Höfe als Baurschafften in Anno 1554. den 19. Dec. auffgerichteten Vertrags, die würcklich præstirende Reißwägen und Roß erhalten werden möchten. Sey demnach was gegenseits de tempore immemor. angeführt, vielmehr vor Bekl. diensam, gestalten, wann der Hr. Richter inquiriren werde, wer ab initio die Baurschafft zu Schorndorff gewesen, und wem vor ohndencklichen Jahren die Possessio der Güter zugestanden, so werde die Baurschafft aus der in Anno 1190. auffgerichteten Schorndorffischen Fundation, die Possessio aber und wem solche zugestanden aus denen dasigen Hospitals und Geistl. Verwaltungs-Läger-Büchern sich Sonnenklar weisen, auf welche Kr. sich bezogen haben wollen, welche auch vermög des Engelbergischen Vorst-Lägerbuchs zur Zeit, mann man jagt, mit Anschaffung zweyer Pferdt und eines halben Wagen, um Wildprett und Jagzeuch damit zu führen, auch mit andern incommodis, Anlagen und Gülten, nemlich 22. Scheffel Dünckel, 27. Scheffel Habern, und 15. fl. 16. Kr. an Geld und andern, so der Kellerey Schorndorff gefällig seyn, gravirt, herentgegen ihnen commodi & beneficii loco die Possessio der Güter und Einziehung des Zehenden daraus gegönnet worden, können demnach die vulgares Juris regulæ den Kr. neml. Prior tempore potior jure, den Aa. aber: Possessor malæ fidei nullo tempore præscribit, appliciret werden.

7 Es haben die Possessores der Güter der Schorndorffischen Baurschafft, worunter auch die Stadt begriffen, ab initio und von undencklichen Jahren her ohnweigerlich ihr Devoir geliefert, biß auf erfolgte böse Zeiten, da die Sach durch Absterben alter Leute, und zwar beyderseits der einnehmenden und liefernden und continuirliche Kriegs-Läuffen in disordre gerathen, und theils Besitzere nicht gewußt haben, wem sie die Decimas einliefern sollen, sey also angestanden, biß Kr. sich dessen etwas wiederum recolligirt und die Fundamenta aus den alten Documenten erlernet haben.

Daß aber Aa. vermeynen, es seyen nur die drey Corpora, nemlich die Geistl. Verwaltung, der Hospital und Kellerey den Zehenden einzuziehen befugt, so bringen die alten Läger-Bücher ausdrücklich mit sich, daß auch die Baurschafft aus den in certo districtu ligenden Gütern den Zehenden einzuziehen berechtiget sey. So lang und viel nun Aa. ihrer prætendirenden Possession Legalitæt nicht wie Herkommens dociren und verificiren, könne ihnen solche keines wegs eingestanden werden. 8 Dannenhero Beklagte gebeten, in Consideration obiger Fundamenten die Klägere mit ihrer ohnbefugten Klage ab und zur Ruhe zu weisen, mithin in Rechten zu erkennen, daß die Klägere ihre bißherige illegitimo modo & injusto titulo an sie gebrachte detention Possession. vel quasi una cum refusione des bißher eingezogenen Nutzens, auch aller und jeder causirter und noch

causirender Unkosten abzutreten schuldig, hingegen Beklagte in longe antiquiorem possessionem einzutreten berechtiget seyn sollen, mit fernerer Bitt, Beklagte von übrigen übel ge-
9 führten Klagen zu absolviren. Nach beschehener Litis contestatione negativa, haben sich beede Theile auff die Probation gelencket, nach eingekommenem und publicirten Rotulo Examinis darauf Klägere ihre Probations-Schrifft extrajudicialiter eingegeben, nach dem nun solche den Beklagten in Copiis communicirt, haben selbige einmal über das andere mal prolongationem termini gesucht, und endlich es dahin gebracht, daß von Hochfüstl. Rent-Cammer Gn. Befehl ergangen, den auf den 23. Febr. 1698. angesetzten Termin wieder abzuschreiben, und die Acta vorher zu Hoch-Fürstl. Cammer einzuschicken, auch ohne deren Special-Befehl weiter keinen Termin ansetzen zu lassen; Demnach aber auf der Klägere unterthänigstes Beschwehren vom Hochfürstl. Ober-Rath anderwerter Gn. Befehl den 18. Julii 1698. eingeloffen, mit dem bißher eingestellt gewesenen Proces ohne längern Verzug wieder zu progrediren, ist der 17. Aug. 1698. pro termino peremptorio angesetzt, und beede Theil wieder darauf behörig citirt worden, da dann Klägere forderist den Beklagten, und diese wieder jenen sich darzu gutwillig verstehend, das Juramentum calumniæ Generale deferirt, so auch per interlocutum confirmirt, und darauff den 31. Aug. d. a. würcklich beederseits durch die darzu Vergewaltigte abgeschworen worden, worauff der Beklagten Duplica, ferner der Aa. Triplica und respect. Eventual-Conclusion-Schrifft, endlich der Beklagten Conclusion Schrifft, auf einander eingericht, zuletzt auch von beeden Theilen mündlich beschlossen und submittirt worden.

10 Hierüber nun unsere beywohnende Rechtliche Gedancken kürtzlich zu eröffnen, so ist, was die Formalia Processus anlangt, dabey nichts sonders zu desideriren oder zu erinnern; Materialia aber belangend, wird forderist zwischen den litigirenden Partheyen controvertirt: Ob die Urtheil allein super possessione vel quasi juris percipiendi decimas, auser den 72 Morgen ohngefähr ausmachenden Wiesen, so in dem District gelegen, welcher mit 27 Steinen, die mit einem Schaarboden oder Pflugschaar bezeichnet seyn, und einer oben neben dem Zeichen des Schaarbodens, noch auch einen Rechen zugleich führet, gantz ordentlich von des Spithals, der Kellerey und Geistl. Verwaltung Zehenden abgesondert, oder super ipsomet Jure decimas ex prædiis in dicto districtu sitis exigendi zu geben und auszufällen sey? oder ob in possessorio, vel in petitorio der Richter zu erkennen und zu sprechen habe? da die Beklagte behaupten wollen, daß die Sache in petitorio dermassen bewand und utrinque ausgeführt, auch probirt, daß der Richter sicher und wohl, ihrem vermeynen nach, in petitorio vor sie sprechen, und ihnen das Zehend-Recht per sententiam zuerkennen, Klägern aber dasselbe absprechen könne. Wir halten 11
aber vorgängig unsers Orts, salvo semper cujusvis aliter sentientis judicio, gäntzlich und beständig dafür, daß der Richter secundum Acta & actitata in gegenwärtiger Zehend-Strittigkeit, sine manifesto vitio nullitatis sententiæ, durchaus in petitorio nicht sprechen könne, sondern allein in possessorio zu erkennen und zu sententioniren befugt sey. Denn Klägere haben indubitato allein das Possessorium instituirt, wie solches nicht allein die narrata, und insonderheit die Conclusio des von ihnen übergebenen Klag-Libells (ex qua conclusione libelli potissimum de actione instituta judicandum, licet ergo narratio facti in libello etiam contineat quædam ad petitorium spectantia, si tamen libellus de possessione tantum concludat, & conclusio de solo possessorio concepta sit, narratio conclusioni non officit, sed vi hujus judicium possessorium intentatum intelligitur, & narrata ad petitorium spectantia saltem ad colorandum possessorium, non vero de necessitate, deducta censentur

Besold. *de Proc. Judic. cap. 2. th. 3. lit. p.*)

gantz klar und offenbar, sondern auch alle ihre 12
übrige mündl. Recess und eingereichte Schrifften heiter zeigen, darinnen sie jederzeit solenniter protestirt, daß sie dermalen allein in possessorio agiren, und darbey stricte bleiben, mit nichten aber sich in petitorio einlassen, was sie also irgends ad petitorium gehörig vorbrächten, einig und allein ad colorandum possessorium vorgebracht zu haben, verstanden haben wollten, welches Beklagte auch selbst agnosciren müssen. Weil nun die Sententia dem 13
Klag-Libell und petitioni actoris conform seyn soll, folgt nothwendig, daß die Urtheil auch also super intentato ab Actoribus possessorio ergehen, und allein super possessione pronunciret werden müsse, sonsten würde inter libellum Actorum & sententiam judicis eine grosse inconformitæt herauskommen, quæ non posset non hanc ipso jure reddere nullam.

Constat enim inter alia sententiæ requisita non minimum esse, quod conformis debeat esse libello & petioni actoris

l. 32. ff. de pœn. l. 43. de recept. arbitr. l. 26. ff. de re judic. Ant. Faber. *Cod. lib. 2. tit. 37. d. 3. n. 5.* Gail. *1. O. 69. num. 1.* Mynsi. *4. O. 81.*

& fatuus sit Judex, qui aliter condemnat, quam fuerit petitum

l. ult. C. de fideicomm. libert.

quod non ita accipiendum, quasi reus sem- 14
per in id, quod petitur, condemnandus foret, sed ne judex extra libelli metas vagetur ac judicet, aut sententiam dicat, illius enim potestas ultra libellum haud extenditur, proinde si sententiam tulerit, super eo, quod in libello non petitum, & super quo nec lis contestata, eadem redditur ipso jure nulla.

arg.

arg. l. 18. ff. comm. divid. c. licet. Heli. x. de Simon. Bald. *in l. 1. C. ſi plures una ſent. & d. l. fin. C. de fideicomm. libert.* Menoch *Conſ. 345. n. 32.*

15 Si igitur libellus ac petitio actoris in ſolis terminis petitorii ſubſtiterit, quantumvis appareat, actorem in poſſeſſorio obtinere potuiſſe, ſi illud inſtituiſſet, attamen nunc ſuper ſolo petitorio intentato pronunciandum, reusque in petitorio, ob non ſufficienter probatum ab actore dominium, vel aliud prætenſum jus, abſolvendus erit.

per text. c. ult. x. de cauſa poſſeſſ. & propriet. ex quo demonſtrato, in cauſa & proceſſu ſuſcepto ſuper proprietate, ſpolio, ſuper poſſeſſione haud pronunciandum probat Hartm. Piſtor. *p. 1. qu. 45. n. 1. 4.* nec immerito,

16 quia diſtincta ſunt proprietas & poſſeſſio, neque hæc cum illa quicquam commune habet

l. 12. §. 1. ff. de acq. vel amittend. poſſeſſ. cumque conformia debeant eſſe hæc tria in Proceſſu quovis, ſcil. Petitio, Probatio & Sententia,

Alphonſ. de Azevedo *in Conſtit. Regn. Hiſp. lib. 4. tit. 17. c. 10. n. 116.* ita ut judex nequeat ſupplere, quod probatum & petitum non eſt.

Gloſs. *in l. verbum oportere ff. de V. S.* utique nec ſuper poſſeſſione pronunciari poterit, ſi proprietas fuerit petita, ut maxime poſſeſſio ſit probata.

Hartm. Piſtor. *d. qu. 45. n. 1. ſeqq.* Carpzov. *Proc. tit. 16. art. 2. n. 32. ſeqq.*

17 *& lib. 1. Reſp. 72. per tot.* ubi tantum id limitant, niſi antequam in cauſa concluſum fuerit, actor ſimul etiam poſſeſſorium intentaverit, id quod ipſi jure licere pateat ex *c. Paſtoralis.* & ibi notat. à Dd. *de cauſ. propr. & poſſeſſ.*

18 E converſo vero parili ratione, intentato Judicio Poſſeſſorio, licet ex probationibus juſta petitorii cauſa appareat, in poſſeſſione tamen ſubſiſtendum erit, nec judicare aut ſententiam ferre poteſt judex ſuper petitorio, iisdem ex fundamentis, quibus in petitorio ſuper poſſeſſorio haud pronunciandum modo diximus, ut maxime poſſeſſio fuerit demonſtrata. Ex quo namque poſſeſſio nihil commune cum proprietate habere dicitur *d. l. 12. §. 1. de acq. vel am. poſſ.* ſalvo hoc JCti effato poſſeſſorium cum petitorio confundi nequit. Cumque ſententia conformis eſſe debeat libello, non utique tuto & legaliter pronunciabit judex ſuper petitorio, ſi de poſſeſſione fuerit libellatum, deficiente præſertim intentione actoris, petitione, ac probatione deſuper ſuſcepta, aliud quippe eſt poſſeſſionem colorare, & aliud proprietatem intendere & probare.

Carpzov. *d. tit. 16. art. 2. n. 38. ſeqq. & l. 1. Reſp. 73. per tot. it. p. 1. c. 26. d. 7.* *ibique* Goſwin. ab Esbach. Klock. *vol. 2. Conſ. 30. n. 155.* Lud. Poſtius *tr. Mandat. de manutenend. Obſ. 7. n. 21.* ubi pluribus adductis authoritatibus 19 ac præjudiciis adſtruit, Poſſeſſorio inſtituto, judicem ligatas habere manus, ut in petitorio pronunciare non poſſit, & ſi contrafaciat, nulliter procedat, ſententiaque, inverſo & immutato juris ordine lata nulla ſit. Coll. Jur. Argent. *lib. 42. tit. 1. th. 50.* Hartm. Piſtor. *d. qu. 45. n. 4. in fin. ſeq.*

Hiſce fundamenti loco ita præmiſſis, iſt zu 20 ſehen, was denn Klägere vor ein Remedium Poſſeſſorium inſtituiret haben? Es gibt aber ihr petitum u. darneben ihre in ihren Schrifften gethane klare Expreſſion gantz deutlich zu erkennen, daß ſie wider diejenige, die in dem mit den 27. mit einem eingehauenen Schaarboden oder Pflugſchaar bezeichneten Zehend-Steinen, ordentlich von des Spithals, der Kellerey und der Geiſtl. Verwaltung Zehenden abgeſonderten und bemerckten Diſtrict, von den darinn gelegenen 72 Morgen Wieſen, ſo je und allezeit über Menſchen Gedencken der Geiſtl. Verwaltung Hoffbauren den Heu-Zehenden gereicht, was Beſitzer und Klägere itzo etliche Jahr her von ſolch ihren in ermeldtem Diſtrict beſitzenden Wieſen den Zehenden zu reichen ſich de facto geweigert, und durch ſolche denegation des Zehendens Klägere von ihrer wohlhergebrachten poſſeſſion vel quaſi juris decimas percipiendi eigenmächtig dejicirt, das Remedium Can. Redintegranda. 3. cauſ. 3. qu. 1. inſtituirt, und gebeten haben, ſie wider dieſe in vorigen Stand und qu. Poſſeſſion prætenſi hujus juris zu reſtituiren.

Quod ipſum remedium Dd. communiter pleniſſimum vocant, utpote ex communi ipſorum ſententia, cuivis de poſſeſſione cujuscunque rei ſine juſta cauſa dejecto, contra quemvis iſtius rei poſſeſſorem, ad recuperandam poſſeſſionem, competens

de quo vid. latius Gail. *2. O. 75.* Berlich. *p. 1. concluſ. 21.* imprimis Ziegler. *in Prælect. Academ. ad c. redintegranda. & ad tit. Decret. de reſtit. ſpoliator.*

Wider diejenige aber, ſo in ſothanen um- 21 ſteinten Diſtrict keine Wieſen beſitzen, dennoch aber Klägere in ihrer hergebrachten poſſeſſion vel quaſi des Juris percipiendi decimas zu turbiren, und ihnen Eintrag zu thun ſich unterſtehen, haben ſie in effectu das interdictum Uti poſſidetis utiliter intentiret, indem ſie gebeten, ſie wider dieſe in ihrer wohlhergebrachten quaſi Poſſeſſion des prætendirten Juris decimandi zu mainteniren, da beneben ſie nicht gar infrugifere petirt, Beklagte auch dahin zu condemniren und anzuhalten, daß ſie Klägere nicht allein künfftighin, biß ein anders in petitorio ausgemacht und mit Recht erkandt worden, den Heu-Zehenden ohnwei-

gerlich entrichten, sondern auch wegen der schon eine geraume Zeit hero de facto vorenthaltenen Zehend-Gebühr und des hieraus ermanglenden Interesse billigmäßigen Abtrag thun, sodann gebührende cautionem de non amplius turbando ac molestando præstiren, und die causirte Unkosten refundiren sollen.

Interdicti enim Uti possidetis nomine & loco hodie datur actio realis directo competens ei, qui in possessione rei corporalis immobilis

l. 1. §. 1. ff. uti possid.

sive civili sive naturali,

arg. l. 1 §. 1. 7. 8. l. 2. ff. d. t.

& utiliter illi, qui in quasi possessione rei incorporalis, sive juris v. g. juris decimandi, venandi, piscandi, pascendi, jurisdictionem exercendi, ligna cædendi &c.

l. fin. ff. d. t. Carpzov. *p. 2. c. 7. d. 11.* ibique Goswin. ab Esbach. Besold. *p. 6. Conf. 274.*

turbatur ab aliquo, à quo rem nec vi, nec clam, nec precario possidet

l. 1. §. fin. l. 2. ff. d. t.

22 contra ejusmodi turbatorem & possessionis usum quoquo modo, intra aut extra judicium, factis vel saltem verbis impedientem,

l. 3. §. 2. 3. ff. eod. Hahn ad Wesenb. *d. t. num. 5. adverba: adversus quovis modo turbantem.*

ut actor ejus rei possessor vel quasi declaretur, & reus dehinc turbare desinat, præstetque id, quod actoris interest, ipsum non fuisse turbatum, adjecta etiam interdum cautione de non amplius turbando

l. 1. §. 4. l. 3. §. ult. ff. eod.

23 Daß nun diese cumulatio diversorum horum remediorum possessoriorum, quorum alterum possessionis recuperandæ, alterum retinendæ possessionis causa comparatum est, contra diversos reos, quorum aliqui Actores de quasi possessione juris percipiendi decimas ex prædiis in districtu illo, ubi actores jus decimandi ab antiquo exercuerunt, à se possessis dejecerunt, decimas antehac solutas denegando, easque ulterius præstare recusando, alii vero, licet in dicto districtu prædia non possideant, tamen actores in sua quasi possessione juris decimandi lite de eo mota turbarunt, de jure statt finde, waltet bey uns durchaus kein Zweiffel

argumento eorum, quæ tradit Author Coll. Jur. Argent. *lib. 43. tit. 1. th. 46.*

24 Wer nun in Interdicto Uti possidetis will obteniren, der muß probiren, se vere vel quasi possidere, adeoque alterum ipsum in possessione vel quasi turbare, quod probatur, vel vere, si quis ipso interdicti petiti s. litis contestatæ tempore se possidere ex actibus possessoriis ostendat

§. 4. Inst. de interdict. Hahn. ad Wesenbec. *tit. Uti possidetis. num. 5. ad verba: Probari autem duo necesse est.*

vel secundum Jus Canonicum præsumptive, probando scil. antiquiorem possessionem, inde enim possessionem præsentem ei competere, & actus, quos alter allegat, turbatorios esse præsumitur, ideoque qui antiquiorem possessionem probat, hoc interdicto vincit, eo jure, usu & Praxi judiciorum comprobato, nisi alter istam præsumptionem elidere queat, ostendendo justam suæ possessionis causam.

c. 9. x. de probat. Clud. *rer. quotid. l. 1. c. 8. sect. 2. n. 11. seqq.*

Was aber in altero remedio Canon. redintegranda. probiret werden müsse, von dem jenigen, der darinn obsiegen wolle, ist inter Dd. strittig. 25

Communiter concludunt sufficere & hic probare antiquiorem possessionem actoris & recentiorem rei, nec opus adeoque esse vel ipsum spoliationis actum probare, vel etiam, quod tempore dejectionis possessio penes actorem fuerit.

Gail. *2. O. 75. num. 12.* Cardin. Mantic. *dec. 181.* Marcell. Cala *de modo articuland. num. 248.* Mascard. *de prob. vol. 3. Concl. 1321. n. 9.*

Ab his aliquo modo dissentire videtur Anton. Faber. *Cod. Sabaud. lib. 8. tit. 3. d. 1.* 26

actorem ad hæc duo probanda adstringens, quod & ante possederit & à possessione sua nullo facto suo ceciderit. 27 In fortioribus terminis dissentit

Andr. Fachinæus *lib. 8. controvers. c. 9.* quod imo actor probare debeat, se possessione sua, quam habuit, dejectum fuisse, sive, quod eodem recidit, probandam esse possessionem & dejectionem.

Cujus sententiam probat ac stabilit

Ziegler. *ad d. c. redintegranda. cap. 7. §. 7.*

quia in pari causa semper potior est conditio possidentis 28

l. 128. de reg. jur.

sed par est causa actoris & rei, nisi probetur dejectio & possessio, nam etsi probet actor antiquiorem possessionem, nihil tamen plus probat, quam reus, qui tunc possidet. Nec obstat, inquit Fachinæus, si dicatur possessionem rei juniorem præsumi clandestinam, injustam, & vitiosam respectu possessionis actoris quæ antiquior est. Nam id negatur, & ratio est, quia delictum non præsumitur, consequenter præsumendum est potius possessionem ad reum perveniisse ex causa justa, quam injusta.

Daß nun Klägere allhier und deren Vorfahren, als Inhabere und Besitzere der Geistlichen Verwaltung Lehen- oder Hoff-Güter, 29

im

im Hoff in specie genandt, je und allezeit von undencklichen Jahren her in quasi possessione des exercirten Zehend-Rechts, und würcklichen Einzugs des Heu-Zehendens von denen 72. Morgen Wiesen, so in einem gewissen, durch 27. mit einem Pflugschaar bezeichnete Zehend-Steine bemarckten District und Bezirck gelegen, constituirt gewesen, und von den Beklagten erst itzo per litem & controversiam hanc excitatam & motam turbirt, und durch einige Inhabere deren in gedachtem umsteinten Bezirck gelegenen Wiesen aus der Possession vel quasi solch exercirten Zehend-Rechts durch Verweigerung des schuldigen Heu-Zehendens von ihren in ermeldtem Bezirck besessenen Wiesen, und beschehene Anmassung des Zehend-Rechts unter dem prætext, ob stünde selbiges ihnen als Inhabern der Kellerey Hoff-Güter zu, gesetzet worden seyn, erbricht sich gantz klar und offenbar aus der Zeugen eydlichen Aussage, gestalten

Testis 1. *ad Art. Prob. 2. Int. spec. un.*

der doch selbst ein Stück von der Kellerey Hoff-Gut besitzet, eydlich deponiret, daß er immer von den Leuten hören sagen, daß die Umsteinung des quæst. Bezircks, und Bezeichnung der Steine mit dem Schaarboden geschehen sey wegen des Heu-Zehendens, den die Verwaltungs Hoff-Bauren, so viel ihm wissend, allezeit eingezogen; Et idem ad artic. ipsum: Seine Eltern hätten auch an dem Verwaltungs Hoff-Gut gehabt, und deßwegen solchen Zehenden gleichfalls selbst eingezogen, quod repetit ad art. Prob. 3. ejusque Int. hinzu setzend, daß von diesem Heu-Zehenden weder der Geistl. Verwaltung, Kellerey, noch Spithal niemalen ichtwas zugekommen, sondern denselben je und allwege der Geistl. Verwaltung Hoff-Bauren entweder in natura eingezogen, oder Geld und anders davor angenommen.

Und Testis 31. *ad d. Art. Prob. 2. Int. un.* saget, daß sie von ihrem Vatter dem Adam Schwartzkopffen seel. so drey Jahr Spithal-Meyer gewesen, und auch ein Theil von dem quæstionirten Verwaltungs Hoff-Gut ingehabt, etliche mal mit auff die Wiesen genommen, und ihro von ihm die Marcksteine und alles eigentlich gezeigt worden, mit dem ausführlichen Bericht, wann er mit der Zeit sterbe, so seyen diß diejenige Wiesen ab denen er und übrige Verwaltungs Hoff-Bauren den Heu-Zehenden zu fordern hätten.

Deßgleichen Testis 32. ibid. so 58. Jahr und eben auch des Schwartzkopffen Tochter, es habe allezeit geheissen, die Steine mit dem Schaarboden bezeichnet, bedeuten die Baurschafft und gehörten in den Verwaltungs-Hoff, weil selbe Hoff-Güter so sehr raue und mit Gülten hart beschwehret seyn.

So attestiren ferner
ad Artic. Probat. 3.

Testis 6. Er wisse nicht, daß ausser denen Verwaltungs Hoff-Bauren dieser Zehend sonst jemand andern zukommen wäre.

Testis 7. Allweil ihm denck, habe weder die Kellerey, Geistl. Verwaltung noch Spithal, diesen Zehenden niemalen, sondern die Verwaltungs Hoff-Bauren immer also ingehabt und genossen.

Testis 9. Er wisse nicht daß er jemand andern, als den Hoff-Bauren gereicht und geben worden.

Testis 11. So lang ihm dencke, wisse er, daß man den Zehenden ab diesen Wiesen allzeit denen Hoff-Bauren, Hrn. Seitzen & Consorten und dessen Vorinhabern und sonst nirgend anders wohin gereicht.

Testis 12. Er dencke ihm bey 30. Jahren, daß dieser Zehend, so viel er von seiner eignen allda habenden Wieß auffm Steinwasen wisse, niemand anderst, als denen Verwaltungs-Hoff-Bauren zukommen.

Testis 13. So lang ihm denck, schon in die etlich und 40. Jahr, so habe der so genandte Scheckelins Theuß (der eben auch ein Besitzer eines von der Geistl. Verwaltung dependirenden Hoff-Guts gewesen, von dem es hernach der Adam Schwartzkopff bekommen. vid Test. 5. & 12. *ad Prob. 4. Int. 1.*) selbiger Revier den Zehenden immer eingezogen, und besinne er sich, daß er allzeit gesagt, er gehöre ins Hoff-Gut der Verwaltung neml.

Testis 14. & 19. haben ihren Zehenden nirgends anders wohin, als den Hoff-Bauren der Verwaltung geben.

Testis 21. Er könne nicht anders sagen, als daß die Bauren diesen Zehenden allezeit dort genommen, welches auch seine Schwieger Anna Langin die über die 70. Jahr alt gewesen, dergestalt zu ihme gesagt.

Testis 26. Sie wisse nicht anders, als daß vor etlich und dreyßig Jahren der so genandte Scheckelins Theuß solchen Zehenden eingezogen.

Testis 27. so von 81. Jahren, er wisse nicht anders, so lang ihm dencke, als daß die Hoff-Bauren diesen Zehenden allezeit eingezogen.

Testis 30. annorum 50. Alldieweil er wisse, habe man diesen Zehenden allwegen denen Verwaltungs Hoff-Bauren und seines Wissend sonst niemand gegeben, hätte den auch sonst niemand begehret.

Weiter deponiren *ad Art. Prob. 4.*

Testis 1. & 2. Daß den Zehenden von den im besteinten Bezirck gelegenen Wiesen die Geistl. Verwaltungs Hoff-Bauren, oder jemand in dero Namen eingezogen.

Testis 4. & 6. Ja die Verwaltungs Hoff-Bauren hätten diesen Zehenden allezeit eingenommen und genossen.

Testis 7. & 8. Ja, so lang sie dencken und wissen, haben die Verwaltungs Hoff-Bauren denselben genommen.

Testis 9. Er wisse niemand, der ihne eingenommen, als eben die Hoff-Bauren.

Idem affirmat Testis 10.

Testis 11. Ja so lang er wisse, da er sein Lebtag viel auf diese Wiesen gewandelt.

Testis 12. Den von seiner eigenen in dem Bezirck gelegenen Wieß schuldigen Zehenden hab er allzeit den Verwaltungs Hoff-Bauren jährlich gereicht.

Testis 13. Die Verwaltungs Hoff-Bauren hätten diesen Zehenden immer eingezogen.

Idem affirmat Testes 14. 15. & 17. 18. & 19. qui de propria præstatione testantur.

Testis 20. Ja, so viel er von seiner Wiesen sagen könne, hab er den Zehenden allemahl dem Herrn Seitzen und vor ihme der Ursulâ Schwartzkopffin, so des Adam Schwartzkopffen vidua gewesen, gereicht.

Testis 21. Ja denen Hoff-Bauren sey der Zehend jährlich von seiner eigenen und seiner benachbarten Wiesen zukommen.

Testis 22. Ja, so lang ihm denck, sey der Zehend auf sein und seiner Nachbarn Wiesen allzeit von den Hoff-Bauren eingezogen worden.

Testis 23. Es sey nun in die 54. Jahr, daß er sich hier bürgerlich eingelassen, (denn er 84. Jahr itzo alt,) von welcher Zeit er sich zu erinnern wisse, daß damahlen ein gar alter Mann, der so genandte Scheckelins Theuß den Zehenden ab diesen Wiesen eingezogen.

Testis 25. der selbst auch ein Theil an einem Kellerey Hoff-Gut hat, deponirt doch, so lang ihm dencke, der bereits ein Mann von 69. Jahren, hätten auf diesen Erlauwiesen u. Steinwasen-Wiesen die Verwaltungs Hoff-Bauren den Zehenden alljährlich eingezogen, allein habe ihn keiner so lang an einander gehabt, als der jetzige Ochsenwirth Hr. Seitz, der seinen Consortibus den gantzen Zehenden abbestanden, und communi nomine eingezogen, dergleichen vorhin auch der alte Scheckelins Theuß und Schwartzkopff gethan.

Testis 27. Ja die Hoff-Bauren, so er benambt, haben diesen Zehenden allzeit eingezogen.

Testis 29. so in der Nördlinger Schlacht 14. Jahr alt gewesen, und auch selbst an einem Kellerey Hoff-Gut participiret, sagt, es habe sonst niemand ausser der Verwaltung Hoff-Bauren kein Handvoll von diesem Zehenden nehmen dürffen.

Testis 30. Ja, allweil ihm denck, und so lang er wisse, sey dieser Zehend allweg den Verwaltungs Hoff-Bauren allein zukommen.

Testis 31. Ja, so lang sie wisse, hätten die Geistl. Verwaltungs Hoff-Bauren und sonst niemand anders den Zehenden eingezogen. cum qua convenit

Testis 32. ibidem.

Addantur depositiones *ad d. Artic. Prob. 3. & 4. Int. 1.*

Testis 4. Er wisse von der Zeit, daß er hiehero kommen, daß die Hoff-Bauren, welche seines Darvorhaltens in die Geistl. Verwaltung gehörten, diesen Zehenden immer eingezogen, es hab aber keiner solcher Hoff-Bauren gedachten Zehenden allein gehabt, sondern eben diejenige unter einander, die etwas an obigen Hoff-Gütern besessen, mit denen man um ein leidentliches ausgekommen, so gut man gekonnt, er vor seine Person habe selbst 3. Stücklein Wiesen, die in diß Hoff-Gut gehörten, und zwar die einte auf der Erlau und zwey auf dem Steinwasen, daraus er den Heu-Zehenden jederzeit obgedachten Hoff-Bauren gereicht.

Testis 5. Welcher auch selbst an einem Kellerey Hoff Gut was besitzt, als er seine besitzende 3thalb Tagwerck Wiesen auf Erlau vor nunmehr 37. Jahren an sich erkaufft, habe er von dem so genandten Scheckelins Theußen einem hier gewesenen steinalten Mann gehöret, daß die Verwaltungs gültbare Hoff-Bauren den Zehenden auf denen Erlauwiesen zu geniessen hätten, die solchen Zehenden ihm allzeit zu kauffen geben, der den so dann von denen Inhabern eingezogen.

Testis 10. Ehe der Seitz & Consorten solchen Zehenden an sich bekommen, haben solchen die Verwaltungs Hoff-Bauren schon eingezogen.

Testis 11. Er wisse es eben von den Hoff-Bauren des Hrn. Seitzen und Büttners Vorinhabern, von denen der Zehend allzeit eingesammlet worden.

Testis 12. Er wisse sich bey 30. Jahr ohngefehr zu erinnern, daß der seelige Adam Schwartzkopff als ein vor dem Seitzen und Consorten gewesener Verwaltungs Hoffbauer diesen Zehenden jährlich eingezogen ꝛc.

Testis 27. Sey ja ein offentliches Wesen, daß er den Verwaltungs Hoff-Bauren gehöre.

Testis 29. Es sey schon über die 40. Jahr, daß von dem so genannten Scheckelins Theussen, einem gewesenen alten alten Burger hier der Heu-Zehend eingesammlet worden, der jederzeit gemeldt, daß solcher den Verwaltungs Hoff-Bauren gehörte, welches den Zeugen auch dahin veranlaßt, daß er schon vor verflossenen 30. Jahren von dem Verwaltungs Hoff-Gut 4thalb Morgen Ackers, u. ein halben Morgen Wiesen erkaufft habe, nach dem Scheckelins Theussen habe Hannß Adam Schwartzkopff diesen Zehenden gesammlet.

Testis 30. Zeugen Vatter seel. der Adam Schwartzkopff habe des Herrn Seitzen jetztbesitzendes Verwaltungs Hoff-Gut lange Zeit halben inngehabt, worauf er den Zehenden viel Jahr helffen einsammlen, also daß man schon lang vorher gewußt, wem dieser Zehend zugehörig gewesen, ehe der Seitz auf die Herberg kommen, cum quo convenit

Testis 31. & 32. ibidem.

Con-

Conjungantur depositiones ad Ejusdem *art. 3. & 4. Interrog. 3.*

Testis 1. Es seyen zwar auch einige die neben den Verwaltungs Hoff-Gütern zugleich Kellerey Hoff-Güter besessen, es hätten aber diese wegen der besessenen Kellerey Hoff-Güter, weder an dem Verwaltungs Hoff-Gut Zehenden, noch von denen der Kellerey zuständigen Hoff-Wiesen auf Erlau am Zehenden niemahlen nichts zu participiren gehabt, sondern die Inhaber der Kellerey Hoff-Wiesen auf Erlaw hätten auch den Zehenden von solchen Wiesen den Verwaltungs Hoff-Bauren reichen müssen, wie dann er deponent selbst dergestalt ein Kellerey Hoff-Wiesen auf Erlaw, darneben aber auch etwas vom Verwaltungs Hoff-Gut ingehabt und besessen, da er von seiner Kellerey-Wiesen den Zehenden in natura auf der Wieß stehen lassen, und darnach an solchem wegen seines besessenen Verwaltungs Hoff-Theils auch wieder Theil an dem Erloß des verkaufften Zehendens gehabt und würcklich eingezogen.

Testis 5. Es seyen auch etliche Verwaltungs Hoff-Bauren die auch Kellerey Hoff-Güter darneben, am Zehenden aber wegen der Kellerey-Güter der Ursachen niemahlen nichts zu gaudiren gehabt, auch nicht gefordert hätten, weil sie die Kellerey Hoff-Bauren bey ihren Lehen-Gütern sehr viel wohl in 70. Morgen ungefehr köstlich guten Wießwachs, die Verwaltungs Hoff-Bauren aber allein 4. Morgen keinnütze böse Wiesen zu geniessen.

Testis 29. Die Besitzer der Kellerey Hoff-Güter hätten nie nichts von diesem Zehenden sammlen dürffen, sonsten er Zeug, so ein Viertel von einem Kellerey-Hoff besitze, auch ein guten Theil davon zu prætendiren gehabt hätte, da hingegen er von seinen Kellerey-Wiesen den Heu-Zehenden denen Verwaltungs Hoff-Bauren allezeit müssen stehen lassen, woran er zwar, weil er auch etwas am Verwaltungs-Hoff ingehabt, um ein weniges wieder Theil gehabt.

Testis 30. Es habe der Spanner Balthas Soldner als ein Verwaltungs Hoff-Bauer auch ein Theil an einem Kellerey Lehen, er bekomme aber von diesem Zehenden weiter nicht, als was seine Gebühr nach seinem besitzenden Verwaltungs Hoff-Gut erlauffe, man habe ihm auch nie mehr wiederfahren lassen, und das vornemlich daher, daß sie die Verwaltungs Hoff-Bauren bey ihren sehr rauen schwehr gültbaren Hoff-Aeckern gar wenige, schier keine Wiesen innen hätten, so daß wann sie bey diesem Hoff-Gut zu Ersetzung des Wießwachs nicht auch diesen Zehenden zu geniessen hätten, mancher Hoff-Bauer selbige Aecker allein nicht geschenckt nehme, indem selbe Gült geben müssen, ob sie schon brach ligen.

Testis 31. Ihr Vatter habe ihro zerschiedentlich gesagt, daß die Kellerey Hoff-Bauren an diesem Heu-Zehenden nicht Theil hätten, sondern solcher denen Verwaltungs Hoff-Bauren allein gehörte.

Testis 32. Ja es gebe auch dergleichen Verwaltungs Hoff-Bauren, die auch Kellerey Hoff-Güter dabey haben, sie hätten aber am Zehenden weiter nicht zu geniessen, als was ihnen ihrem Verwaltungs Hoff-Gütlein nach betreffe.

Et porro depositiones *ad Art. Prob. 6.*

Testis 1. So lang er von ohngefehr 10. Jahren her seine Kellerey Erlaw Wiesen gehabt, wisse er nicht anders, als daß der Heu-Zehend so wohl von denen eignen, als auch den in die Kellerey Hoff-Güter gehörigen Wiesen auf Erlaw allzeit den Inhabern der Verwaltung Hoff-Güter gereicht, sey auch sonsten seines Wissens von niemanden, als denen Verwaltungs Hoff-Bauren der Zehend eingezogen worden.

Testis 4. Er habe seine Schuldigkeit aus seinen besitzenden in diese Verwaltungs Höfe gehörigen 3. Stück Wiesen in Zeit seiner 15. jährigen Besitzung dem Hrn. Seitzen & Consorten und ihren Vorfahren allzeit unstrittig gereicht.

Testis 6. & 13. So lang als ihme dencke, haben die Verwaltungs Hoff-Bauren den Zehenden qu. eingezogen.

Testis 7. Von seiner eignen Erlaw-Wiesen habe er Hr. Seitz & Consorten und dessen Vorfahren den Heu-Zehenden allzeit empfangen, quod idem Test. 9. ibid. affirmat.

Testis 11. Von den Steinwasen-Wiesen wisse er sich dieses Zehend Einzugs von Hrn. Seitzen und dessen Vorinhabern & Consorten wohl zu erinnern.

Testis 12. Ja bey 30. Jahren her könne er sich dessen von dem alten Adam Schwartzkopffen wohl erinnern.

Testis 22. Die 39. Jahr als er hier sey, hätten die (Verwaltungs) Hoff-Bauren auf seiner und seiner Nachbarn Erlaw-Wiesen den Zehenden alle Jahr richtig eingezogen.

Testis 25. Affirmirt den gantzen Articul, der da also lautet, wahr, daß Hr. Seitz und seine Mitinhabere der Verwaltungs Hoff-Güter biß daher und so lang sie und ihre Vorfahrere diese Hoff-Güter besessen, sie und ihre Vorinhabere jährlich aus den 72. Morgen umsteinten Steinwasen und Erlaw-Wiesen den Zehenden oder das Geld eingezogen ꝛc. ausser dem Spithal und andern.

Testis 29. so selbst von der Kellerey Lehngut besitzt, es sey ausser denen letztern 2 oder 3 Jahren, nie keiner von denen Kellerey Hoff-Bauren gekommen, der nur eine handvoll von diesem Heu-Zehenden begehrt hätte, sondern die Verwaltungs Hoff-Bauren hätten, so lang er wiß und thine denck, solchen allwegen eingezogen, und daran vor diesem zu Zeiten des noch gelebten Scheckelins Theußen bißweilen das Geld, bißweilen etwas anders, was man ihm geben hab, statt der Naturalien genommen.

Testis 30. Ja sie hätten ihne eingezogen, allweil ihm denck und er hier sey.

Testis 31. So lang ihr Vater seelig, Adam Schwartzkopff, diß Verwaltungs Hoff-Gut ingehabt, wiß sie wohl, daß der Zehend allzeit von ihme, und übrigen Verwaltungs Hoff-Bauren eingezogen worden.

Testis 32. Ja so lang sie ihr denck, habe den Zehenden niemand anderster eingezogen, nemlich, als der Verwaltung Hoff-Bauren.

Mit welchen bisher der Länge nach angeführten Aussagen so vieler Gezeugen ferner auch übereinkommen die depositiones

Testis 1. 2. 4. 5. 6. 7. 8. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 24. 25. 27. 28. 29. 30. 31. 32. *ad Probat. 9.* alle dahin collimirend, daß, so lang sie wissen und dencken, die Verwaltungs Hoff-Bauren, und sonst niemand, den Zehenden von den in dem besteinten Bezirck gelegenen Wiesen eingezogen und gefordert. Haben auch biß dato noch, als Besitzere deren in solchem District, der mit den 27. mit eingehauenem Pflugschaar oder Schaarboden bezeichneten Steinen umgeben, und von des Spithals, der Kellerey und Verwaltung Zehenden abgesondert, gelegener Wiesen, den Heu-Zehenden von ihren darinn besitzenden Wiesen, nach ihrem eignen Gezeugniß, unweigerlich den Verwaltungs Hoff-Bauren, wie je und allezeit gegeben, und biß auf heutigen Tag undisputirlich gereichet.

Testes 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 24. 26. 27. 28. 29. 32. wie sie alle selbst contestiren, *ad Probat. 7. & 8. ac Interr. special. horum articulorum.*

30 Und daß nicht weniger auch der Spithal von seinen in sothanem umsteinten Bezirck gelegenen und ihm zugehörigen Wiesen den Zehenden der Verwaltung Hoff-Bauren vorhin gegeben, bezeugen klar

Testis 29. *ad Prob. 6. Interr. spec. 1.* meldend, daß es hiebey die Beschaffenheit gehabt, daß wie er von Jacob Ganßlosern seel. gehört, derselbe ein Morgen in Spithal zehenbare Wiesen besessen, derowegen er sich mit dem damahligen Spithal-Pflegern, so genannten Agricola, dahin verglichen, daß weil hingegen der Spithal auch ein Morgen Wiesen besessen, davon der Zehend den Verwaltungs Hoff-Bauren gebühret, und er Ganßloser auch an den Verwaltungs Hoff-Gütern Theil gehabt, sie beede solchen Zehenden gegen einander compensiren, und also keiner dem andern ichtwas reichen wollte, welches auch also geschehen.

Testis 30. ibid. deponirend, wie sein Zeugen Vater seel. Ad. Schwartzkopff noch Meyer beym Spithal zu Schorndorff gewesen, hätte er, wie Zeug noch wohl wisse, dem ehmaligen Einsammler dieses Zehendes dem Scheckelins Theussen von des Spithals ungefehr 11. Morgen Wiesen auf Erlaw allemal 3 Viertel vor den Zehenden abgemähet, gedörret u. zusammen gemacht, daß mans nur hinweg führen dörffen.

Er Testis 32. ib. gleicher Gestalt deponirend: das könne sie nicht sagen, daß der Spithal nichts geben habe, indem sie sich vielmehr wohl zu erinnern wisse, daß wie ihr Vatter seel. gedachter Schwartzkopff vor 38. Jahren noch Spithal-Bauer und sie Zeugin damalen das älteste Kind von 22. Jahren gewesen, der Spithal von 8. Morgen Wiesen auf Steinwasen und Erlaw seinen Zehenden denen Verwaltungs Hoff-Bauren 3. Jahr lang nach einander, so lang ihr Vater beym Spithal gedienet, stehen lassen, und zwar das erstemal von selbigen 3. Jahren hätte ihr Vater seel. dem damaligen Zehend Einsammler dem so genannten Scheckelins Theussen als einem gewesenen gar alten Mann, damit er nicht auf allen 8. Morgen herum lauffen und den Zehenden zusammen tragen müssen, von solchen 8. Morgen statt seines Zehendens 3. 4tel gemähet, und gedörten Wießplatz völlig eingeraumet, die er zu des Spithals berechnetem Zehenden, so dann allein eingeheimßt und hinweg genommen habe. Der Spithal hätte damal dreyerley zehendbare Wiesen gehabt, davon man eins Theils den Zehenden in die Verwaltung von den Wiesen im Ramspach damalen von jedem Morgen 10. kr. den andern Zehenden der Kellerey, und dann drittens den Verwaltungs Hoff-Bauren beederseits in natura das Heu wiederfahren und auf den Wiesen stehen lassen.

Wie aber itzo eine Zeit her der Spithal von 31
seinen in sothanem Bezirck besitzenden Wiesen den Zehenden geweigert, also haben die übrigen Inhabere und Besitzere deren in dem umsteinten District gelegenen Wiesen, ausser denen obangeführten, die daß sie ihn biß auf den heutigen Tag ohnweigerlich und ohndisputirlich præstirt, selbst attestiret, und insonderheit die Kellerey Hoff-Bauren von ihren in dem Bezirck gelegenen Wiesen selbigen itzo etliche Jahr hero den Verwaltungs Hof-Bauren nicht reichen wollen, sondern vermeynt, daß sie so wohl als die Verwaltungs Hoff-Bauren daran Theil haben sollten, juxta depositionem testium plerorumque ad

art. Probat. 7. Interr. 2. & imprimis ad Prob. 10. ejusque Int. un.

Also Klägere in ihrer vorhin gehabten ruhigen quasi possession des juris percipiendi decimas ex pratis in sæpe dicto districtu sitis von Beklagten verbis & factis turbirt, ja per denegationem decimarum à possessoribus pratorum illarum præstationem recusantibus ex quasi possessione perceptionis dejicirt worden, und Bekl. sich entweder in die Freyheit zu setzen und à præstatione zu eximiren gesucht, oder in die Mitgenieſſung des Zehendens einzudringen getrachtet, mithin zu diesem Processu in possessorio Ursach und Gelegenheit gegeben, darinn nun nach bißher aus und angeführtem, ob Actorum intentionem satis superque fundatam & probatam, ohngeachtet alles von Bekl. Seiten darwider beschehenen Einwendens, als dem in den eingegebenen Schrifften

über-

überflüßig begegnet, uns darauf beziehende, beliebter Kürtze halben, zumalen da den bekandten gemeinen Rechten nach billig ein jeder Poſſeſſor bey ſeiner wohlhergebrachten Poſſeſſion manuteniret und geſchützet, auch da er davon verdrungen worden, vor allen Dingen wieder darein geſetzet und reſtituirt werden ſoll,

32 quia quilibet poſſeſſor, etiam injuſtus, hoc ipſo, quod poſſeſſor eſt, plus juris utique habere cenſetur, quam ille, qui non poſſidet
l. 2. ff. uti poſſid. §. 4. Inſt. de Interd.
modo non ab ipſo adverſario injuſte h. e. vi, clam vel precario poſſideat
l. 1. §. fin. ff. uti poſſid. d. §. 4. de interd.
hinc quivis poſſeſſor in poſſeſſione ſua defendendus etiam contra Eccleſiam, Hoſpitale &c. donec de non jure poſſeſſionis conſtet.
Mev. *p. 8. dec. 246. 247.*

33 nec quisquam poſſeſſionis titulum edere compellendus, cum præſumptio ſtet pro poſſeſſore, ipſum jure poſſidere.
l. 11. C. de hered. petit. l. 2. C. de probat.
Mev. *p. 3. dec. 205. & p. 4. dec. 357.* Carpz. *p. 2. c. 7. d. 4.* Barboſ. *lib. 14. cap. 44. ax. 6. & 9.*
hinc in pari cauſa & jure ſemper melior eſt conditio poſſidentis
l. 8. ff. de condict. ob turp. cauſam. l. 126. §. 2. l. 128. l. 154. ff. de regul. jur. l. 18, C. de rei vind. Barboſ. *cit. loc. ax. 34.*

34 nec poſſeſſione ſua, etiam injuſta, quis ſine cauſæ cognitione privandus
l. 2. C. ſi propt. public. penſitat. l. 6. C. unde vi. l. 3. §. fin. ad L. Jul. de vi publ. Barboſ. *d. l. ax. 11.* Mev. *p. 4. dec. 97.*
ſed imo injuſte dejectus de poſſeſſione, ante omnia reſtituendus eſt illico
l. 7. C. unde vi. l. 1. §. 30. 31. ff. de vi & vi armat. c. 5. 7. & t. t. x. de reſtit. ſpoliat.

Welche Jura hier ſo mehr bey Klägern wider Beklagte anſchlagen, als nicht nur der Geiſtlichen Verwaltung, ſondern auch des Spithals Läger-Bücher ausdrücklich eines Zehenden, ſo der Baurſchafft zugehörig, Meldung thun, daß aber durch die Baurſchafft der Geiſtlichen Verwaltung klagende Hoff-Bauren zu verſtehen, die bißherige Obſervantz die ſich in würcklicher von ihnen biß dato beſchehener Einziehung des Zehenden von den Wieſen qu. hervorgethan, genugſam erläutert, und die Einſteinung des Diſtricts die General Præſumption induciret, daß alle in ſolchem umſteinten Diſtrict gelegene Wieſen den Zehenden gedachter Baurſchafft oder Verwaltungs Hoff-Bauren zu geben ſchuldig, biß ein oder ander Inhaber ſeine prætendirte Exemption und Libertæt klar erweiſe, ſo hier weder von dem Spithal, noch ſonſt jemand biß dato rechtlich geſchehen, deßwegen in hoc Proceſſu, & cauſa in Poſſeſſorio ventilata, unſers Ermeſſens, keine andere, als nachſtehende Urtheil gefället werden kan.

Urtheil.

IN Sachen Rechtens ſich haltend, zwiſchen Herrn Johann Seitzen Burgermeiſtern zu Schorndorff & Conſortes in Actis benandt, Klägern eines, entgegen und wider gemeiner Stadt Schorndorff und zerſchiedener Inhaber der Kellerey Lehen- und Hoff-Güter Gewalthabere Hrn. Joh. Adam Katzenſtein des Gerichts, Hrn. Joh. Langen des Raths und Joh. Jacob. Haubern, alle Bürgere zu gedachtem Schorndorff, Beklagte andern Theils, erkennet ein Ehrſam Gericht auf Klage, Antwort, geführte Kundſchafft, und all ander gerichtlich Fürbringen, nach gethanem Recht-Satz, genommenem Bedacht und gehabtem Rath mit Urtheil zu recht, daß Beklagten keines wegs gebührt Klägern in ihrem wohlhergebracht ruhigem Beſitz oder quaſi poſſeſſion des geklagten Zehend-Rechts einigen Eintrag zu thun, weniger ſich eigenmächtiger Weiß von Reichung des Heu-Zehendens zu eximiren, und Klägere aus der Hebung deſſen zu entſetzen, deßwegen Klägere in vorigen Stand und quaſi poſſeſſion der Hebung des Zehenden von allen in dem umſteinten Diſtrict gelegenen Wieſen zu reſtituiren, und dabey wider allen unbefugten Eintrag zu ſchützen, auch die bekl. Beſitzer der in ſolchem Diſtrict gelegener Wieſen Klägern nicht allein künfftighin, biß ein anders in petitorio ausgemacht, und mit Recht erkannt ſeyn wird, den Heu-Zehenden unweigerlich zu entrichten, ſondern auch wegen der eine Zeit her vorenthaltener Zehend-Gebühr billigmäßigen Abtrag zu thun, ſo dann gebührende Caution de non amplius turbando ac moleſtando zu præſtiren, ſchuldig und verbunden, die Unkoſten aber aus Bewegniß gegen einander compenſirt und verglichen ſeyn ſollen.

Welches wir, ſalvo &c.
Actum in Colleg. noſtro d. 4. Aug. 1699.

CONSILIUM LXXXVI.

IN

Puncto vindicationis liberorum in patria potestate constitutorum aut juris agendi interdicto de liberis exhibendis & ducendis. Ubi simul quædam notabilia tractantur, negotia Religionis inter Catholicos & Evangelicos, ratione Conjugii, Baptismi &c. obversantia, contingentia.

SUMMARIA.

1. *Patrem vi PP. ex jure Quiritium liberos in potestate ex sua existentes posse ab alio omnino vindicare.*
2. *Pater vi PP. in bonis liberorum maternis habet usumfructum.*
3. *Patri itidem ratione liberorum ab aliis detentorum competit Interdictum de liberis exhibendis, & ducendis.*
4. *Qualia hæc interdicta?*
5. *Cui, adversus quos dentur?*
6. *Si exhibendus vere sit in PP. Prætor nullam causam admittit, cur apud Reum sit, in quo differt interdictum de liberis exhibendis ab interdicto de libero homine exhibendo.*
7. *Quandoque, si mater filium apud se detineat, justissima causa facit cessare hoc interdictum.*
8. *Quod non ita facile contingere dicitur inter Christianos.*
9. *An &, ubi matre mortua, filius apud aviam maternam detineatur, exceptio adversus interdictum hoc locum habeat?*
10. *Duo alii casus, ubi cessat id interdictum.*
11. *Extra hos casus & causas nullam à Prætore admitti exceptionem contra interdictum.*
12. *Annon ejusmodi causæ ad arbitrium Magistratus referendæ?*
13. *Patri Patriam potestatem, tam in Statu Naturali, quam Civili in personas liberorum suorum tribuere imperium regio simile.*
14. *Seqq. Plura de jure & officio Parentis utriusq; in liberos secundum Jus Naturæ.*
19. *PP. in Statu Legali & sec. Jus Romanum, in Imperio in vim Juris Communis receptum, considerata, soli competit Patri, excluſa matre.*
20. *Magistratus LL. minister, non arbiter est.*
21. *Pater commodis PP. à nemine privandus.*
22. *Nec Religionis causa permissum est, Patri denegare exhibitionem filii in PP. ejus existentis, & pugnat hoc cum Pace Publica & Religiosa, Westphalica & omnibus pacificationibus & Transactionibus publicis.*
23. *A prohibitione LL. publicarum, nē quis alteri subditos suos abstrahat, aut ad inobedientiam concitet, vel eos contra jus & fas in patrocinium ac clientelam suscipiat, ad prohibitionem, ne quis Parentibus liberos abstrahat &c. ipsarum LL. ductu, concluditur.*
24. 25. *Interdicta de liberis etiam adversus exhibendi proximos cognatos, affines & Patrinos omnino locum habent.*
26. *Huic juri Patris plane non obstat L. 1. pr. & §. 1. ff. ubi pupill. ed. deb. cum, qui in PP. est, non nisi abusive pupillus dicatur.*
27. *An Magistratus Catholicus ideo Patri, filii sui exhibitionem petenti, eam denegare possit, quia hic filius à Catholicis baptizatus, & an ideo necessario in Religione Catholica educandus sit?*
28. *An & quatenus pii Parentes, qui inter heterodoxos vivunt, in casu necessitatis, liberos suos Ministris Ecclesiæ in fide ab ipsis dissentientis baptizandos committere possint?*
29. *Et apud Pontificios, licet plures ritus superstitiosos adhibeant, substantiam remanere Baptismi, & in casu necessitatis convenire, ut Evangelici potius liberos suos Pontificiis baptizandos tradant, quam ut illi salutari lavacro priventur.*
30. *De intentione Sacerdotis in Baptismo.*
31. 32. *Filius à Patre orthodoxæ Religionis nullas insidias metuendas habet, sive suæ saluti & religioni, sive bonis struendas, sed potius, patrem optime sibi, ut filio, consulturum, sperare debet.*
33. *Respondetur ad objectionem ex L. 5. §. 9. ff. de adm. & peric. tutor.*
34. *Seqq. Baptizationem infantis à Rom. Catholico Presbytero factam, etiamsi consentiente Patre Evangelico, non inferre educationem in eadem illa Religione Rom. Catholica, neque impedire, quo minus ita baptizatus postea aliam, quæ ipsi verior visa fuerit, Religionem amplecti possit, pluribus stabilitur.*
38. *An pacta Conjugum diversæ Religionis, de liberis in una alterave Religione baptizandis & educandis, sint valida?*

39. *Utram-*

39. *Utramque Religionem, Catholicam, & Evangelicam pari jure gaudere.*
40. *Matrimonia inter diverſæ Religionis, ex tribus iſtis in Imperio noſtro Politice approbatis, perſonas non ſimpliciter eſſe prohibita.*
Quo reſpectu Religio Romano-Catholica antiqua, Auguſtanæ Confeſſionis vero nova in LL. Imperii dicatur, remiſſive. ibid. Ejusmodi matrimonia ab Orthodoxis diſſuaderi ſolere. ibid.
41. *Re non facile retractanda, quid tum obſervandum veniat?*
42. *Etiam Catholico Patri, exhibitionem liberorum ſuorum ab Evangelicis petenti, eam non fore denegandam.*
43. *Si filius, in ea ætate conſtitutus, ubi ipſe velle poteſt, ſponte apud aliquem degat, interdictum de liberis exhibendis inutile eſt, quia filius magis apud ſe eſſe intelligitur, quam apud eum adverſus quem interdicto agitur, cum liberam facultatem abeundi vel remanendi habeat.*
44. *Nemini niſi Patri competere interdictum de liberis exhibendis.*
45. *Variantes in facto circumſtantiæ variant & ipſum jus.*
46. *Patriam Poteſtatem ſe eo non extendere, ut Pater filium, qui ad annos diſcretionis pervenit, & unam alteramve Religionem ſponte amplexus eſt, cogere invitum, ad aliam Religionem, contra dictamen ſuæ conſcientiæ, profitendam, aut eum in finem & effectum exhibitio filii injungi poſſet.*

Es hat Hannß Jacob Kißling, ein Burgers Sohn aus der Stadt Ulm, und unter denen vor verſchienenen einigen Jahren im Schwäbiſchen Crayß ein-quartirten Truppen geſtandener Soldat, als er zu Ingerkingen, einer dem Spithal zu Biberach angehörigen gantz Catholiſchen Dorffſchafft gelegen, ſich gegen Hannß Glaſers ſeel. hinterlaſſenen Tochter, daſelbſten verehlichet, auch in währendem Eheſtand mit derſelben ein Söhnlein erzeuget, deme die Mutter bald nach der Geburt in der Kindbett abgeſtorben: Als nun aber der Vatter nachdeme er die Kriegs-Dienſte quittirt, diß ſein Kind zu ſich zu nehmen vermeinet, haben der Abgelebten vorhandene Stieff-Mutter, Geſchwiestrigen und Befreundten ſelben das Kind durchaus nicht laſſen wollen, vielmehr auf ſolches dergeſtalt Auffſicht angeſtellet, daß er Vatter auf keinerley Weiß noch Weg deſſen theilhafftig werden können, und dahero ein Löbl. Magiſtrat gemeldter Stadt Ulm bewogen worden, an hieſſigen der Stadt Biberach geſamten Rath, beedſeitiger Religion Interceſſionales für dieſen ihren Verbürgerten, wie ab der Beylag Lit. A. zu erſehen, ablauffen zu laſſen, damit ihme ſo wohl zu ſeinem leiblichen Kind, als was ſolchem von der Mutter ſeel. erblich angebühret, verholffen werden mögte. Ohnerachtet deſſen, und obſchon Evangeliſch. Theils eiffrige Mühe angewendet worden, daß ihme Vatter diß ſein Kind nicht länger vorenthalten werden ſollte, ſo hat man ſich jedoch Catholiſcher Seits dahin nicht mit einverſtehen wollen, ſondern ehender angenommen, über der Sache ein parere bey einer Juriſten-Facultät, eines auch mixtirten Orths einzuholen; Indeme man aber Nachricht empfangen, wie an demſelben in ſolcherley Paſſibus ob einem gewiſſen errichteten Verglichs-Receſs gemeſſen gehalten werde, nebſt deme auch die Evangelici in dem Auffſatz des Caſus mit denen Dnn. Catholicis allerhand vorgeſuchten prætextuum halben nicht conformiren können, wurden von dieſen a part auf ihr Seits formirte Facti Speciem bey der Univerſität Ingolſtadt ein Rechtliches Bedencken geſuchet und angehalten, worvon denen Evangelicis, nach Lit. B. Communication widerfahren, welche dieſelbe auch an mehrgedachte Stadt Ulm mit Schreiben Lit. C. gelangen laſſen; Was aber dieſe darüber reſcribirt, zeiget die Beylage Lit. D. ſo ſie Evangelicos verurſachet, ſich auch anderwärts gleich a Dnn. Catholicis beſchehen, ſonderlich erhaltender Gewiſſens-Ruhe mit ein in Göttlichen und Weltlichen Rechten gegründenten Gutachten über nachfolgende Anfrags-Puncten zu verſehen;

Als 1.) **Ob die, in dem Ingolſtattiſchen** Reſponſo **enthaltene** Rationes, **daß nehmlichen um derentwillen das** quæſtionirte **Kind ſeinem Vatter nicht zu** extradiren, **von ſolchen Kräfften und nicht vielmehr** per fortiores in contrarium & quibus **könnte zu Hauffen geworffen werden?**

2.) **Weilen gefährlich ja unmöglich ſeyn will, durch Thätlichkeiten etwas diſſfalls auszurichten, ob man es dannoch dahin ankommen zulaſſen, im Gewiſſen verbunden ſeye, und ob nicht die Stadt Ulm ſich ihrers Burgers mehrers anzunehmen Urſach hätte?**

3.) **Indeme künfftigs hin dergleichen Caſus mehr in Biberach** utpote loco parificatæ & mixtæ Religionis **vorfallen und ſich ergeben dörfften, wie man ſich Evangeliſcher Seits dabey zubezeigen oder denen zu begegnen haben mögte?**

DEmnach Uns denen zur Theologischen und Juristischen Facultæten bey gemeiner Hoch-Fürstlich Würtembergischen Universitæt Tübingen verordneten Decanis u. andern Doctoribus vorstehende Facti Species mit Beylagen jüngsthin zugesandt, und über die deroselben in fine angehengte drey Fragen unser in Rechten gegründetes Sentiment und Gutachten Großg. verlanget worden, haben wir nicht ermangelt, so bald es immer anderer eingefallener Geschäfft und Hindernissen halber seyn können, davon in unsern deßwegen versammleten Collegiis nach Nothdurfft zu deliberiren, und uns in gepflogener Consultation per unanimia verglichen. Daß so viel

Die erste Frage

Ob die in dem Ingolstadischen Responso enthaltene Rationes, daß nemlichen um derentwillen das quæstionirte Kind seinem Vatter nicht zu extradiren, von solchen Kräfften, und nicht vielmehr per fortiores in contrarium, & quibus könnten zu hauffen geworffen werden?

concernirt, selbige ohn einigen Anstand dahin zu beantworten, daß die angeführte Rationes durchaus nicht von den Kräfften, daß derentwegen dem Vatter sein Kind vorenthalten werden möge, sondern demselben hinaus gegeben werden müsse, wann er weitere instantias machen, und ferner seines Kindes Herausgebung mit Nachdruck suchen solte.

1 Denn es ist bekandt 1.) daß die Vätter, die ihre Kinder in Vätterlichem Gewalt haben, solche ihre unter Vätterlichem Gewalt habende Kinder in seiner Maß vindiciren können, wie hanc in rem ein klarer Textus ist

in l. 1. §. 2. ff. de rei vindicat. ubi JCtus Ulpianus ita: *Per hanc autem actionem* (rei nempe vindicationem) *liberæ personæ quæ sunt juris nostri, ut puta liberi, qui sunt in potestate non petuntur. Petuntur igitur aut præjudiciis, aut interdictis aut cognitione Prætoria & ita Pomponius libro 37. Nisi forte (inquit) adjecta causa quis vindicet. Si quis ita petit filium suum in potestate ex Jure Romano, videtur mihi Pomponius consentire, recte eum egisse, ait enim adjecta causa ex Lege Quiritum vindicare posse.* Significat igitur, quod Pater possit vindicare filium suum ex Jure Quiritum, considerata videlicet Potestate Patria ex Lege Romuli, de qua Halicarnassæus *lib. 2.* juxta quam scil. Pater jus tertio vendendi filium, & ita jus quoddam Dominii habebat. Pinell. *part. 2. rubr. C. de bonor. matern. num. 5.* Bachov. *de act. Disp. 2. th. 12.* C. J. A. *ad tit. ff. de rei vind. th. 33.*

Deßwegen kein Zweiffel ist, daß, wann sich 2
Hannß Jacob Kießling auch dieses ihm gleicher Gestalt competirenden Rechts und Vätterlichen Gewalts gebrauchen wolte, er dessen befugt wäre, und ihm also sein mit Hanns Glasers seel. zu Engerkingen hinterlassener Tochter ex justis nuptiis erzeugtes, und dahero unter seinen Vätterlichen Gewalt indubitato constituirtes Kind, sambt denen von der verstorbenen Mutter ererbten 225 fl. deren Nutz-Niessung ihm dem Vatter vermöge Vätterlichen Gewalts zustehet

per l. 6. C. de bon. quæ liber.

hinaus gegeben werden müste.

Uber diß haben 2.) die Vätter, die ihre Kin- 3
der unter ihrem Vätterlichen Gewalt haben, wider diejenige, so selbige detiniren und ihnen vorenthalten, das interdictum de liberis exhibendis, itemque ducendis.

Cum enim Prætori iniquum videretur, ut Patri filius suus, qui non tantum Jure naturali illi subditus est, sed Quiritum Jure etiam ut dictum, vindicari potest, subduceretur, proposuit ipse duplex interdictum, quorum prius de liberis exhibendis, continetur in

l. 1. ff. de liber. exhib.

alterum de liberis ducendis

in l. 3. pr. ff. eod.

cujus præparatorium est primum, etenim, 4
ut duci homo possit, ante exhibendus est

d. l. 3. §. 1.

prius est exhibitorium, posterius vero restitutorium.

d. l. 3. §. 2.

& continent causam proprietatis

l. 2. §. 2. ff. de interdict.

ex utroque verò datur actio ei, qui filium, 5
filiam, aut nepotem in suâ potestate esse contendit

l. 2. C. de liber. exhib.

adversus eum, qui filium vel filiam invitam detinet, vel dolo malo detinere desiit, aut dolo malo fecit, quo minus apud eum sit filius vel filia, ad hoc, ut filius aut filia exhibeatur, & illi eos ducere permittatur,

l. 1. pr. l. 3. pr. l. fin. ff. de liber. exhib.

ita, ut si verè in potestate actoris exhiben- 6
dus sit, nullam causam Prætor admittat, cur apud reum sit is, qui exhiberi debet, sicut in superiore interdicto (de libero homine exhibendo nempe) sed omnimodo illum restitui velit, qui in potestate est.

l. 1. §. 2. d. t.

Cessat quidem hoc interdictum, si mater 7
filium detineat, apud quam interdum potius, quam apud patrem, morari eundem debere, justissima causa facit.

l. 1. §. 3. d. t.

nam

nam etiamſi maxime Pater probet, filium in ſua poteſtate eſſe, tamen cauſa cognita mater in retinendo eo potior erit, obtinuit enim mater ob nequitiam Patris, ut ſine deminutione patriæ poteſtatis apud eam filius moretur, idque D. Pius decrevit & à Marco ac Severo reſcriptum eſt

d. l. 1. §. 3. junct. l. 3. §. pen. eod.

8 Quem caſum propter piam inter Chriſtianos matrimonii conſtantiam rariſſimè evenire & obtingere, niſi forte culpâ viri uxor cohabitare illi nolit, notat

Petr. Frider. Mindan. *lib. 2. de mandat. c. 52. num. 7.*

9 Accidere etiam quandoq;,quod matre mortua, avia materna nepotem vel neptē ex ædibus Patris clam ad ſe, inque ſuam cuſtodiam ſumat,an & tum Patri pro exhibendis liberis agendi exceptio recte ergo opponatur, quod melius illi ſint apud aviam, quam patrem præcipue ad ſecundas forte nuptias convolantem? obſervat & quærit

laudatus Frider. Mindan. *d. l. n. 8.*

reſolvit verò quæſtionem hanc negative, niſi perverſa Patris converſatio vel quid aliud grave cauſam aviæ potiorem faciat.

10 Ceſſat item interdictum, ſi judicatum ſit etiam per injuriam judicis filium non eſſe in poteſtate, quo caſu Pater exceptione rei judicatæ excluditur

d. l. 1. §. 4.

nec non, ſi Pater filiam alteri nuptam petat, ne bene concordantia matrimonia jure patriæ poteſtatis turbentur.

d. l. 1. §. 5.

11 Extra hos caſus & cauſas Prætor non admittit exceptionem & cauſam, cur apud detentatorem ſit filius, ſed ille omnimodo eſt reſtituendus

d. l. 1. §. 2. de liber. exhib.

Weil nun deren in Edicto Prætoris begriffener cauſarum, quæ interdictum ceſſare faciunt, keine hier verhanden, zweifflen wir nicht, daß Hanns Jacob Kißling nicht beſtens befugt ſeyn, und fundatam intentionem haben ſolte, interdicto de liberis exhibendis & ducendis zu agiren, wider ſeines verſtorbenen Weibes Stieff-Mutter, Geſchwiſtrige und Befreundte, daß ſie ihm ſein mit ſeinem verſtorbenen ſeel. Weibe ex juſtis nuptiis erzeugtes und in ſeiner Vätterlichen Gewalt habendes Söhnlein wider ſeinen Willen nicht auffhalten, noch dem Vätterlichen Gehorſam entziehen, ſondern gebührend exhibiren, und es abführen laſſen, auch ſich aller Gewalt gegen ihn, daſſelbe in ſeine Gewehr zu bringen, enthalten und entmüßigen,

l. 1. l. 3. pr. ibi: *vim fieri veto. ff. de liber. exhib. & ducend.*

auch wann er die loco illius interdicti competentem & inſtitutam actionem proſequir-

te, die Urtheil vor ihn ausgefället und geſprochen werden müſte, ohnerachtet deren in dem Ingolſtadiſchen Reſponſo angeführter Rationum, denn daß die Hrn. JCti Ingolſtadienſes vermeinen, daß ſich die Patria Poteſtas ſo weit nicht extendire, daß Hanns Jacob Kißling als 12
Vatter verlangen könne, daß ihm ſein Kind von deſſen Mutter ſeel. Befreundten, Pflegern, und Patrinis zur Aufferziehung abgefolget werde, noch ſie dazu bey den ſich ereignenden Umſtänden angehalten werden mögen, auch der Catholiſche Magiſtrat dißfalls ſie dazu nicht obligiren könne, ſondern pro arbitrio ſuo den Umſtänden nach ſtatuiren oder ordnen möge, bey wem das Kind aufferzogen werden ſolle, und habe er voluntatem Patris nicht eben ſtrictè zu beobachten, ſondern könne davon wohl abweichen, juxta

l. 1. pr. & §. 1. ff. ubi pupill. educ. debeat.

Darinn irren ſie ſehr, und gehen à tramite veritatis weit ab, maſſen bekandt, daß die Patria Poteſtas, ſive abſolute in ſtatu naturali, ſive reſpective in ſtatu legali juxta Reip. Romanæ inſtituta & leges conſideretur, dem Vatter 13
in perſonas liberorum ſuorum ein regio ſimile imperium tribuire

Ariſtot. *8. Nicomach. 10. & 1. Pol. 3.*

vi cujus ipſe liberos ſuos regere & eorum actiones dirigere ac diſponere poſſit, unde illa quoque honoratur titulo Imperii Paterni, & communiter deſcribitur, quod ſit Jus Patri competens liberis in familia exiſtentibus ad communem familiæ utilitatem imperandi. Hoc ipſum Imperium, illique cor- 14
reſpondens obſequium liberorum finis ſecundarius eſt ſocietatis paternæ quam natura ipſa inter Parentes & liberos conſtituit

1. Polit. 3. 8. Eth. ult.

primarius verò finis ejus eſt liberorum educatio, quæ ſtatim, etiam antequam paterni imperii & obſequii ſunt capaces, quam primum in lucem editi, incipit, & nihil eſt aliud, quam ſobolis à prima infantia ad maturitatem tum corporis tum animi conveniens perductio. Hæc liberorum educatio, 15
quæ continet ſub ſe duas partes, alimentationem, quæ ad corpus infantis pertinet, & doctrinam, quæ animum ejus reſpicit, ut ſocietatis paternæ, ita & imperii patrii finis ſimul eſt, eundem plane in modum, quemadmodum beatitudo civilis & civitatis finis eſt & Imperii quod in civitate verſus ſubditos exercent imperantes. Parentibus au- 16
tem non modo jus eſſe, ſed debitum educandorum liberorum ab ipſa natura demandatum, dubitari non poteſt, niſi ab eo, qui omnia humanitatis jura inficietur. Quan- 17
quam verò utrique totius filii educationem natura imperavit, ſic tamen amborum diſcrevit officia, ut pater quoniam præſtantior

est potioris in sobole partis, animi scilicet, mater corporis magis curam gerendam habeat. Et quoniam prius animalis quam hominis vitam vivimus h. e. prius corpore quam animo crescimus, inde fit, ut, si tempus spectetur, educandi partes suas mater inchoet prius, quam Pater, quæ nobilissimæ nihilominus ac primariæ manent penes pa-
18 trem. Atque hic ordo est in Imperio quoque. In cujus quippe participationem, Patria potestate in statu naturali consideratâ, & matrem admittimus quidem, sed ita, ut Patris imperium eminere dicamus, præsertim cum ei ut marito potestas conveniat &
19 in uxorem ipsam liberorum matrem. Si autem Patria potestas in statu legali secundum Jura Romana in Imperio nostro in vim Juris communis recepta consideretur, Imperium & potestas patria soli Patri competit exclusâ matre.

§. 10. Inst. de adopt.

Wann also der Vatter im Leben ist, und die Kinder unter seinem Vätterlichen Gewalt hat, so kan sich keiner, wer der sey, der ihm obliegenden Aufferziehung seiner Kinder anmassen, und ihn wider seinen Willen davon excludiren, noch demselben seine unter Vätterlicher Gewalt habende Kinder vorenthalten, sondern wo das geschiehet, mag er sich der ihm erlaubten Rechts-Mittel gebrauchen und bedienen.

Licuit verò Patri vigore sibi competentis Patriæ potestatis Jure Quiritum liberos vindicare, & licet etiamnum agere de liberis sibi exhibendis ac ducendis, eâque actione à Patre motâ, Magistratus non aliter judicare potest, quam Legibus cautum atque
20 provisum est. Ipse enim Legum Minister, non arbiter est, ideoque non aliter judicet, quam Legibus, constitutionibus, aut moribus proditum est.

pr. Inst. de offic. Judic.

21 Legibus vero Imperii satis clare & aperte dispositum reperitur, filium in potestate Patris existentem eidem ad exhibitionem agenti omnimodò sine mora restituendum esse, ne Pater debito filii obsequio & commodis, quibus vi Patriæ suæ potestatis gauder v. g. usufructu bonorum adventitiorum, & quod acquirat Patri &c. privetur, nullâ plane admissâ causa ex qua vult retineri ab eo, à quo eam sibi exhiberi desiderat Pater

l. 1. §. 2. ff. de liber. exhib.

22 neque ergò religionis etiam causa permissum est Patri denegare exhibitionem filii in ipsius potestate Patriâ existentis, nam hominem religionis causâ detinere, à religione alienum est, judice

Brunnemanno *ad l. 3. pr. de hom. liber. exhib.*

& pugnat hoc cum Pace Publicâ & Religiosâ toties in diversis Comitiis Universalibus S. Rom. Imperii unanimi Imperatoris, Electorum, Principum & Statuum utriusque religionis consensu confirmatâ, & denuò Pace Westphalicâ, quæ basis & fundamentum est secutæ Pacis Neomagensis & Riswicensis nuper conclusæ

vid. Pax Noviomag. *art. 2.* Pax Ryswic. *art. 3.*

expresse corroborata est,

Instrum. Pac. Cæsar. Suec. *art. V. §. 1.* add. Capit. Augustiss. Imp. Leopold. *art. 2.* & Regis Rom. Joseph. *art. 2.*

quippe quâ disertè prohibitum est, ne quis 23
alteri subditos suos abstrahat, aut ad inobedientiam concitet, aut contra morem Majorum sine superioris scientia in patrocinium & clientelam suscipiat, si ergo Paci huic contrariatur, quando quis alteri suos subditos abstrahit aut ad inobedientiam concitat, repugnabit ei quoque, si quis Parentibus liberos suos abstrahat, eos Parentibus invitis detineat, & à debito obsequio Parentibus præstando avertat.

Kayserl. Land-Frid. de anno 1548. *§. 1.* ibi: *noch seinen Unterthanen abziehen, oder zum Ungehorsam vvider ihre Obrigkeit bevvegen &c.* junct. *Kayserl. Erklährung vvegen der Religion.* ded. anno 1548. *tit. 21. §. 9.* ibi: *hiemit vvollen vvir aber dem Gehorsam nichts abziehen, den die Kinder ihren Eltern schuldig seyn &c.*

Qua igitur ratione potiores partes in re- 24
tinendo hîc in præsenti casu præ Patre naturali & legitimo prætendere, & educandi jus sibi vindicare poterunt defunctæ matris noverca, cæterique ejus cognati, contra Patrem naturalem & legitimum, in cujus sacris paternis filius existit jure naturali, divino & humano? Quâ ratione Patrini? qui in locum Parentum post illorum obitum modò succedunt, & vice illorum curam educationis quodammodo suscipere debent, Parentibus Christianis salvificæ fidei addictis autem non magis, quam alii, infantes suos præripere & auferre, eosque detinere possunt, sed interdicto de liberis exhibendis & ducendis conventi à Parentibus liberos in potestate Patria constitutos habentibus, his ad liberorum suorum exhibitionem condemnandi.

Extendirt sich deme nach in allwege die Pa- 25
tria Potestas so weit, daß hierfalls Hannß Jacob Kießling, als naturalis & legitimus Pater filii ex defuncta sua uxore nati mit allem Recht verlangen könne, daß ihm sein in Patria ipsius potestate, per procreationem ex justis nuptiis constituta, seyendes Söhnlein von dessen Mutter seel. Befreundten und Patrinis zur Aufferziehung abgefolget werde, und sie darzu de jure anzuhalten seyn, auch die Obrigkeit, wann sie ihren obhabenden

den Pflichten nach die Gerechtigkeit unpartheyiſch, wie ſie ſchuldig, will adminiſtriren, zu erkennen habe, daß des verſtorbenen Weibs Freunde, und des Kinds Patrini das Kind, ſamt dem von der Mutter ererbten Vermögen zur Nutznieſſung ſeinem Vatter abfolgen zu laſſen ſchuldig, und pro arbitrio ſuo contra manifeſta jura kein anders ſtatuiren oder ordnen möge, und hier dem Vatter die Aufferziehung ſeines Kindes wider ſeinen Willen nicht entziehen und abſprechen könne, dazu gantz im-
26 pertinenter angeführet wird tx. *L. 1. pr. & §. 1. ff. ubi pupill. ed. deb.* ceu qui loquitur de pupillo proprie ita dicto, qui deſcribitur, quod ſit impubes, qui deſiit in poteſtate patris eſſe aut morte aut emancipatione

in l. 239. pr. de verb. ſignif.

adeoque Patrem non habet, in cujus patria poteſtate ſit conſtitutus, hinc tutoribus indiget, male ergo applicatur ad impuberem in ſacris paternis conſtitutum, qui non niſi abuſive pupillus dicitur, & ideo tutores non habere poteſt, quippe quos modo accipiunt, qui ſui ſunt juris.

l. 6. §. ult. ff. de tutel. pr. Inſt. de tutel.

haben in was vor einer Religion er das Kind aufferziehen wolle, wohl betrachtende, daß, wie ſie ihnen ein Gewiſſen darüber machen, daß ſie das Kind an einem Orth laſſen ſollen, wo ſie vermuthen, daß es in der Evangeliſchen Religion werde aufferzogen werden, alſo vielmehr deſſen Vatter, dem es ſo viel näher verwandt als ihnen, ihm ein Gewiſſen darüb zu machen, daß er als leiblicher Vatter, der die Evangeliſche Religion vor die allein ſeelig-machende in GOttes Wort gegründete Religion erkennt, ſolle ſehen, daß ſein leibliches Kind in der Päbſtiſchen Religion, die er pro heterodoxa hat, aufferzogen werden, welches ihn billig vielmehr afficiren, und er deswegen omni ſtudio trachten ſolle, daß er ſein Kind, ſo ſein Fleiſch und Blut, und unter ſeinem Vätterlichen Gewalt iſt, bekomme, damit ers in der erkandten wahren ſeeligmachenden Religion erziehen könne, welches ihm, juxta præmiſſa, wann ers mit rechtem Ernſt ſuchet, nicht wird können denegiret werden, noch ihm daran hinderlich ſeyn, daß das Kind Catholiſch getaufft worden, maſſen es darum nicht nöthig iſt, daß es der Urſach auch auf Catholiſche Weiſe müßte aufferzogen werden.

27 Ob man wohl alſo Gegenſeits erachtet, die Umſtände in præſenti facto dergeſtalt bewand und beſchaffen zu ſeyn, daß ſolch Catholiſch getaufftes Kind, wie es allerdings hierdurch, daß es auch auf Catholiſche Weiß ſoll aufferzogen werden, in die poſſeſſionem vel quaſi gekommen, ex parte eines Catholiſchen Magiſtratus ſalva Conſcientia nicht könne anderſt wohin, und in ſolchen Ort, wo es nothwendig Evangeliſch werden, und in gantz andere Religion gerathen müßte, gelaſſen oder verſchaffet werden; So thut doch ſolches nichts zur Sach, denn daß hier der Vatter einer andern Religion zugethan ſey, als die Befreundte der verſtorbenen Mutter, das kan nicht würcken, zumahl da er der wahren Chriſtlichen ſeeligmachenden in GOttes geoffenbartem Worte, den allgemeinen Haupt-Symbolis der ungeänderten Augſpurgiſchen Confeſſion, derſelben Apologia und Formula concordiæ beſtgegründeten Glaubens-Lehr zugethan, welche ſo wohl als die Päbſtiſche oder Römiſch Catholiſche Religion in dem Reich durch den Religions-Frieden approbirt, daß nicht die obangezogene klare Rechte, quæ volunt, ut ſi conſtet, exhibendum eſſe in poteſtate patria exhibitionem ejus petentis indubitato conſtitutum, illi omnino reſtituatur, nulla attenta aut admiſſa cauſa, cur apud reum ſit,

l. 1. §. 2i de liber. exhib.

derowegen nicht ſtatt finden, oder die Obrigkeit von ſolchen offenbaren Rechten abzuweichen befugt ſeyn ſollte, die ſich auch darum nicht ſo ſehr zu bekümmern, ſondern dem Vatter es auf ſeine Verantwortung zu überlaſſen

Poſſunt enim pii Parentes, qui inter he- 28
terodoxos vivunt, in defectu puri miniſterii, ubi nec in vicinia ſincerus Eccleſiæ miniſter haberi poteſt, in caſu neceſſitatis, liberos ſuos miniſtris illius Eccleſiæ, a qua in fide diſſentiunt, baptiſandos committere, modo Eccleſia illa ſubſtantiam baptismi integram habeat & retineat, nec quicquam in ſubſtantialibus baptismi tollat aut mutet, licet peculiares ſuos ab orthodoxa Eccleſia diverſos & ſuperſtitioſos ritus adhibeat, & ita baptiſatos nihilominus poſtea in orthodoxa fide ſine baptismi reiteratione educare. Sic licet baptismus Pontificiorum mul- 29
tis ſuperfluis & ſuperſtitioſis ceremoniis ac ritibus ſcateat & refertus ſit, non tamen ab illis baptiſati, tanquam minus recte baptizati, rebaptiſandi ſunt, quia licet Pontificii in pluribus a nobis diſcrepent, articulum tamen S. S. Trinitatis & ſubſtantiam baptismi, qui in ejus nomine adminiſtratur, hactenus ſartam tectam conſervarunt ac retinuerunt. Subſtantiæ ergo baptismi adhibiti ritus ſuperſtitioſi nihil derogant, & hinc Parentibus A. Confeſſ. addictis inter Pontificios viventibus in caſu neceſſitatis Pontificiorum miniſtris liberos ſuos baptiſandos potius tradere quam eosdem tam ſalutari lavacro defraudare licet ac convenit. Poterunt tamen a Miniſtro Pontificio ſic baptizatos nihilominus deinde in orthodoxa fide educare. Et quanquam infans ex intentio- 30
ne Sacerdotis in fidem Papiſticam baptiſatus fuerit, quia tamen Sacramenti efficacia non pendet ab intentione miniſtri baptiſantis, ideo non eſt, cur qui ita baptiſatus fuit, de veritate ſui baptiſmi dubitet, licet

deinde a doctrina Papistica alienus fiat, & in Religione Evangelica a Patre educetur.

vid. Frid. Balduinus *de Casib. conscient. lib. 2. cap. 11. cas. 4. & 5.* Georg König *in Casib. conscient. cas. ex Institut. S. Baptism. 9. & 10. pag. 245. seqq.* B. Dn. Cancellar D. Osiander *in Theol. Cas. p. 4. cap. 4. de Baptis. qu. 40. pag. 377.*

31 Schlägt demnach hier durchaus nicht an, was ex

Menochio *de A. J. Qu. lib. 2. cent. 2. cas. 168. n. 5.*

ausgeführet worden, non posse Magistratum Catholicum arbitrari pupillum educandum esse penes illum, qui vitæ vel religioni, moribus vel bonis pupilli insidiari præsumi potest. Nam filius nullas a Patre orthodoxæ religioni addicto metuendas habet insidias vel vitæ, vel religioni, vel moribus, vel bonis, quorum de Jure Legitimus ipse est administrator & usufructuarius

l. 1. C. de bon. matern. l. 6. l. 8. C. de bon. quæ liber. B. D. Frommann. *Disp. de Administrat. adventit. Legitima. per tot.*

structuendas, sed imo potius sperare ac certo promittere sibi potest, Patrem indubie optimum pro ipsius salute capturum consilium.

l. 22. §. 4. ff. ad l. Jul. de adult. verb. plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit.

Womit also nicht nur der ersten, sondern auch zugleich der andern Rationi zur Gnüge begegnet, die darinn bestehen solle, daß der noch lebende Vatter ratione Patriæ potestatis nichts zu machen oder zu ändern, weil die Rechte verstandener massen selbst zugeben, quod licitum sit Judici a voluntate Patris ex causa recedere

32 *l. 1. §. 1. ubi pupill. educ. deb. l. 5. §. 9. de adm. tut.*

nicht wohl aber eine beständigere Ursach, als diese angeführet werden möge, welche da in periculo religionis mutandæ & corrumpendis moribus gesetzt sey. Denn daß dieses hier gar impertinenter und übel appliciret, auch wider die gantz klare und offenbahre Rechte angeführet werde, daher nichts operiren möge, ist bißhero zur Gnüge remonstrirt. Gestalten überflüßig evinciret, Patrem filii sui in potestate constituti exhibitionem a quolibet exigere posse, & ubi eum in potestate Patris esse apparet, uti hic, illum omni modo exhibendum & restituendum, nec ulla ex causa retineri licere.

l. 1. §. 2. de liber. exhib.

Cui nil derogat quod

ex l. 1. §. 1. ubi pupill. educ. deb.

adducitur in quæstione, ubi pupillus educandus, præcipue Patris voluntatem sequendam, nisi causa aliqua in contrarium mo-

33 veat; Nec quod

in l. 5. §. 9. de admin. tut.

constitutum est, si Pater quid disposuerit v. g. ne res periculo subjectæ distrahantur, id si in præsens damnum pupilli vergere videatur, tutores sequi non teneri. Hæc enim de voluntate Patris jam tunc defuncti pupillo damnosa loquuntur. In casu vero nostro non adest Pupillus, sed Pater infantis adhuc in vivis est, eumque in potestate sua habet, juraque sua tuetur, cui proinde filius in potestate ejus existens omnino restituendus.

Wider den ebenmäßig die dritte Ration nichts 34 concludiret: Weil er das Kind more Catholico tauffen lassen, habe er auch in gleiche Education consentiret; denn daß diese consequenz nicht schlüßig sey, ist aus obigem schon zur Gnüge zu colligiren, und gehet die Consequenz hier so weniger an, als er Kißling nolens volens das Kind bey den Catholischen tauffen lassen müssen, und sie keines weges gestattet, daß es ex loco nativitatis, wo sich die Mutter, so der Catholischen Religion zugethan gewesen, dazumahl enthalten, an einen andern Ort zur Tauffe gebracht worden, deswegen er eben nicht so freywillig darein consentirt, daß es more Catholico getaufft worden. Wann es aber auch gleich willig wäre von ihm geschehen, könte es ihm doch an seinem jure filium vindicandi, vel illius exhibitionem petendi, eumque in vera & orthodoxa religione, cui ipse addictus, educandi, im geringsten nicht præjudiciren, sondern hätte noch einen als andern Weg, dessen ungeachtet, die Freyheit, sein Kind in der Glaubens-Lehr zu erziehen, die er für die richtigste und in GOttes geoffenbartem Wort am besten gegründet, hielte und befünde.

Cum baptisatio non fiat in fidem hujus vel 35 illius Ecclesiæ particularis, quæ errare valet, sed Ecclesiæ Christianæ Catholicæ, quæ DEUM religiosa veneratione, verbo ejus scripto, ut unicæ normæ, & voluntati in eo declaratæ, exacte conformi, colit, atque ita fidem Apostolorum profitetur, a qua in multis recessit Romano-Catholica seu Pontificia Ecclesia.

vid. Frid. Balduin. *de casib. consc. l. 2. c. 11. cas. 4.* & Joh. Olearii *Synops. Error. Pontificior. XIII. Dispp. exhibit.* Kromayeri *Scrutin. religion. Disp. XII. & XIII.*

hinc a Pontificiæ Ecclesiæ Ministris baptisa- 36 tis & in religione Pontificia quoque educatis liberis baptismus more Pontificio collatus non est impedimento, quo minus in adulta ætate, perspectis erroribus religionis Pontificiæ, & deprehensa veritate ac convenientia religionis Lutheranæ cum verbo DEI sacris literis comprehenso, illi valedicere, huicque se addicere & nomen tribuere queant, pro tranquillanda conscientia, & procuranda salute ac *εὐθανασια*. Quemad- 37 modum olim qui tempore Pharisæorum circumcisionis Sacramentum acceperunt, ex intentione quidem Pharisæorum in fidem Ecclesiæ Pharisaicæ ad circumcisionem admissi, revera tamen in fidem Ecclesiæ Israeliticæ,

eliticæ, seu in doctrinam Abrahami, Isaaci & Jacobi Patrum suorum circumcisi, & in populum illum, qui DEI fuit peculium, ex ordinatione DEI recepti sunt, eorumque multi in adulta ætate Pharisæorum εθελοθρησκειαις contradixerunt, quos inter Zacharias, Iohannes, Simeon & alii fuerunt.

Balduin. *d. l.*

38 Welche berührte Freyheit dem Kißling hier desto weniger mag disputirt werden, als ichtwas zwischen ihm und seinem Weibe tempore nuptiarum pacisciert worden, de liberis in hac vel illa religione educandis, wiewohl man Gegenseits selbst zugiebt, und dafür hält, daß wann gleich dergleichen Pacta constituirt worden, man doch darauf nicht zu reflectiren, quia Juri divino, naturali & Canonico contraria sunt, quod suo loco relinquimus, & certo modo concedimus, ex aliis licet rationibus, quas deductas

vid. a Dn. Lynckero *Disp. de eo, quod justum est circa personas diversæ religion. sect. 2 cap. 1. §. 10. & 11.*

39 Was endlich die vierte Ration anlangt, so darinn bestehet, daß ex parte contraria, nostra scil. Ein solches Mutter-Kind dem Catholischen Vatter niemahlen würde zugeschafft u. vielweniger ausgeantwortet werden, per ea quæ docet Carpzov, *in JPrud. Consist. lib. 2. d. 6. n. 28.* folgsam solle mans auch an Seiten unser nicht von ihnen prætendiren, cum nihil æquius sit, quam ut quis jure quod in alterum statuit, etiam ipse utatur

t. t. ff. quod quisque jur. ibi Brunneman. *ad. l. 3. n. 5. seqq.*

nec debeat antiqua religio Catholica cedere novæ Augustanæ Confessionis vel Reformatorum

R. J. de anno 1530. *§. 55. & 60.* addi potest R. J. de anno 1555. *§. 16. 27.* ubi passim Catholica antiqua, Lutherana vero nova vocetur.

40 So ist es zwar an dem, daß man das matrimonium inter personas Romano-Catholicæ, Lutheranæ & Calvinianæ religionis contrahendum schlechter Ding nicht vor verbothen achten könne, quia religiones hæ (ex quibus quo respectu Romano-Catholica antiqua, Augustanæ Confessionis vero nova dicatur, vid.

Heyden. Borromeus Riccrunt *in not. ad Manuale Pacific.* Gail. Ignat. Schüzii *qu. 4. pag. 48. seq.*)

in Imperio ita exæquatæ & permissæ sunt, ut quivis libere hanc vel illam amplecti queat ex conscientiæ dictamine, nec eapropter, quod ab una ad aliam transeat, mulctari, incarcerari aut alio modo turbari, injuriaque ulla affici debeat

R. J. de anno 1555. *§. 14. seqq.* Instr. Pac. Westphal. *art. 5. §. Placuit porro &c. 34.*

ideoque utriusque religionis socii in vera amicitia & Christina charitate pacifice & comiter invicem cohabitare jubentur.

Instr. Pac. *art. 5. §. Liberæ Imp. Civitatis &c. 29. sub fin.*

weil jedoch dergleichen Heyrathen in den Gewissen öffters grosse Aengsten ex postfacto zu causiren pflegen, werden sie von unsern Orthodoxis Theologis gemeiniglich dissuadiret.

vid. Gerhard. *loc. de conjug. §. 388.* Danhauer. *Theol. conscient. part. 2. sect. 2. dial. 3. art. 3. qu. 20. pag. 692. seq.* Dedeken *vol. 3. Cons. 10.* Carpzov. *d. l.*

Wann aber dergleichen Personen sich schon so 41
weit verbunden, daß sie nicht wohl mehr ohn grosse Difficultäten & conscientiarum morsu mehr können getrennet werden, so rathen sie, daß man diese Cautelas solle in Acht nehmen, ut scil. I.) ratio habeatur personarum contrahentium & quidem 1.) Personæ Orthodoxæ (maxime si imbecillis fœmina sit,) quæ heteredoxæ jungi desiderat an in vera fide adeo fundata sit, ut persuasionibus ad falsam doctrinam ducentibus valide resistere possit, nec facile seduci se patiatur. 2.) heterodoxæ, utrum scil. spes conversionis ejus supersit, nec periculum seductionis facile parti fideli metuendum sit. II.) Ut conveniatur de liberis procreatis in vera religione educandis præstita desuper cautione. Hisce probe observatis haud prohibendum esse matrimonium, in casu vero contrario quovis modo impediendum

Carpzov. *d. l.* ubi id ipsum per Responsum Supremi Consistorii Dresdensis confirmat.

Wir zweifflen aber dennoch nicht, daß wann 42
sich ein Fall diesem unserm in gleichen terminis begeben, daß nemlich ein Römisch-Catholischer eine Lutherische Dirne in loco ubi religio Evangelica vigeret, ohn alle Bedingniß geheyrathet, u. mit ihr Kinder erzeuget hätte, sie aber mit Todt abgienge, und er käme, und vindicirte seine mit ihr ex justis nuptiis erzeugte Kinder, oder klagte auf deren exhibition und Auslieferung wider seiner Frauen Anverwandten, diese von ihrer Lutherischen Obrigkeit würden müssen condemnirt werden, dem Vatter seine unter seinem Vätterlichen Gewalt habende Kinder zu exhibiren und ausfolgen zu lassen, ex rationibus supra deductis: Derowegen wir auch nochmahls in gegenwärtigem Fall kein anders Judicium geben können, als daß die in dem Ingolstadtischen Responso angeführte Rationes gantz nicht von den Kräfften, daß in Ansehung deren dem Hannß Jacob Kißling sein in patria ipsius potestate constituirtes Söhnlein vorenthalten werden möge, sondern ihm hinaus gegeben werden müsse, wann er weitere instantias und dessen exhibition und Herausgebung mit Recht nachdrücklich suchen sollte.

Die andere Frage:

Weil gefährlich, ja ohnmöglich seyn will durch Thätlichkeiten etwas dißfalls aus-

auszurichten, ob man es dennoch dahin ankommen zu lassen, im Gewissen verbunden sey, und ob nicht die Stadt Ulm sich ihres Burgers mehrers anzunehmen Ursach hätte?

beantworten wir kürtzlich dahin, daß wir nicht einrathen können, durch Thätlichkeit etwas zu tentiren, wann dadurch zumahl nichts auszurichten, sondern erachten am rathsamsten zu seyn, daß die Stadt Ulm, deren solches obgelegen, den Vatter als ihren Bürger dahin anweise, daß er sich der in vorgehender Frage Resolution an Hand gegebener Rechts-Mittel gebrauche, und wann der Vatter selbst nicht zugegen seyn, und proprio nomine agiren könne, jemanden von seinen nächsten Befreundten gnugsamen Gewalt gebe, in seinem Namen coram competente, so in prima instantia die Obrigkeit zu Biberach, die ihr Amt alsdann in pronunciando secundum Jura thun wird, zu agiren, ad filii ipsius in potestate ejus constituti exhibitionem ac vindicationem, da es ihm verhoffentlich bey so klaren und offenbaren Rechten nicht leichtlich wird fehlen, daß er zumahl, wann sich die Stadt Ulm dessen ferner annimt, und per Promotoriales assistirt, nicht sollte durch gerichtlichen Spruch erlangen, daß ihm das Kind, weil es in Patria ipsius potestate indubitato constituirt, und in illa adhuc ætate ist, ut resistere nequeat,
43 (constat enim, quod si filius sua sponte in ea ætate constitutus, ubi ipse velle potest, apud aliquem sit, interdictum de liberis exhibendis & ducendis inutile sit, quia filius magis apud se est, quam apud eum, adversus quem interdicitur, cum liberam facultatem abeundi vel remanendi habeat.

l. ult. ff. de liber. exhib. ibi Brunnem.)

exhibirt, und hinaus gefolat, auch zugleich das von der Mutter ererbte Vermögen dessen Nutzung und Verwaltung ihm dem Vatter de jure gebührt und zustehet, hinaus gegeben werden müssen. Wann aber der Vatter solches durch die ihm competirende Rechts-Mittel nicht suchet, und die Stadt Ulm ihn nicht dazu anhält, so hat der Magistrat Löbl. Stadt Biberach Evangelischen Theils sich dessen wider den Catholischen Magistrat nicht anzumassen, noch anzunehmen, denn sonst niemanden als dem
46 Vatter des Kinds vi Patriæ potestatis zukommt, die Exhibition und Ausfolgung so wohl des Kinds als Vermögens zu suchen, dazu ihn seine Obrigkeit zu vermögen und anzuhalten, ladet also die Evangelische Obrigkeit zu Biberach dadurch, daß sie silente nec agente Patre nichts unternimt, sondern das Kind von der Mutter Befreundten aufferziehen läßt, keine Verantwortung auf sich.

Der dritten Quæstion:

Indem künfftighin dergleichen Casus mehr in Biberach, utpote loco parificatæ & mixtæ religionis, vorfallen und sich ergeben dörfften, wie man sich Evangelischer Seits dabey zu bezeugen, oder denen zu begegnen haben möchte?

Resolution dependirt und fließt guter massen 45
aus beeder vorigen Erörterung, wann sich der Casus in similibus plane terminis, wie dieser, ergiebt, sollten aber die circumstantiæ in facto variiren, muß die Resolution nach den sich ereignenden Circumstantiis gefaßt und gegeben werden, variantes enim in facto circumstantias variare & ipsum quoque jus in vulgus notum est

ex l. 26. §. 12. ff. de condict. indeb. & simil.

Dabey wir nur noch dieses erinnern, daß, wann sich dergleichen Casus künfftig ereignet, man in Zeiten wohl zu vigiliren habe, daß der Evangelischen Eltern Kinder den Papistischen Befreundten nicht in die Hände kommen und gerathen, zumahlen, wann sie noch in so zarter Jugend seyn, daß sie nichts wehlen, noch wollen können. Wann aber die Kinder schon 46
die annos discretionis auf sich haben, und sich bereits öffentlich zu einer oder andern Kirchen und Religion freyen Willens bekandt, es wollten aber die Eltern vi Patriæ potestatis solche ihnen zu exhibiren verlangen, um sie zu einer andern Religion, die sie irgend amplectirt, zu zwingen, da kan die exhibition ad illum effectum nicht injungirt werden, quoniam Patria Potestas se non extendit ad spiritualia eo usque, ut Pater filium, qui annos discretionis habet, vi Patriæ potestatis invitum cogere queat, ut hanc vel illam, quam ille velit, religionem amplectatur, quam tamen filius ex dictamine conscientiæ amplecti renuit, & in ejusm. terminis intelligendus est

Mev. *ad Jus Lubec. Lib. 1. tit. 3. n. 15.*

Wollten solches ꝛc. Actum in Collegiis nostris d. 28. Augusti 1699.

CON-

CONSILIUM LXXXVII.

In

Puncto annullationis contractus emptionis venditionis ex capite non obſervatorum ſolennium in alienatione rerum minorennium.

SUMMARIA.

1. Seqq. Factum recenſetur.

10. Privilegia aut pacta perſonalia non tranſeunt nec obligant heredes, ſed cum perſona extinguuntur.

11. Jus tamen ex privilegio tali aut pacto perſonali quæſitum, & in bonis exiſtens, ad heredes transmittitur.

12. Quoad privilegium perſonale demonſtratur hæc tranſitio exemplo Reſtitutionis minorum, & SCti Vellejani.

13. & 14. Idem eſſe in pactis perſonalibus, exemplo contractus ſocietatis & actionis inde oriundæ declaratur.

15. Verba cum eâ efficaciâ accipere oportet, ut aliquid operentur, nec fruſtra ſint poſita.

16. Jus certo caſu vendendi feudum ſemel quæſitum, ut allodiale quid, in quosvis hæredes transmitti, & aliis cedi poteſt.

17. In dubio quævis res potius allodialis, quam feudalis, eſſe præſumitur

18. Tale jus vendendi feudum allodiale eſſe, ſpecialiter probatur.

19. An quicquid eſt transmiſſibile, etiam ceſſibile?

20. Jura perſonalia, licet non transmittantur ad hæredes, ceſſionem tamen & inter vivos alienationem admittunt.

21. Alienatio rerum minorum immobilium, vel mobilium, quæ ſervando ſervari poſſunt, ſine prævia cognitione & decreto Magiſtratus facta, ipſo jure nulla eſt, itaut minor talem rem alienatam cum fructibus à quocunque poſſeſſore vindicare poſſit.

22. Idem eſt in alienatione bonorum immobilium, quæ minori cum alio communia ſunt pro indiviſo.

23. Etiam qui veniam ætatis impetrarunt, non minus ac ii minores, qui non impetrarunt, bona ſua immobilia ſine Magiſtratus Decreto alienare nequeunt.

24. Quinquennium tacitam ratihabitionem alienationis rerum minoris non legitime factæ inducens currere non incipit à tempore impetratæ veniæ ætatis, ſed demum poſt completos 25. annos.

25. Ut hoc quinquennium majori currat, requiritur, ut alienationis illegitimè factæ notitiam habuerit, alias currit à tempore demum ſcientiæ.

Neque ſufficit generalis alienationis notitia, ſed ſcire eam debet cum omnibus qualitatibus. ibid.

26. Omnis querela, etiam extrajudicialis, coram amicis vel vicinis facta, imo omnis voluntatis contrariæ declaratio interrumpit iſtius quinquennii ſilentium, & impedit tacitam iſtam ratihabitionem.

27. Confirmatio alicujus actus à Superiore facta non convalidat id, quod nullum eſt, nec perimit jus tertii, ſed intelligitur facta ſalvo jure tertii.

28. An in Feudis ſub appellatione filiarum etiam neptes intelligantur?

29. Dominus Feudi debita feudalia, conſenſu ejus munita, aperto ipſi Feudo, exſolvere tenetur.

30. Regula Dd.: Quicquid non eſt transmiſſibile, illud nec ceſſibile.

31. Negotium, quod ex capite ſolennium in alienatione rerum minorum non obſervatarum impugnari vult, omnino minores etiam debuit attigiſſe.

32. Res minorum dicuntur eæ, quæ ad eos pertinent jure dominii directi vel utilis.

33. Non quæ jure pignoris ipſis tantum obligatæ ſunt; unde hæ ſine iſtis ſolennibus à tutoribus vel curatoribus diſtrahi poſſunt.

34. Solennitates iſtas, in alienatione rerum minorum requiſitæ, omitti poſſe, ſi pater, vel alius teſtator, cui minor ſucceſſit alienationem permiſerit, aut ſi fiat ex pacto à Patre inito, ſive ex cauſâ aliquâ aliâ neceſſariâ.

35. Si Princeps Speciali Reſcripto talem alienationem permiſit, vel illi conſenſit, ulterior ſolennitas non requiritur.
Principis auctoritas omnes ſuperat ſolennitates. ibid.
Ejus ſpecialis conceſſio vim habet Decreti, modo ſervetur forma conceſſioni inſerta. ibid.

36. Ratihabitio retrotrahitur ad tempus actûs geſti, & confirmat negotium antea imperfectè geſtum, ac ſi ſtatim ab initio firmum ac perfectum fuiſſet; nec licet id quod ſemel approbatum in injuriam alterius poſtea improbare.

37. *Alienationis ratihabitionem, ab eo, qui veniam ætatis impetravit, factam, non posse retractari.*

38. & 39. *De ratihabitione tacitâ ex silentio quinquennii post majorennitatem, & quadriennio restitutioni in integrum petendæ præfixo.*

40. *Quinquennium illud tacitam ratihabitionem alienationis in minorennitate factæ inducens, ratione cursus, continuum, ratione initii verò utile est.*

44. *Sententia.*

ALs uns zur Juristen-Facultät bey gemeiner Hoch-Fürstl. Württembergischen Universität Tübingen verordneten Decano und andern Doctoribus hiebey wieder zurück gehende vor Hochpreißlichem Hof-Gericht zu Bareuth, zwischen Frau Maria Sophia von Arnimb, Fr. Margaretha Maria von Waldenroth, und Fräulin Elisabetha Maria, gesammten Geschwistrigten von Bünau Klägerin Eines; Entgegen und wider Hrn. Johann Achatz von Lindenfels auf Thumsenreüth, und Hrn. Jobst Bernhard von Lindenfels auff Eckersreüth und Schönwald, Hoch-Fürstl. Brandenburgischen Rath und Hauptmann der Stadt und Sechs Aemter Wonsiedel Beklagte andern Theils, ad sententiam usque ausgeübte Acta zugesandt worden, mit dem Gnädigen Gesinnen, darüber unser Rechtliches Gutachten zu ertheilen, und die den litigirenden Partheyen in solcher Strittigkeit, den Kauff des Guts Ramsenthal betreffend, zu deren gäntzlichen Beylegung eröffnende Urtheil abzufassen cum adjunctis rationibus dubitandi & decidendi; So haben wir nicht ermangelt, so bald es andere unumgängliche Geschäffte zugelassen, sothane Acta unter Handen zu nehmen, mit gebührendem Fleisse zu durchlesen, und reifflich zu erwegen, da wir forderist erfunden

IN FACTO.

1 DAß der Klägerinnen Herr Groß-Vatter, Rudolph von Bünau, ihro Hoch-Fürstl. Durchleucht Herrn Marggraf Christian Ernests von Brandenburg bestellter Stallmeister, nach klarem Inhalt der Beylagen Num. Act. 11. 12. in Anno 1658. von denen damahligen Vormundern erstgedacht Seiner Hoch-Fürstl. Durchleucht Hrn. Marggraff Christian Ernsts zu Brandenburg, das deroselben durch Georg Ernst Rabenhaupts von Sücha gewesenen Hof-Marschalls Todt und Absterben ohn Männliche Erben eröffnete Mann-Lehen Ritter-Gut Ramsenthal für und um 6000. fl. Fränckischer Wehrung erkaufft, und damit als mit einem rechten Mann-Lehen nach Mann-Lehens Recht und Gewohnheit investirt, doch in Ansehung seiner treu-geleisteten Dienste ex singulari gratia die Clausula eingerucket worden, daß dafern er Rudolph von Bünau und seine Söhne, als Männliche Erben, absterben möchten, so dann dessen hinterlassene Wittib und Tochter das Gut zu verkauffen Macht haben, den Kauff-Schilling in ihren Nutzen verwenden, und deßwegen von niemand
2 behelliget werden solten. Nachdem er nun anno 1663. verstorben, hat er neben seiner Wittib und Tochter Maria Sophia, zwey Söhne Heinrich und Rudolph den Jüngern hinterlassen, denen beeden Söhnen besagtes Mann-Lehen-Gut auf gleiche Weise, wie ihrem Vatter zu einem rechten Mann-Lehen wieder verliehen worden, mit der vorhin ertheilten Bewilligung daß dafern gemeldte beede Brüder von Bünau ohn Männliche Erben absterben würden, so dann deren hinterlassene Mutter und Schwester das Gut verkauffen, den Kauff-Schilling in ihren Nutzen verwenden, auch deßwegen von niemand behelligt werden solten.

Als aber Anno 1667. Rudolph von Bünau
3 der Jüngere unverheurathet gestorben, und Heinrich darauff allein mit dem gantzen Gut investirt worden, ist, ob er schon eine Tochter gehabt, doch die seiner Mutter und Schwester beschehene Bewilligung das Gut zu verkauffen, in defectu masculorum, auf seine Tochter nicht extendirt, sondern die Clausul in vorigen Terminis wiederhohlet, und dem Lehen-Brieff also wieder inserirt worden, daß falls er mit Todt ohne Männliche Erben abgehen würde, sodann dessen hinterlassene Mutter und Schwester das Gut verkauffen, und den Kauff-Schilling in ihren Nutzen verwenden dürfften.

Derentwegen als erstgedachter Heinrich von
4 Bünau nachmahls in Anno 1677. ohne männliche Erben verstorben, drey Töchter aber, jetztmahlige Klägerinnen nemlich, neben seiner Frau Mutter und Schwester, hinterlassen, haben diese beede vi dictæ clausulæ, mit Ausschliessung des Heinrichs von Bünau dreyer Töchter, das Gut Ramsenthal verkauffen, und den Kauff-Schilling vor sich allein behalten wollen, doch dergestalt, daß den drey Bünauischen Töchtern, so der Heinrich von Bünau hinterlassen, davon ihr mütterliches auf das Gut verconsentirtes, in 2200. fl. bestehend, bezahlet werden solte. Darwider sich Heinrichs von Bünau dreyer hinterlassener Töchter Ahn-Herr Mütterlicher Linie, Jobst Bernhard von Lindenfels, der Aeltere, gesetzt, und durchaus behaupten wollen, daß die drey Töchter das Gut mit ihrer Groß-Mutter und Vatters Schwester zu verkauffen befugt wären. Dessen jedoch unerachtet, die Groß-Mutter Vätterlicher Linie, Rudolphs von Bünau des Aeltern Wittib fortgefahren, und bey Jh. Durchl.

dem

dem Herrn Marggraffen unterthänigſt angeſucht, ihro krafft der im Lehen-Brieffe enthaltenen Clauſul Gnädigſt zu vergönnen, das Gut zu verkauffen, ſo ihr auch Gnädigſt verſtattet worden, wann ſie nur den Käuffer und künfftigen Vaſallen vorher benennen würde, beſage Num. Act. 16. Ehe ſie aber ſolches werckſtellig gemacht, hat ſie eodem anno diß Zeitliche geſeegnet.

5 Darauff alſo ihre in der Clauſula mit begrieffene Tochter des Heinrichs von Bünau Schweſter, Frau Maria Sophia von Magwitz, abermahl mit Ausſchlieſſung ihres Bruders dreyer Töchter, das Gut qu. zu verkauffen geſucht, deren ſich vorbenandter Jobſt Bernhard von Lindenfels der Aeltere wiederum und zwar ſo mehr opponirt, als er vermeynet, es wäre Heinrichs von Bünau dreyen Töchtern das Recht ihrer Frau Groß-Mutter erblich zugefallen, ſo Frau von Magwitz nicht eingeſtehen noch zugeben wollen. Endlich aber iſt die Sache laut Num. Act. 4. in Güte dahin verglichen worden, daß die Frau von Magwitz ſo bald nach Gnädigſter Placidirung des vorgeſchlagenen Käuffers 2000 Rthlr. baar empfangen ſolle, wovor ſie all ihr in offtberührten Lehn-Brieffs Clauſul enthaltenes Jus cedirt, und weiter auf daſſelbe keine Anforderung haben, auch im Gegentheil wegen des Guts Beſchaffenheit keinen Anſpruch leiden, noch ſich einiger Eviction unterwerffen wollen und ſollen, hingegen wolle und ſolle Herr Jobſt Bernhard von Lindenfels der Aeltere, ſolches Gut, wann er als vorgeſchlagener Käuffer von Gnädigſter Herrſchafft angenommen werde, in dem Werth, ſo der drey Heinrich Bünauiſchen Töchter Herrn Vormündere vor rechtmäßig erachtet, nemlich 6000 fl. und 100. Rthlr. der Frau von Magwitz über die 2000 Rthlr. zugeſchlagen, käufflich an ſich bringen, denen drey Bünauiſchen Töchtern nicht allein wegen der Mütterlichen Prætenſion, ſondern auch des Rechts am Kauffſchilling, Verſicherung und Satisfaction geben.

6 Weil nun eodem die, ſcil. 11. Octobr. ao. 1677. da dieſer Verglich getroffen und ſubſcribiret, Seiner Hochfürſtl. Durchleucht öffters beſagter Herr Jobſt Bernhard von Lindenfels der Aeltere, als Ahnherr Mütterlicher Linie ihres ſeel. Bruders dreyer Töchter, von Frau Maria Sophia von Magwitz zum Käuffer des Guts Ramſenthal und künfftigen Vaſallen unterthänigſt vorgeſchlagen, laut Num. Act. 17. und Gnädigſt angenommen, auch dabey beditten worden, daß falls er denen mit der Ritterſchafft in der Hauptmannſchafft Hoff und Wunſiedel in Anno 1626. und 1662. getroffenen Receſſen ſich gemäß verhalten, und neben der Lehen- die gewöhnliche Landſaſſen-Pflicht, wie Herkommens, ablegen wolle, der verglichene Kauff-Brieff zu ſeiner Hochfürſtl. Durchleucht Gnädigſten Ratification eingeſchickt, auch der von Lindenfels als Käuffer zu Ablegung der oberwehnten beeden Pflichten bey der Hochfürſtl. Hofraths- und Lehn-Stuben ſich förderlichſt angeben, und daſelbſt præſtanda præſtiren, worauff ihm ſodann mit der Belehnung Gnäd. willfahrt werden ſolle, beſage Num. Act. 20. iſt, Zweiffels ohne auf Adimplirung alles deſſen was verlangt worden, nicht minder Jobſt Bernhard von Lindenfels der Aeltere, als wiederum nach deſſen Tode deſſen beede Söhne, Jobſt Bernhard der Jüngere, und Hannß Achatz, Gebrüdere von Lindenfelß, dann endlich Jobſt Bernhard der Jüngere, als er die Helffte von ſeinem Brudern Hanns Achatzen erhandelt, allein mit ermeldtem Ritter-Gut Ramſenthal belehnet worden, und ſie biß in Annum 1696. 7 in ruhiger Poſſeſſion des Guts geblieben, da die drey Bünauiſche Töchter (nachdem immittelſt die zwey Aeltere, als ſie ſich verheurathet, und veniam ætatis erlangt, mit Beyſtand ihrer Eheherren, von Jobſt Bernhard von Lindenfels des Aeltern beeden Söhnen den Kauffſchilling völlig erhoben, davor quittiret, und ſich aller an dem Gut Ramſenthal oder deſſen Kauff-Schilling gehabten Anſprüche verziehen und begeben, cum renunciatione omnium exceptionum, tam in genere, quam in ſpecie, ſo ihnen zu ſtatten kommen möchten, laut Num. Act. 21. & 22.) wegen mehrbeſagten Guts Ramſenthals wider Jobſt Bernhard von Lindenfelß Senioris Erben und Lehen-Folgere auch reſp. des Guts jetzigen Beſitzern Klage erhoben, und weil ſie zur Zeit des getroffenen Kauffs noch unmündig und unbevormündert, gegenüber diejenige, ſo locum tutorum ac curatorum vertreten, ſelbſt intereſſirt geweſen, und der Verkauff absque cauſæ cognitione & aliis requiſitis in alienatione rerum minorennium neceſſariis, geſchehen, auch ſie dadurch um mehr als 7000. fl. Capital und bißherige Intereſſen zuſammen gerechnet, lædirt worden, gebetten, den Kauff als nichtig zu caſſiren und auffzuheben, oder ſie darwider in integrum zu reſtituiren und in Conformität deſſen den Herrn Poſſeſſorem gegen Wiedererſtattung der 6000 fl. den Klägerinnen das Gut cum omni cauſa zu reſtituiren, auch in alle Köſten und Schäden zu condemniren.

Dawider die beklagte Herren von Lindenfelß 8 opponiret 1.) Exceptionem non competentis actionis ſeu non fundatæ intentionis 2.) exceptionem ratificationis in majorennitate ſubſecutæ ejus, quod in minorennitate geſtum, 3.) exceptionem renunciationis omnis juris, ſo die Frauen und Fräulin Klägerinnen an dem Gut Ramſenthal oder deſſen Kauffſchilling gehabt. 4) exceptionem præſcriptionis aut potius tacitæ ratihabitionis, dum nihil moverunt nec quicquam intra quinquennium à tempore majorennitatis petierunt. 5.) exceptionem libelli generalis. 6.) exceptionem rei non ſic ſed aliter geſtæ. 7.) exceptionem non liberæ, ſed neceſſariæ alienationis, ſcientibus & conſenti-

tientibus aliis minorennium consanguineis factæ, und haben deßwegen absolutionem ab instituta actione cum refusione expensarum gebeten. Worauff ferner beede Theil die Sach hinc inde in Schrifften weitläuffig ausgeführt, und endlich sowohl schrifft- als mündlich ad sententiam submittirt, die transmissio Actorum ad impartiale Collegium aber ex officio decernirt, und selbe darauff factâ irrotulatione hiehero versandt worden.

9 Hierüber nun unsere beywohnende Rechtliche Gedancken zu eröffnen, haben wir in sorgfältig gepflogener Consultation beyderseits angeführte Fundamenta fleißig erwogen und befunden, daß sowohl ein- als anderer seits gar speciosæ rationes beygebracht seyn, so daß fürwahr mancher anstehen und zweifflen möchte, in quam partem er incliniren solle, dahero auch erfolgt, daß von zwey vornehmen Collegiis Juridicis, Facultate nimir. Juridica Jenensi & Altorffina, zwey gantz widrige Responsa Juris in hac causa ertheilet seyn.

10 Vor die Frauen und Fräulin Klägerin wird 1.) gar scheinlich angeführt, daß ob selbige gleich nicht ex pacto vel clausulâ investituræ avo ipsorum paterno factæ hoc verborum complexa adjectâ: dafern er Stall-Meister von Bünau und seine Söhne als männliche Erben absterben möchten, so dann dessen hinterlassene Wittib und Tochter das Guth zu verkauffen Macht haben, den Kauff-Schilling in ihren Nutzen verwenden, und deßwegen von niemand behelliget werden sollen; & deinde in investiturâ Patrui & Patris sui ita repetitâ: mit dieser ehedessen ertheilten Bewilligung, daß dafern gemeldte beede von Bünau ohne Männliche Erben absterben würden, sodann deren hinterlassene Mutter und Schwester das Guth verkauffen, den Kauff-Schilling in ihren Nutzen verwenden, auch deßwegen von niemand behelliget werden sollen; einig Jus an das Gut Ramsenthal prætendiren können, angesehen daraus nicht undeutlich abzunehmen, daß des Lehen-Herrn Intention eintzig und allein dahin gegangen, daß er in favorem des primi acquirentis, ohnerachtet das ihm verliehene Lehen sonst vorhin jederzeit ein rechtes Mann-Lehen gewesen, darzu die Weibs-Personen keinen Zutritt ullâ ratione jemahls gehabt, so weit à naturâ feudi gewichen, daß er in illum casum, da er Rudolph von Bünau und seine Söhne als Männliche Erben absterben solten, dessen hinterlassenden Wittib und Tochter specialiter indulgirt, das Gut so dann zu verkauffen, den Kauffschilling in ihren Nutzen zu verwenden, darinnen sie von niemanden behelliget werden solten, damit auf den Fall, wann er ohn männliche Erben abstürbe, dessen Wittib und Tochter wieder wegen deß von ihm vor das Lehen per remissionem & compensationem bezahlten Kauff-Schillings à 6000. fl. Satisfaction bekommen möchten, diese Befügniß aber sonst keine andere in weiterm Grad von ihm herstammende Weibs-Personen haben sollten, gestalten wann er selbiges einer andern erlauben und gestatten wollen, würde er sonder Zweiffel in des Heinrichs von Bünau ihm nach des Brudern Tode gegebenen Investitur, es dessen damahls schon erzeugten Tochter auch erlaubet, und die Clausul also eingerichtet haben, daß falls er Heinrich von Bünau ohn Männliche Erben absterben solte, so dann dessen hinterlassene Mutter, Schwester und Tochter das Gut zu verkauffen Macht haben solte, so aber nicht geschehen, sondern die Clausul nur in voriaen Terminis abermahls repetiret worden; Sie jedoch von der Großmutter Vätterlicher Linie, deren in dicta Clausula, neben ihrer Tochter der Frau von Magwitz das Recht das Gut Ramsenthal, wann ihr Sohn und respective Bruder ohn Männliche Erben absterben solte, zu verkauffen, nominatim concedirt, und weil sie den Fall erlebet, solches bereits würcklich acquirirt und zu exerciren à Domino feudi ausdrücklich Gnäd. Permission und Erlaubniß erlangt gehabt, dasselbe aber in der That auszuüben durch den Todt, davon sie übereilet, verhindert worden, deßwegen sie solch Jus quæsitum auf die ihro ab intestato succedirende Tochter und klagende Frauen und Fräulin Enckelin durch den ordentlichen Erbgang transmittiret, die also die Befugniß gedachtes Gut anständig zu verkauffen, und das Pretium ohn jemands Eintrag und Behelligung in ihren Nutzen zu verwenden, pro rata & competente portione ex successione Aviæ erblich erlangt und bekommen, welches ihnen nicht disputirt und abgestricket werden kan, wann man gleich setzet, daß der Großmutter solch Jus per Privilegium aut Pactum personale à Domino feudi ex singulari gratia indulgirt und concedirt worden.

Constat enim quod licet Privilegia aut Pacta personalia non transeant in successores nec obligent heredes, sed extinguantur cum personis, quibus indulta, ac cum quibus inita sunt.

l. 68. l. 196. de reg. jur. l. 42. de admin. & per. tut. l. 3. in fin. de censsit. l. 17. §. 3. l. 21. pr. l. 25. §. 1. de pact.

nihilominus jus ex privilegio aut pacto per- 11
sonali quæsitum & in bonis nostris existens ad heredes transmittatur, ita, ut heredes eo ex persona defuncti omninò uti ac frui queant. Sic exempli gratia Restitutio in 12
integrum minoribus ex causa ætatis competens, quatenus consideraturut, jus singulare contra Juris communis tenorem introductum, & minoribus ætatis facilitate læsis concessum, privilegium personale est, quia personis minorum tanquam subjecto suo adhæret, & cum personis minorum extinguitur, nihilominus jus ex hoc privilegio, remedium scil. & facultas restitutionem petendi

tendi ex læſione jam jam factâ, tanquam jus in patrimonio minoris jam tum exiſtens, ad heredes transmittitur, ita, ut minoris ætatis facilitate læſi heredes ex perſonâ defuncti minoris reſtitutionem petere & impetrare omninò queant.

l. 6. ff. de reſtit. in integr. l. 19. ff. de minor. l. un. C. ſi adverſ. dot.

Pariter Beneficium SCti Vellejani privilegium perſonale ſuo modo eſt, ſolis mulieribus competens, nihilominus effectus inde reſultans, & privilegiatæ mulieri jam quæſitus, ad heredes transmittitur

l. 10. ff. l. 20. C. de SCt. Vellej.

13 Uti vero hoc ita in privilegiis perſonalibus indubitato obtinet, quod licet illa cum perſona, cui ut ſubjecto inhærent, extinguantur, effectus tamen ſeu jus privilegiato inde quæſitum ad heredes ejus omnino transmittatur, ſic tanto minus dubitandum, quin idem etiam in pactis perſonalibus locum inveniat, ut ſcil. licet pactum perſonale paciſcentis perſonam non egrediatur, & ne quidem ad heredem pertineat,

l. 17. §. 3. l. 22. §. fin. l. 25. §. 1. de pact.

jus tamen ipſi paciſcenti inde jam tum quæſitum, ille omnino ad heredes transmittat. Eſt enim id commune omnibus pactis, ut quoad jus exinde quæſitum tranſeant ab utraque parte paciſcentium in heredes, cum aliam legem expreſſe non dixere paciſcentes.

l. 49. de oblig. & act. l. 13. C. de contrah. & committ. ſtipul.

14 Ita ſocietas eſt contractus mere perſonalis, & morte etiam unius ex ſociis, quoad omnes, licet plures ſuperſint, extinguitur, nec inter ſe convenire poſſunt ſocii ab initio, ut ad heredes tranſeat ſocietas, vel heredes in ſocietatem ſuccedant

§. 5. Inſt. de ſociet. l. 35. l. 52. §. 9. & 11. l. 65. §. 9. 11. ff. pro ſocio.

effectus tamen ejus, actio nempe pro ſocio indubie inter heredes ſociorum nihilominus datur.

d. l. 35. ibi Brunnem. *l. 63. §. 8. ff. pro ſoc.*

nec mirum id, cum heres in omne jus defuncti activum & paſſivum, quod in hereditate continetur, ſuccedat

l. 24. de verb. ſignif. l. 62. de reg. jur.

15 Dazu 2.) kommet, daß über ſothane ihnen Fr. und Fräulin Klägerin von ihrer Fr. Groß-Mutter erblich angewachſene Portion des Rechts, das Gut Ramſenthal anſtändig zu verkauffen, und den Kauff-Schilling ohn jemands Eintrag zu ihrem Nutzen zu verwenden, deſſen ſie ſich in ſo weit ex perſona aviæ zu gebrauchen und zu erfreuen gehabt, denſelben von Fr. Maria Sophia von Magwitz der übrige Theil des Rechts ſolch Gut zu verkauffen, den ſie Fr. von Magwitz Theils ex ipſa clauſula inveſtituræ Patri & fratri factæ adjecta & gratioſa conceſſione Sereniſſimi vor ſich ſelbſt vorhin gehabt, Theils ex ſucceſſione matris erblich erlangt, gegen Empfang 2100 Rthlr. von dem erlöſenden Kauff-Schilling, völlig cediret worden, daß ſie dergeſtalten partim ex ſucceſſione aviæ, partim ex ceſſione Amitæ in Transactione d. 11. Octobr. 1677 inita facta: vollſtändig, das Recht offt ermeldtes Gut Ramſenthal zu ihrem Nutzen zu verkauffen, bekommen, Krafft Documenti ſub Num. Act. 4. in verbis: Daß die Fr. von Magwitz, ſo bald nach gnädigſter Placidirung des vorgeſchlagenen Käuffers baar empfangen ſolle 2000 Rthlr. wovor ſie alle ihr in berührter Lehn-Brieffs-Clauſul erhaltenes Jus cediret, und weiter auf daſſelbe keine Anforderung haben will ꝛc. Welches Inſtrumentum keinen von Fr. von Magwitz an der itzt beklag. Hrn. Vattern beſchehenen Verkauff des Guts Ramſenthal, ſondern eine formale Ceſſion und Uebertragung des Juris, ſo der Frau von Magwitz an dem Gut ex pacto, und auch von ihrer Mutter pro rata erblich quoad venditionem zugeſtanden, beſage klaren tenors, vor Augen leget, denn erſtlich ſelbiges durchgehends vermeldet, wie die von Lindenfels nicht ſo wohl proprio ſuo, als der damahligen Wayſen und itziger Klägerinen nomine, die Ceſſion, als deroſelben nahe Anverwandten, da ſich ſonſt niemand derſelben angenommen, verhandelt, dann daß die Fr. von Magwitz das Gut quæſt. an derer Herren Beklagten Herrn Vatter nicht verkaufft, ſondern ihr vi Clauſulæ competirtes Jus den pupillen cediret; Geſtalten wann ſolche Ceſſion nicht geſchehen, ſondern die von den Herren Beklagten vorgegebene von Frau von Magwitz an ihren Herrn Vattern beſchehene Vendition richtig alſo erfolgt wäre, würde Hr. von Lindenfels nicht darein haben ſetzen laſſen ſolches Gut in dem Werth, welches der Bünauiſchen Wayſen Herren Vormündere vor Recht-mäßig erachtet, käufflichen an ſich zu bringen, denn was hätten die Bünauiſchen Wayſen, und deren Vormündern mit Determinirung des pretii zu thun, wann ſie der Verkauff des Guts nichts angangen, und ſie daran nicht Theil gehabt, noch ihnen ipſum jus vendendi, ſo der Frau von Magwitz, Theils Krafft obberührter Clauſul des Lehn-Brieffs, Theils ex materna ſucceſſione competirt, cedirt geweſen? ſane oportet verba cum hac efficacia accipere, ut aliquid operentur, nec fruſtra ſint poſita, præſertim cum clara ſint illa: Wovor ſie alle ihr in berührter Lehn-Brieffs Clauſul erhaltenes Jus cediret, und weiter auf daſſelbe keine Anforderung haben will ꝛc.

l. 5. §. 2. ff. ne quis eum &c. l. 1. §. 1. verſ. hæc autem. ff. quod quisque jur. c. 4. X. de cleric. non reſid.

Und daß 3.) die Ceſſion des a Domino feudi in

in prima investitura Rudolphs von Bünau Frau Wittib und Tochter gnädigst concedirten Rechts das Gut Ramsenthal zu verkauffen, und den Kauff-Schilling in ihren Nutzen
16 ohn jemands Behelligung zu verwenden, falls er Rudolph von Bünau und seine Söhne als Männliche Erben versterben würden, so sich bey der Wittib und Tochter Lebzeiten ergeben, und sie also Juris hujus plene quæsiti exercitium bereits erlangt und würcklich anszuüben a Domino feudi Erlaubniß bekommen, von der Fr. von Maawitz, so viel ihr der Zeit daran competirt, de jure, auch absque domini consensu, valide geschehen können, scheinet gar nicht zu zweifflen seyn, angesehen solch cedirtes Recht eigentlich kein Feudale. sondern viel mehr ein allodiale jus gewesen, welches wie es ob angeführter massen in quosvis heredes transmittiret, also auch, ja viel eher und leichter, in alios per cessionem inter vivos transferirt werden mögen.

17 In dubio enim quævis res potius allodialis, quam feudalis, esse præsumitur

2. F. 26. §. 1. 2. F. 41. 51. Vultej. *de feud. lib. 2. c. 3. n. 10.* Berlich. *p. 2. dec. 178.* Menoch. *de præsumpt. lib. 3. præs. 91. n. 1. seqq.*

18 nec ullibi cautum, quod Jus tale, quale ex pacto, præsenti quæsitum, feudale sit, non magis quam Jus pignoris in re feudali constitutum feudale quid est, id enim cum ex contractu civili oriundum jus sit, in quosvis heredes, tam testamentarios, quam ab intestato successuros, tam extraneos, quam ex familia creditoris descendentes, tam fœminas, quam masculos, tam capaces quam incapaces successionis feudalis, transsiturum, non potest non censeri allodiale aliquid esse

Struv. *Cap. 4. Synt. Jur. Feud. aph. 14. n. 2.* Stryck. *Disp. de feud. pignorat. cap. 3.*

19 Deinde regulariter quicquid ad quoscunque heredes est transmissibile, est etiam cessibile,

post plures alios Alphons. de Olea *de cession. jur. & act. tit. 3. q. 8. n. 4. seqq.*

20 imo jure personalia, licet transmissionem ad heredes respuant & non admittant, cessionem tamen & inter vivos alienationem, nisi itidem speciatim etiam hæc prohibeatur, non aversantur, sed admittunt.

vid. l. 17. §. 5. de pact. Schilter *Exerc. ad Pand. 8. th. 16.* B. D. Lauterbach. *ad tit. ff. de hered. vel act. vendita. §. 2. n. 8. 9. 10.*

Zumahlen da hier dem Domino feudi daran wenig gelegen gewesen, ob Fr. von Magwitz selbst, oder deren Cessionariæ des letzt-verstorbenen Vasalli Heinrichs von Bünau Töchter, und deren Curatores, die concedirte und erlaubte Verkauffung des Guts Ramsenthal vorgenommen und zu Wercke gerichtet, indem ihm darin nichts abgangen, und ihm gleich gegolten, wer den erlößten Kauff-Schilling gezogen.

Weil nun 4) das Recht mehr-besagtes Gut 21
zu verkauffen Frauen und Fräulin Klägerinnen partim ex successione aviæ, partim ex cessione amitæ zugestanden, sie aber der Zeit, da der Contract getroffen worden, noch unmündig, und zwar die Aelteste 11 Jahr, die andere 8. und die dritte nur von 1 Jahr gewesen, und keine Vormünder gehabt, die der Wayfen Interesse recht beobachtet hätten, und nicht selbst interessirt gewesen, darzu der Contract, ohn Observirung deren requisitorum und solennium, die in alienatione bonorum immobilium ad minores spectantium sonst von Rechts-wegen erfordert werden, nemlich absque prævia causæ cognitione, & Decreto Magistratus, geschlossen und vollzogen worden, folgt von selbst, daß sothaner Contract müsse null und nichtig seyn, und daher in allwege zu cassiren.

Ex quo constat alienationem rerum immobilium aut mobilium, quæ servando servari possunt, ad minores pertinentium, sine prævia causæ cognitione & Decreto Magistratus, factam ipso jure nullam esse, ita, ut minor rem suam non rite & legitime alienatam una cum fructibus a quocunque possessore vindicare possit.

l. 2. l. 4. l. 10. l. 11. l. 14. l. 16. C. de præd. minor. l. 5. §. 15. ff. de reb. eor. qui sub tut. B. D. Lauterbach. *Disp. de alienat. rer. quæ minor. sunt. th. 38.* Montan. *de tutel. cap. 33. n. 89. seqq.*

der auch nicht einmahl zu Recht beständig erach- 22
tet werden möchte, wann gleich die Fr. von Magwitz an die Fr. und Fräul. Klägerin ihr Recht nicht cediret, sondern selbst an der HHn. Beklagten Herrn Vattern Seel. das Gut Ramsenthal verkaufft hätte, wie gegenseits vorgegeben wird, gestalten doch auch desfalls obige Requisita zu beobachten gewesen wären, weil die Frauen und Fräul. Klägerin nichts destoweniger participiret, an solchem Verkauffungs-Recht wegen des von ihrer Ahnfrauen per successionem auf sie devolvirten Antheils. Nam & bonorum immobilium, quæ minori cum alio pro indiviso communia sunt, distractio sine causæ cognitione & Magistratus Decreto facta inutilis & nulla est.

l. 8. §. 2. ff. de reb. eor. qui sub tut. Montan. *d. c. 33. n. 119.*

Und præjudicirt ihnen 5.) durchaus nicht die 23
beschehene Annehmung des Kauff-Schillings, die Quitirung davor, und Verzeihung aller an das Gut und Kauffschilling gehabter Ansprüche cum renunciatione omnium exceptionum tam in genere quam in specie, ob gleich selbige cum approbatione maritorum & post impetratam veniam ætatis geschehen, anerwogen dieses alles noch erfolgt, ehe sie 25 Jahr alt geworden.

Constat vero quoad alienationem bonorum immobilium similem esse omnium minorum

norum conditionem, ſive veniam ætatis impetraverint, ſive non, non magis enim qui veniam ætatis impetrarunt, quam qui non impetraverunt, bona ſua immobilia ſine Magiſtratus decreto valide alienare queunt.

l. 2. §. 1. in fin, l. 3. C. de his qui ven. æt. impetr. Montan. *de tutel. cap. 33. n. 77. 126.* Simoncell. *de decret. cæterisque ſolennit. in contract. min. l. 3. tit. 7. n. 23. ſeqq.*

24 Deswegen ihnen 6.) eben ſo wenig mit Fug Rechtens opponiret werden mag, die præſcriptio oder tacita ratihabitio ex ſilentio 5. annorum poſt impetratam majorennitatem inducta, weil dieſes quinquennium, ex cujus lapſu & ſilentio colligitur tacita ratihabitio alienationis a minori, qui veniam ætatis impetravit ſine decreto titulo oneroſo factæ, nicht anfangt zu lauffen, poſt impetratam veniam ætatis, ſed demum poſt completos annos 25.

l. ult. C. ſi major fact. alien. fact. ſine decreto rat. habuer. Simoncell. *de decret. & aliis Solenn. in alien. min. lib. 3. tit. 9. n. 11. ſeqq.* Montan. *de tutel. cap. 33. n. 562.*

25 Wann man nun das quinquennium hier alſo computirt, haben die Frauen und Fräulein Klägerin in Anno 1696. da ſie zu agiren angefangen, das Recht den contract ex capite non obſervatarum ſolennitatum in alienatione bonorum immob. minorum neceſſariarum an zu fechten, und zu revociren noch in ſalvo gehabt, zumahlen wann man betrachtet quod, ut quinquennium majori facto currat, requiratur, ut alienationis ſine decreto illegitimæ factæ notitiam habuerit, alioquin a tempore ſcientiæ demum currere incipiat ei hoc tempus

Brunnem. & Barboſ. *in l. fin. C. d. t.* Montan. *de tutel. d. cap. 33. n. 571.* Faber. *lib. 5. tit. 39. d. 2.*

& quidem non ſufficit generalis alienationis notitia, ſed ſcire illam debet cum omnibus qualitatibus

Betſ. *de pact. fam. illuſtr. pag. 300.*

26 Præterea ut alienatio ſine decreto facta quinquennii ſilentio roberetur, ut major factus per integrum quinquennium nihil ſuper tali alienatione conqueſtus fuerit. Omnis enim querela etiam extra judicium coram amicis vel vicinis facta, imo omnis contrariæ voluntatis denunciatio aut declaratio interrumpit quinquennii ſilentium, & impedit ejusdem effectum, tacitam ſcil. ratificationem & alienationis confirmationem

d. l. fin. Trentacinq. *lib. 2. reſol. tit. de minor. reſol. 10. n. 11.* Sand. *de prohib. rer. alien. cap. 1. num. 89.* Simoncell. *d. tr. lib. 3. tit. 9. n. 49.*

27 Desgleichen kan 7.) Frauen und Fräulin Klägerin nichts ſchaden die Confirmatio des Kauffs, ſo per ſubſecutam inveſtituram den vor Lindenfels geſchehen, quia talis confirmatio non convalidat id, quod nullum eſt

Mev. *part. 6. dec. 334. n. 2.*

nec perimit jus tertii

l. 4. C. de emanc. liber. Cothman. *vol. 1. Conſ. 9. n. 118.*

ſed intelligitur facta ſalvo jure tertii

Mev. *part. 1. dec. 6. n. ult.*

Hergegen wird von denen Herrn Beklagten nicht ohn Schein Rechtens allegiret und urgiret, 28
1.) daß Ihre Durchl. aus ſonderer Fürſtl. Gnade in Anſehung des von Bünau geleiſteter treuen Dienſte bwilliget und geſchehen laſſen, daß in des Rudolphs von Bünau Lehn-Brieff, als er mit dem Rittergut Ramſenthal, als mit einem jederzeit geweßten Rechten Mannlehen nach Mannlehens-Recht inveſtirt worden, contra naturam feudi maſculini die Clauſul eingerückt würde, daß dafern er Stallmeiſter Bünau und ſeine erzeugte Söhne, als Mannliche Erben abſterben ſollten, ſo dann deſſen hinterlaſſende Wittib und Tochter das Gut verkauffen, den Kauffſchilling in ihren Nutzen verwenden, und deshalben von niemand beeinträchtiget oder behelliget werden ſollten. Weil nun dieſe Clauſul nicht nur dergeſtalt wieder in der Inveſtitur ſeiner hinterlaſſenen beeden Söhne repetirt worden, daß dafern ſie ohn Männliche Erben abſterben würden, ſo dann ihre hinterlaſſene Mutter und Schweſter aus ehedeſſen ertheilter Bewilligung befugt ſeyn ſollten, das Gut zu verkauffen, den Kauffſchilling in ihren Nutzen zu verwenden, und darin von niemanden behelliget werden ſollen, ſondern auch auf gleiche Weiſe nach des einen Bruders Tode in des andern Lehn-Brieffe denuo alſo exprimirt, ohngeacht derſelbe dazumal ſchon eine Tochter gehabt und ſich Zweiffels ohne bemühet haben wird, daß derſelben auch mit gedacht werden möchte, doch ſolches nicht erlangt, ſondern ihm das Lehen nur wieder verliehen, mit der ehedeſſen ertheilten Bewilligung, daß Falls er mit Todt ohn Männliche Erben abgehen würde, deſſen hinterlaſſene Mutter und Schweſter (nulla filiæ ejus facta mentione) das Gut zu verkauffen und den Kauffſchilling in ihren Nutzen zu wenden befugt ſeyn ſolle, ſo erſcheine nicht unklar, daß dieſe Conceſſion des Juris vendendi Feudum præciſe und allein auf des Primi acquirentis Wittib und Tochter gerichtet, alſo ein Perſonal-Weſen ſey, man möge ſagen, daß ſelbe per Privilegium, oder per Pactum perſonale ad certas perſonas reſtrictum, geſchehen ſey, als welches ſolcher Geſtalt, da die Bewilligung eigentlich nur auf Rudolphs von Bünau des Aeltern Wittib und Töchter beſtändig eingerichtet, in effectu gleich viel iſt. Können demnach ſothanes Rechts des Heinrichs von Bünau Töchter durchaus ſich nicht anmaſſen, um willen ihrer nirgends mit keinem Wort, ſondern allein in prima, ſecunda & tertia inveſtitura ſeiner Mutter und Schweſter immerdar gedacht worden, und mag vor ſie nicht allegiret werden, daß ſub appellatione der Töchter die neptes jemahls mit begriffen zu ſeyn pflegen, erachtet werden,

Nam in feudis id non obtinere oſtendit Struv. *Synt. Jur. Feud. cap. 9. aph. 8.*

so hier insonderheit anzugehen scheinet, da hier der Dominus Feudi, was er bewilliget, per toties iteratam clausulæ repetitionem in iisdem terminis und daß er ein mehrers nicht einwilligen wollen, als daß des Primi acquirentis noch lebende Wittib und Tochter das Jus feudum vendendi haben sollten, si contingeret primum acquirentem & ejusdem filios sine heredibus masculis vivente primi acquirentis vidua & filia decedere, deutlich gnug zu verstehen gegeben, deßwegen er im Fall die Wittib und Töchter des Rudolphs von Bünau vor den Söhnen würden abgestorben seyn, nimmer würde gestattet haben, daß solches einem andern Lehnmann wäre von des letzt-verstorbenen Sohnes Töchtern verkaufft worden, sondern würde es als ein ihm heimgefallenes und apart gewordenes Lehn sonder allen Zweiffel vindicirt und nach seinem Belieben anderwerts wieder ausgegeben haben. Ist nun solches 2.) ein Jus personale in sola primi acquirentis Rudolphi de Bünau vidua & filia radicatum & ad illarum personas restrictum gewesen, so hat Rudolphs von Bünau Wittib, dasselbe auf niemanden per successionem transmittiren oder vererben können, sondern ist vielmehr, weil sie, ehe denn von ihr ein Verkauff des Lehens geschehen, und würcklich erfolgt, gestorben, solch jus seu facultas feudum vendendi eintzig und allein auf die Tochter tanquam liberalitatis Principis sociam erwachsen, gestalten wann der Lehn-Herr gewollt, daß die facultas feudum vendendi auf andere, als die in cl. exprimirte Personen kommen sollen würde er die clausulam wenigest auf des Heinrichs von Bünau Töchter extendirt oder darin der Mutter und Schwester Erben auch gedacht haben. Und dieses, daß das Recht das Gut Ramsenthal zu verkauffen, der Dominus Feudi keiner andern Weibs-Person, als einig seiner ultimo defuncti Vasalli Mutter und Schwester, geständig seyn würde, wann sich der Fall irgends ergeben sollte, daß er ohn Männliche Erben abstürbe, hat 3.) Heinrich von Bünau dem Ansehen nach selbst erkandt und agnoscirt; indem er sich eüserst bemühet, seiner Ehe-Liebsten auf demselben die Versicherung und Lehenherrlichen Con-
29 sens ihrer eingebrachten 2200 fl. halber bey dem Feudi Domino zu wege zu bringen, so er nicht nöthig gehabt, wann er geglaubet, daß seinen Töchtern nicht minder als seiner Mutter und Schwester das Recht das Lehen zu verkauffen, im Fall er ohn Männliche Erben abstürbe, zukommen würde, gestalten sie dißfalls tanquam heredes Patris ihre Mutter auch ohne Consens hätten befriedigen müssen, mit deren Versicherung und Lehenherrlichen Consens Erlangung und resp. Ertheilung es gar schwehr daher gangen, und hat Heinrich von Bünau solchen lang nicht erhalten können, weil der Dominus Feudi wohl consideriret, daß Falls des Heinrichs von Bünau Mutter und Schwester vor ihm verstürben, und er ohn Männliche Erben abgienge, also ihm das Lehen heimfiele, er alsdann zu solcher 2200 fl. Bezahlung aus dem Lehen, ob impertitum consensum, gehalten seyn würde, vi illorum quæ tradit

Stryck. *Disp. de obligat. feudi consensu munit. cap. 4. n. 18. seqq.* Hartm. Pistor. *lib. 2. qu. 48. per tot.* Carpzov. *p. 2. c. 46. d. 11. & p. 2. dec. 176. n. 12. seqq. it. l. 4. R. 67. n. 10.*

Deßwegen er denselben zu ertheilen lang Bedencken getragen, endlich jedoch gleichwohl darein consentirt. So wenig aber 4.) daß des primi acquirentis Wittib und Tochter oder des Heinrichs von Bünau Mutter und Schwester concedirtes Recht das Gut Ramsenthal zu verkauffen und den Kauffschilling in ihren Nutzen zu verwenden, wann gedachter Heinrich von Bünau sollte ohn Männliche Erben absterben hat als ein jus personale per successionem können in heredes transmittiret werden, so weniger hat es von der Fr. von Magwitz, nachdem es durch ihrer Fr. Mutter Todt allein auf sie tanquam sociam liberalitatis Principalis erwachsen ihres Bruders Töchtern cediret werden mögen, vi comm. approbatæ juris regulæ: Quicquid ad heredes non est transmissibile, id nec cessibile est. 30

l. 42. ff. de administr. tut. l. 76. de V. O. Berlich. *p. 1. concl. 65. n. 105.* Lenz *de cess. jur. & act. cap. 19. membr. 2. n. 1. seqq.*

Um willen dann 5.) klagende Frauen und Fräulin weder per successionem ex persona Aviæ, noch per Cessionem Amitæ suæ der Fr. von Magwitz das Recht das Lehen quæst. zu verkauffen, und das Pretium in ihren Nutzen zu verwenden erlangt, dessen Contrarium auch weder der Fr. von Magwitz Ehe-Herrns sub Num. Act. 18. beygelegtes Schreiben, noch der 31
sub Num. Act. 4. producirte Recess zu geben scheinet, sondern allein dieses besagt, daß wann Fr. von Magwitz von des verkauffenden Guts Ramsenthal constituirten pretio werde ihre gebührende Satisfaction, die sie hernach auff 2000 Rthlr. determinirt, überkommen, so dann selbige sich alles weitern Anspruchs begeben, und willig geschehen lassen wolle, daß ihres Bruders Kinder gleichmäßig wegen ihrer Mütterlichen drauf consentirten Forderung von dem erlösenden Pretio befriediget werden, denen sie also in Recessu sub Num. 4. nicht so wohl ipsum jus seu facultatem vendendi feudum qu. als das residuum pretii, so über die 2000 Rthlr. erlößt worden, per transactionem cediret, so sonst citra transactionem istam ihro Fr. von Magwitz ihrem Erachten nach gantz gebühret hätte, massen sie vi dictæ clausula primæ investituræ adjectæ matre defuncta das jus vendendi feudum in solidum ihro vindicirt, auch Krafft dessen das Gut dem Hrn. Jobst Bernhard von Lindenfels würcklich verkaufft, ihn dem Lehen-Herrn als einen Käuffer und künfftigen Vasallen præsentirt,

das

das Pretium determiniret, davon 2000 Rthlr. nebenſt dem angedungenen Leykauff a 100 Rthlr. erhoben, das übrige aber nach dem Vergleich die Klägerin erheben laſſen, alſo ſie Fr. von Magwitz und nicht Klägerin den Contract völlig geſchloſſen; So haben ſolchem nach klagende Frauen und Fräulin keine Urſach den zwiſchen beſagten Fr. von Magwitz und Hrn. Jobſt Bernhard von Lindenfels getroffenen Kauff ex capite non obſervatarum ſolennitatum in alienatione rerum minoris alias requiſitarum anzufechten und gar zu annulliren, ſub ſpecie ac ſi illa venditio illegaliter ſine prævia cauſæ cognitione ac decreto facta eſſet, cum negotium illud proprie ad minores non pertinuerit, hinc exceptio non competentis actionis iis indubie obſtet

l. ult. C. de R. V. l. 4. §. fin. ff. ſi ſerv. vindic. l. 2. ff. ſi pars hered. pet.

32 Welche Exceptio 6.) Klägerinen ſo mehr ſcheinet entgegen zu ſtehen, als weniger behauptet werden mag, daß das Lehen qu. vel directi vel utilis, vel veri vel ficti ſive quaſi dominii jure ihnen zugehöret, und ſie weiter nichts als irgends das jus hypothecæ wegen ihrer Fr. Mutter eingebrachten 2200 fl. ſo darauf verſichert geweſen, gehabt.

Res autem minorum, in quarum alienatione dicta ſolennia ſunt obſervanda, ſi illa ſubſiſtere debeat, dicuntur illæ, quæ ad eos pertinent jure dominii, & quidem vel directi vel utilis

l. 13. C. de prædiis minor.

vel veri vel ficti ſive quaſi dominii

arg. l. 5. §. 2. ff. de reb. eor. qui ſub tut.

33 jus pignoris ſi minor in re ſaltem habeat, illius eſſe non dicitur.

l. 35. §. 1. ff. de pignor. act. l. 9. C. eod.

Unde etiam citra prædicta ſolennia jure a tutoribus vel curatoribus diſtrahitur, venditur enim hic prædium non minoris, ſed ejus debitoris, qui pignori minori ſuppoſuit, niſi minor jamjam jus dominii impetraverit.

l. 5. §. 3. ff. de reb. eor. qui ſub tut. B. D. Lauterbach. *Diſp. de alienat. rerum, quæ minor. ſiunt. th. 39.*

34 Und wann man 7.) gleich ſetzte und zugebe, daß klagende Frauen und Fräulin Succeſſionis jure ab avia, vel ceſſionis titulo ab amita das jus vendendi feudum qu. erlangt, ſo ſcheinet doch die unterlaſſene Beobachtung der ſolennium, die ſonſt in alienatione bonorum immobilium minorum ad illius ſubſiſtentiam erfordert werden, hier der Urſach kein Nachtheil zu bringen, noch zu cauſiren, daß die alienation ipſo jure null und nichtig erachtet oder annullirt werden möge, weil dieſe alienatio ex pacto Domini feudi cum patre ac avo inito nothwendig geſchehen müſſen, und die Minorennes als fœmini das Feudum, ſo als ein rechtes Mannlehen nach Mannlehens Recht und Gewonheit ihrem Vatter gegeben worden, nicht behalten können, ſondern ſelbiges nothwendig alieniren müſſen,

Solennitates autem & requiſita iſta omitti poſſunt, valetque ſine iis facta alienatio, ſi Pater vel alius teſtator, cui minor ſucceſſit, alienationem permiſit, aut ſi fit alienatio ex pacto a Patre adjecto, & ſic ex neceſſitate præcedentis obligationis, vel ex diſpoſitione juris, ex cauſa rei judicatæ, vel alia ſimili ex cauſa eſt neceſſaria.

l. 1. §. 2. l. 3. §. 1. 2. 3. l. 5. §. 4. 6. 7. ff. de reb. eor. qui ſub tut. B. D. Lauterb. *Diſput. de alienat. rer. quæ min. ſunt. th. 45.* Montan. *de tutel. cap. 33. n. 427. ſeqq. 434. 447. 449.*

8.) So iſt ex jure bekandt, quod ſi Prin- 35
ceps ſpeciali Reſcripto alienationem bonorum immobilium ad minores ſpectantium permiſerit vel illi conſenſerit ulterior ſolennitas non requiratur.

l. 2. C. quando decret. non eſt opus.

Principis enim authoritas omnes ſuperat ſolennitates

l. 19. C. de teſtam.

& ejus ſpecialis conceſſio vim decreti habet, modo ſervetur forma ſi quæ conceſſioni fuerit inſerta.

Perez. *ad tit. Cod. quand. decret. non eſt opus. n. 4.*

Nun haben Ihro Durchl. beſage Num. Act. 20. gnädigſte Erlaubniß gegeben, mit dem in Unterthänigkeit benahmten Käuffer des Guts Ramſenthal Jobſt Bernhard von Lindenfels den vorhabenden notificirten Kauff zu vollziehen, wann er præſtanda præſtiren wolle, und verlangt den verglichenen Kauff-Brieff zu ſeiner Hochfürſtl. Durchl. gnädigſten Ratification einzuſchicken, ſo vermuthlich auch geſchehen, und der Contract alſo von Ihro Durchl. gnädigſt confirmirt ſeyn wird, weil die Inveſtitur darauf erfolget iſt, derowegen derſelbe ſo weniger ob omiſſa ſolennia zu caſſiren, und zu annulliren. Zumahlen vermeynen Beklagte, daß ſolches hier 9.) ſo eher ſtatt finde, weilen 36
der Klägerinnen Ratihabition ſothanen Verkauffs, und ausdrückliche Renunciation aller an das Gut qu. gehabten Anſprüche verhanden iſt, und in medio ligt, wie aus den ſub Num. Act. 11. & 12. producirten Quitungen de anno 1690 deutlich erſcheinet, daher wann gleich der actus ab initio wäre invalidus geweſen, ſo wäre er doch durch die Ratihabition convalidiret.

Ratihabitio enim retrotrahitur ad tempus actus geſti, & confirmat negotium ante imperfecte geſtum, ac ſi ab initio & primo ſtatim tempore firmum ac perfectum fuiſſet.

l. 2. C. ſi maj. fact. alien. ratihab. l. 16. §. 1. de pignor. l. fin. C. ad SCt. Maced. l. 56. de jud. Carpzov. *lib. 5. R. 76. n. 19.* Gail. *1. Obſ. 47.* Trentacinq. *lib. 2. tit. de Procurat. reſol. 9.*

ita, ut ratificans pœnitere & quod semel ratificavit amplius improbare nequeat

l. 9. ff. de negot. gest. c. quod semel. 21. de reg. jur. Surd. *Cons. 18. num. 2. & decis. 132. num. 4.*

Per ratificationem siquidem non tantum ei qui negotium invalidum ratihabuit, sed & illi, qui cum eo contraxit, jus acquiritur. Sicut autem jus alteri quæsitum invito auferri nequit

l. 11. de reg. jur. arg. l. 8. ff. de aq. & aq. pluv. arcend. l. 10. §. fin. ff. de bonor. poss.

ita in alterius injuriam id, quod semel approbatum, improbari licitum non est.

37 Welche Ratihabition 10.) so mehr zu attendiren zu seyn scheinet, weil die beede Frauen Klägerinnen bereits Anno 1689. also vor interponirter Ratihabition, veniam ætatis erlangt, folglich post impetratam veniam ætatis den geschlossenen Contract genehm gehalten und approbirt, deßwegen selbige desto stärcker zu operiren scheinet, argumento

tot. tit. C. si major fact. alienat. ratih.

38 Zu dem allen noch 11.) die tacita Ratihabitio kommet, quæ ex quinquennali silentio post adeptam majorennitatem inducitur, quæ itidem alioquin illegitimè factam alienationem ex postfacto convalidat

l. ult. C. si maj. fact. alien. ratihab. Carpzov. *lib. 5. Resp. 76.* Brunneman. *ad d. l. fin.* Trentacinq. *lib. 2. var. resol. tit. de minor. resol. 10. n. 3.*

39 Und 12.) der Lapsus quadriennii ad petendam restitutionem in integrum præfixi, post cujus lapsum illa haud amplius concedenda.

l. ult. C. de tempor. in integr. restit.

Wann wir nun beeder Theile Rationes und Fundamenta gegen einander halten und erwegen, finden wir unsers Orts, daß die Rationes der Frauen und Fräulin Klägerin præponderiren den Rationibus der Herren Beklagten, denn vors erste halten wir vor gantz richtig, daß obgleich das pactum primæ investituræ adjectum, quo primi acquirentis viduæ & filiæ concessa facultas vendendi feudum qu. personale sey, doch das jus exinde quæsitum sowohl inter vivos cedirt, als per successionem testamentariam & legitimam in heredes transmittirt werden können, per jura à nobis allegata bey der ersten und andern für Frau und Fräulein Klägerin angeführten Ration, und demnach das durch den Todt des Heinrichs von Bünau ohn hinterlassene Männliche Erben seiner Frau Mutter und Schwester vi dicti Pacti angefallene und von dem Domino feudi ihnen eingestandene Recht das Lehen das qu. Ramsenthal zu ihrem Nutzen und Vortheil zu verkauffen, tam ex successione Aviæ, quàm ex cessione Amitæ, Klägerinne rechtmäßig erlangt; Quo posito, folgt nothwendig 2.) daß weil sie zur Zeit des verkaufften Guts Ramsenthal indubitatò noch unmündig gewesen, und keine Obrigkeitlich verordnete Vormünder gehabt, die uninteressirt gewesen, und der Unmündigen Nutzen und Vortheil recht ernstlich gesucht und beobachtet haben, folglich der Contract nicht nur allein ohn Authorität rechtmäßig verordneter und ohninteressirter Vormunder, sondern auch ohn Beobachtung der übrigen sonst erforderter solennium in alienatione rerum immobilium ad minores quoquo modo spectantium zu gantz scheinbahrer Læsion der Minderjährigen getroffen und geschlossen worden, derselbig ipso jure null und nichtig, dahero in allewege zu cassiren sey. Und mag darwider weder expressa noch tacita ratihabitio angezogen werden, nicht jene, weil sie von der Frau von Arnimb im 24sten Jahr ihres Alters, von der Frau von Waldenroth im 20sten Jahr ihres Alters, und also von beeden indubitatò ante impletos annos 25. ætatis, licet post impetratam veniam ætatis, geschehen, die deßwegen nichts operiren kan, noch diese, weil das quinquennium, ex cujus lapsu, cum jugi silentio conjuncto, dieselbe induciret wird, post impletos annos 25. tempore mo- 40
tæ litis noch nicht verflossen gewesen, zu geschweigen, daß das Quinquennium zwar ratione cursûs continuum, ratione initii aber utile ist, à die scientiæ modo currere incipiens.

d. l. fin. C. si major fact. alien. ratih. ibi Brunneman. Simoncell. *d. tr. de decret. aliisque solenn. lib. 3. tit. 9. num. 11.*

Darzu erfordert wird, ut nulla nec extrajudicialis querela coram amicis & cognatis facta intra quinquennium istud post impletos 25. annos audita sit, dergleichen hier geschehen zu seyn nicht erwiesen ist. Wollten deßwegen einrathen, daß, weil beede streitende Partheyen so nahe Bluts-Freunde seyn, vor allen Dingen forderist tentiret würde, ob die Sache durch gütlichen Verglich möchte gehoben, und Herren Rr. bewogen werden können, Klägerinnen noch 1000. Gulden oder Thaler auff den Kauff nachzuzahlen, wann aber die Güte 41
durchaus nicht verfangen wolte, wäre unsers Ermessens nachstehende Urtheil, als die wir den rechten Gemäß zu seyn erachten, salvo quovis meliori judicio, zu publiciren.

Urthel.

Urthel.

IN Sachen Rechtens sich haltend zwischen Frau Maria Sophia von Arnimb, Frau Margaretha Maria von Waldenroth, und Fräulin Elisabetha Maria, Geschwistrigten von Bünau, cum Curat. Klägerinnen Eines; Entgegen und wider Herrn Johann Achatz von Lindenfelß auf Thumsenreüth, dann Jobst Bernhard von Lindenfelß auf Eckersreüth, Schönwald und Redwitz, Beklagten andern Theils, erkennen wir verordnete Marggräfflich Brandenburgische Hof-Richter und Räthe, auf geführte Klag, Antwort, und all ander Gerichtlich Fürbringen, nach gethanem Recht-Satze, uff eingeholten Rath auswärtiger ohnpartheyischen Rechts-Gelehrten mit Urtheil zu Recht, daß der mit Herren Beklagten Herrn Vattern seel. getroffene Verkauff befindenden Umbständen nach zu cassiren und aufzuheben, inmassen wir ihne hiemit cassiren und aufheben, folglich dem Besitzer das Gut Ramsenthal gegen Wiedererstattung des dafür bezahlten Kauff-Schillings der 6000. fl. und Leykauffs à 100. Rthlr. cum omni causa abzutretten condemniren, die Unkosten aber aus Bewegniß gegen einander compensiren und vergleichen.

Welches wir ꝛc. Actum in Collegio nostro d. 29. Sept. Anno 1699.

CONSILIUM LXXXVIII.

In

Puncto oppignoratarum collectarum Imperialium à civitate Imperatori olim pro immediata subjectione solvi consuetarum, num in aureis vel florenis usualibus solvendæ, num venditæ cum pacto retrovendendi, an saltem oppignoratæ? ubi notanda quædam de Aureis Rhenanis, valore Marcarum &c. singularia.

SUMMARIA.

1. *seqq. Brevis facti recensio præmissa.*
4. *De differentiis contractus mutui fœnoratitii & emptionis annuorum reddituum remissive.*
5. *Contractus Pignoris qualisnam contractus?*
6. *Quid pactum Antichreseos?*
7. *In instrumento, in quo dicitur: Cæsarem pro certâ summâ debita creditoribus collectas quarundam civitatum Imper. concessisse*, habe sie zu rechtem Unter-Pfand und würcklichem Genuß übergeben, *Collectæ illæ non venditæ, sed oppignoratæ tantum videntur.*
8. *Talis intelligitur contractus, qualem figura literarum ac forma ostendit, nec aliud actum censetur, quam scripturâ est expressum.*
9. *Sæpius repetita contractus pignoratitii appellatio enixam voluntatem oppignorandi indicat.*
10. *Ubi in instrumento vox* Widerlösen *reperitur usurpata à contrahentibus, in dubio contractus pignoris præsumitur initus.*
11. *Quando in instrumento verba Pignorationis*, Pfand-Schilling *vel* Verpfändung *& Pacti de retrovendendo* Wiederkauffs *promiscuè usurpata reperiantur, & dubium sit, qualis contractus fuerit celebratus, tum videndum esse an verba Pignorationis, an verò emptionis venditionis pluries sint repetita, ac pro eo, quod pluries nominatum, esse præsumendum.*
12. *De varietate valoris Marcarum argenti in Germaniâ ratione temporis & locorum remissivè.*
13. *De Marca argenti Constantiensi, quid valuerit circa tempus Caroli IV. Imperatoris.*
14. *Variante valore pecuniæ, & mutatâ bonitate monetæ intrinsecâ vel extrinsecâ, ratione reluitionis vel resignationis sortis, ac solutionis usurarum respiciendum reg. ad tempus initi contractûs.*
15. *Hæc sententia pluribus stabilitur auctoritatibus.*
16. *Communis Dd. sententia, quod, ubi in instrumento aliquo obligationis simpliciter mentio facta fuerit* der Gulden, *sive* der Rheinischen Gulden, *non intelligendi sint aurei Rhenani in specie*, Rheinische Gold-Gulden *in specie, sed floreni communes*

munes & usuales, aut pecuniæ summæ horum pretio æqualis.

17. *Cur, licet olim florenus Rhenanus certa monetæ species, ex auro Rhenensi cusa, fuerit, hodie tamen certa & usu determinata summa solidorum, grossorum vel bacorum nomine floreni Rhenensis veniat?*

18. & 19. *Sententia, verba:* Gulden, *vel* Rheinische Gulden, *simpliciter molata de florenis usualibus,* von Gulden in Müntze, nicht in Golde, *accipienda esse, porro confirmatur.*

20. *In dubio semper illa capienda interpretatio, qua minor contingit læsio, semperque id, quod minimum est, sequendum.*

21. *Magis respici solet ad pecuniæ valorem & æstimationem, quam ad ipsum corpus.*

22. *Etiam si debitor promiserit* gute gänge Rheinische Gulden, *liberatur tamen solvendo florenos usuales.*

23. *Secus si in Instrumento nominatim mentio facta* der voll- *sive* wohlwichtigen Rheinischen Gulden, gut von Golde, und schwer von Gewicht, *sive* Rheinischer Gulden in Golde, *tunc enim solutio fieri debet omnino florenis Rhenanis in auro.*

24. *Usurariæ, pravitatis reus non est, qui stipulatus est usuras illicitas, etsi Instrumentum obligationis retineat, & producat, modo eas non actu exegerit & acceperit.*

25. *Quænam usuræ legitimæ & licitæ, quænam illegitimæ & illicitæ?*

26. *Differentia Juris Romani & Recessuum Imp. in determinatione quantitatis usurarum legitimæ.*

27. *Constitutiones Imp. etiam de legitimo modo annuorum redituum tantum loquentes tamen ad quantitatem quoque usurarum legitimam definiendam pertinent, quam & ab antiquo usus Imperii determinavit.*

28. *Si quis in fraudem Legis graviores quincuncibus usuras stipulatus fuerit, stipulatio quoad excessum ipso jure nulla est.*

29. *Si verò jam ex solutæ, id, quod ultra legitimum modum solutum, repetitur per condictionem indebiti, vel in sortem imputatur, & creditor incidit in pœnam usurariæ pravitatis.*

30. *De jure tertii excipiens non est audiendus.*

31. *Quædam hujus Regulæ limitationes adducuntur.*

32. *seq. De extinctione usurarum per solutionem factam, etiam particulariter, ultra alterum tantum*

33. *seqq. Annui reditus, modo legitimam contineant quantitatem, alterum tantum omnino excedere possunt, secus ac in usuris, & rationes differentiæ adduntur.*

37. *Hodie plerisque in locis etiam usuræ particulariter singulis annis solutæ ex usu Fori & Praxi receptâ, ultra alterum tantum currere & exigi possunt, hoc ipsis non obstante.*

38. *Pactum antichreticum simpliciter de jure prohibitum vel usurarium non est.*

39. *In Pacto antichretico, si fructus sunt incerti, legitimus usurarum modus non adeò exactè observandus, nec ob modicum ejus excessum hoc pactum mox vitiatur.*

40. *Ratio.*

41. *An hoc etiam obtineat in fructibus naturalibus?*

42. *Immodicus tamen excessus sorti imputandus.*

43. & 44. *Quid si fructus certi sint & uniformes, certamque & uniformem habeant præstationem? & quinam tales? an etiam Collectæ Civitatum Imperialium olim Imperatori solvi solitarum?*

45. *Id, quod ultra legitimam usurarum quantitatem à creditore perceptum, si aliqua pars sortis solvenda restet, ab hâc detrahi, in eamque imputari, si nihil sortis supersit, condictione indebiti, repeti potest.*

46. *De Asylo debitorum, in Art. VIII. §.* De indaganda. *& Rec. Imp. Novissimo fundato, remissivè.*

47. *De tentamine quodam liberandi Civitatem aliquam ab Imp. onere solvendarum collectarum Imperialium, tertio cuidam oppignoratarum.*

DEmnach uns Decano und andern Doctoribus der Juristen-Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Würtembergischen Universitæt Tübingen ein Extractus derer zwischen denen von B. und F. Herrn Klägern Eines, entgegen und wider die Stadt D. Beklagten andern Theils, in puncto der ruckständig- und künfftig fallender Stadt-Steuer, Schrifftlicher Handlungen, ohnlängst zugesandt worden, um darüb und insonderheit über die daraus gezogene uns proponirte acht Fragen unser Rechtliches Gutachten zu erstatten; So haben wir nicht ermangelt, so bald es deren eingefallenen Verhinderungen und anderer hochwichtigen Ambts-Geschäffte halber seyn können, solchen Extract und Beylagen mit gebührendem Fleiß und Sorgfalt zu durchgehen, und alles darinn enthaltene reifflich zu erwegen, da wir dann forderist beobachtet, daß in facto præmittiret, es habe weyland der Aller-Durchlauchtigste Kayser Carolus Quartus Glorwürdigsten Angedenckens denen Edlen Walthern von Stofflen und Conraden von Homburg Seel. wegen

1 vorge-

vorgelehnten 800. Marckt Silbers Constantzer Gewicht vor mehr als 300. Jahren die Reichs-Steur bey denen Städten D. und W. zum Unterpfand und wircklichen Genuß übergeben, welche Steur nachgehends auf die von B und F. erwachsen, auch von jetzo Regierender Kayserlichen Majestät ihnen de novo allergnädigst confirmirt worden. Nun habe man aber von Seiten der Stadt D. solche Steuren seit An. 1626. unbezahlt anstehen lassen, und die Hoff-
2 nung gehabt, es würden die von B. und F. in Ansehung, daß das Capital mehr denn 15. mal genossen worden, und in vorigen Seculis und Jahren das Heil. Röm. Reich; mithin erwehnte Stadt D. in einem weit bessern Stande gewesen, und man keine andere oder doch gar geringe und leidentliche Onera publica zu tragen und zu entrichten gehabt, da man dergleichen Steur dabey gar leichtlich Seiner Röm. Kayserlichen Majestät zu allerunterthänigsten Ehren habe abstatten können; Nachdem aber der vorige 30. jährige Krieg angegangen, so lang gewähret, und dadurch die Stadt D. in das äusserste Verderben gesetzt worden, indem alles notorie unter und über gegangen, und durch die stete Contributiones, Plünderungen, Guarnisonen, Winter- und Sommer-Quartier leider alles auf das Marck und Bein ausgesogen und verderbet worden, haben sothane Reichs-Steuren weiters nicht können gegeben werden neben andern Oneribus und Præstationibus publicis, so sie mit andern Ständen des Reichs Kayserl. Majestät und dem Reiche oder Crayse zu entrichten und zu thun gehabt, und weil solches Reichs-kündig, habe die Stadt D. gehoffet, es würden die von B. und F. in Consideration dessen und daß die bezahlte Zinsen schon so offt sortem adæquirt, und das Capital bereits mehr dann 15. mal bezahlet, acquiesciren, und an die Stadt D. keine Forde-
3 rung weiter machen. Dessen jedoch ohnerachtet haben sie wider die Stadt D. derentwegen vor Verfliessung etlicher Jahren Processus ausgewircket, und bis dato die Sach in Schrifften ausgeführet, daraus der übersandte Extractus gezogen, in welchem die vornehmste Argumenta utriusque partis berühret, und ist die Haupt-Sach in acht Fragen gefaßt, worüber unser Rechts-begründetes Gutachten großg. verlangt worden. Dieses nun zu Bezeugung schuldigster Dienstwillfährigkeit und Beförderung der lieben Justiz zu ertheilen, haben wir in dieser Sache halber gepflogener Collegialischen Deliberation uns einmüthig dahin verglichen, wie bey einer jeden Frage absonderlich folget.

Die

Erste Frage

ist:

Ob diese der 800. Marck Silbers fürgegangene Handlung pro contractu emptionis & venditionis, oder aber pro contractu pignoratio zu halten?

Da wir allerforderist hätten wünschen mögen, daß das Instrumentum so über die zwischen dem Allerdurchlauchtigsten Kayser Carolo IV. Glorwürdigsten Angedenckens und Waltherrn von Stoffeln, desgleichen Conrad von Homburg getroffene Handlung aufgerichtet, wäre producirt worden und zum Vorschein kommen, so hätte man besser und eigentlicher de genere initi contractus judiciren können wir colligiren aber aus deme, daß sel- 4
biges nicht geschehen, allerdings, daß solches Instrumentum entweder nicht mehr müsse vorhanden seyn, oder aber etwas den klagenden Theil præjudicirliches begreiffen, denn wann was darinn zu sonderbahren Faveur der HHn. Klägere enthalten, würden sie es wohl producirt haben, dafern sie es noch in Händen hätten. Belangend aber die proponirte Erste Frage an sich, so halten wir beständig dafür, daß nicht nur ein einfaches, sondern ein zweyfaches oder gedopp ltes Negotium celebrirt worden sey, deren das eine pro principali, das andere pro accessorio angesehen und æstimiret werden kan. Das Principal Negotium ist, da Ihro Kayserlichen Majestät die von Stoffeln und von Homburg 800. Marck Silbers vorgeliehen und vorgestreckt auf jährliches Interesse oder Reichsübliche Zinsen, oder aber Ihro Kayserl. Majest. gedachten von Stoffeln und Homburg gegen Empfahung der 800. Marck eine jährliche Gült verkaufft, denn ob der Principal-Contract ein simplex mutuum cum promissione ex pecunia mutuo data solvendarum usurarum, oder eine Emptio venditio annui reditus gewesen,

Inter quos duos contractus quæ intercedant differentiæ, paucis exposuit

Paul. Busius *de ann. redit. lib. 1. c. 2. n. 2.*
Joh. Otto Tabor. *de Præsid. debitor. infelic.* & imprimis *de except. alterius tanti usur. part. 3. art. 5. n. 5.* Rhoding *& ibid. annot. in Pandect. Camer. l. 1. tit. 12. n. 48. lit. SS.* prolixius vero integra peculiari *Disput. de differentiis negotii annuorum reddituum & usurarum mutui fœneratitii* B. Dn. D. Fromman. Collega desideratiss.

können wir nicht wissen, noch irgends woher ohnfehlbar determiniren oder diviniren, einer aber von beeden muß celebrirt, und daraus ein debitum vel creditum contrahiret worden seyn, in cujus securitatem das andere negotium accessorium angehänget, so da ist der Contractus pignoratitius, mittelst dessen zu Versicherung der vorgeliehenen 800. Marck Silbers, oder der verkaufften jährlichen Gült die Reichs-Steuren der Stadt D. und W. den Creditoribus verpfändet und verschrieben, cum Pacto Antichreseos, indem ihnen die Macht und Freyheit die verschriebene Reichs-Steuren der beeden Städte loco solvendarum usurarum, aut præstandarum annuarum pensionum zu genieſſen, eingeraumt ist.

Est enim Contractus pignoratitius ex sua 5
natura contractus nominatus realis & accessorius,

sorius, quo res corporalis vel incorporalis in securitatem debiti traditur, ut eadem, soluto pignoris vinculo, in specie restituatur

§. 4. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. l. 1. §. 6. ff. de obligat. & act.

Præsupponit ergo debitum aliquod alio præcedente contractu constitutum, in cujus securitatem pignus accedat, & res oppignorata vere vel quasi tradatur, quod debitum cujus sit generis, quoad hujus contractus validitatem parum refert, sive nimirum sit præsens, sive futurum, simplex sive mixtum, civile tantum sive naturale tantum.

arg. l. 11. §. 2. ff. de pignorat. act.

Secus quoad constitutionem juris in re, per

l. 5. pr. & §. ult. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. Bachov. *de Pign. l. 5. c. 6. n. 2.*

6 Etsi creditori jus re oppignorata utendi fruendi, in vicem usurarum vel pro usura æris alieni, concedatur, pactum antichreseos adjectum intelligitur.

l. 14. l. 17. C. de usur, l. 8. ff. in quib. reb. pign. tac. contrah. Joh. Otto Tabor. *de alter. tant. part. 3. art. 12.*

Daß aber die Steuren der Städte D. und W. denen von Stoffeln und Homburg nicht verkaufft, sondern nur zu mehrer Sicherheit der entweder per initum contractum mutui vorgeliehenen und also suo tempore wieder in eodem genere restituirenden 800. Marck Silbers, oder deren mit solchen 800. Marck Silber, mediante contractu emtionis venditionis annuorum redituum, als mit dem convento pretio erkaufften jährlichen Gülte verpfändet und verschrieben seyn, folglich die Hebung der Reichs-Steuren der Städte D. und W. an

7 die von Stoffeln und Homburg, und von diesen an die von B. und F. ex nullo alio, quam ex contractu pignoratio, Pactum antichreseos adjunctum habente, gekommen, erbricht sich gantz klar aus jetzo Regierender Kayserl. Majestät allergnädigsten Confirmation, und darinn verbotenùs enthaltener Confirmation von weyland Kayser FRIDERICO III. geschehen in An. 1442. Denn erstlich melden itzo Regierende Kayserliche Majest. ausdrücklich: wie daß Ihro die Edle ihre und des Reichs liebe Getreue von F. und von B. in Unterthänigkeit supplicirend zu vernehmen gegeben, was gestalten ihr Vorfahrer am Reich weyl. Kayser Carl der IVte Glorwürdigsten Angedenckens Waltherrn von Stoffeln und Conraden von Homburg 800. Marck löthiges Silbers, Constantzer Gewicht schuldig worden, und ihnen dafür erstlich die Reichs-Steuren zu Constantz und Uberlingen, dann letzlichen an statt deroselben die Reichs-Steuren der Städte D. und W. bis auf Widerlegung NB. **zu rechtem Unterpfand und wircklichem Genuß übergeben** &c.

Ex quibus verbis satis aperte & clare constat non per venditionem, sed duntaxat oppignorationis titulo à Cæsarea Majestate collectas duarum illarum Civitatum Imperialium Nobilibus de Stofflen & de Homburg concessas fuisse, diserte enim dicitur, daß für die Schuld der 800. Marck Silbers die Reichs-Steuren der Städte D. und W. bis auf Wiederlegung zum rechten Unterpfand gegeben worden, quæ verba utique non venditionem collectarum, sed pignus tantum important in iisdem constitutum.

Socin. *vol. 1. Cons. 15. n. 36. 38.*

Talis enim intelligitur esse contractus, 8
qualem figura literarum ostendit.

Bald. *in c. 1. F. 27. n. 1. 2. per l. 18. C. de probat. l. 3. C. plus valere quod agitur.*

Nam contrahentes censentur eum inire contractum, quem nominant, talisque intelligitur contractus, qualis in sua forma appareret.

Tiraquell. *de retract. lign. §. 30. gl. 1. n. 7. & de retract. convent. n. 123.*

Nec aliud intelligitur actum, quam scriptura est expressum

l. ult. C. de fals. caus. adj. ubi Bald. & Salicet.

ac cum verba contractus sint clara, non est quærenda alia declaratio, sed sumenda aut retinenda ea species contractus, quam verba monstrant.

Socin. *vol. 1. Cons. 19. n. 7. per l. 25. §. 1. de leg. 3. l. 69. pr. eod. cum similibus.*

Vor das ander wird es von Ihro Kayserlichen 9
Majestät zum vierdten mal ausdrücklich eine Pfandschafft und Pfandschaffts-Brief genennet.

Ex qua toties repetita contractus pignoratitii appellatione satis apparet enixa contrahentium voluntas, quod nempe illa non alia fuerit, quam pro mutuo datis 800. marcis argenti collectas Imperiales duarum illarum Civitatum D. & W. pignoris jure obligare, ita, ut creditores vice usurarum easdem collectas percipiant, donec pecunia illa mutuò data fuerit restituta, vel pro annuis reditibus 800. marcis argenti emptis easdem collectas pignori supponere cum jure percipiendi collectas oppignoratas in vicem annuarum pensionum emptori quotannis præstandarum. Et quod utriusque partis contrahentis Successores omni tempore agnoverint, collectas Imperiales dictarum civitatum D. & W. non venditas, etiam cum pacto retrovenditionis, sed, vel pro emptis annuis reditibus, vel pro mutuo dato, tantum oppignoratas fuisse, quia & confirmationem humillime petentes & eam clementissime concedentes celebratum negotium Oppignorationem vocarunt, quorum confessioni ergo merito standum, nec alia quærenda interpretatio, ubi verba clara sunt & aperta.

Und das bezeuget 3. ebenmäßig Kayserl. FRIDFRICI III. An. 1442. beschehene allergnädigste verbotenus jener inserirte Confirmation, in welcher gleicher gestalt expressis verbis gedacht wird, daß von Seinen Vorfahrern den Römischen Kaysern und Königen Burckardten von Homburg, Rittern, seinen Forderen und

Erben

Erben die jährliche Stadt-Steuren der beeden des Heil. Reichs Städten W. und D. um eine genandte Summa Gelds, nemlich 800. Marck Silbers NB. verschrieben und verpfändet seyn, die ihme dann von dem Allerdurchlauchtigsten Fürsten Kayser Sigmund, da Er in Königlicher Würdigkeit war, und darnach König Albrecht seel. Gedächtniß verpfändet, bestättiget und confirmiret seyn ꝛc.

Quæ verba rursus sunt clarissima, apertissimeque innuunt, steuras seu collectas harum Civitatum Imp. D. & W. minime, nec cum pacto de retrovendendo, venditas, sed pignoris jure tantùm obligatas cum adjecto pacto antichreseos, ut in vicem usurarum vel pensionum cedant, & quidem oppignoratas easdem esse pro mutuo datâ summâ pecuniæ, 800. scil. marcis argenti, vel hac summâ emptis annuis reditibus, quod magis confirmant
10 verba sequentia: Dieselbe Steuren die von Homburg vor langen Jahren und bishero inngehabt und besessen hant und besitzen, doch bis auf unser und unserer Nachkommen am Reiche Wiederlösung. Nam verbum Wiederlösung pignori proprie convenit, proinde si in Instrumento vox luere wiederlösen reperiatur usurpata à contrahentibus, contractus pignoris initus præsumitur in dubio, ubi de mente eorum non constat, quanto magis ergo idem infert & confirmat, ubi ex aliis verbis ipsorum aperte de voluntate illorum constat, quod contractum pignoratitium celebrare voluerint.

post Henning. Goeden. *Cons. 109. n. 17. seq.*
Matth. Coler. *vol. 1. Cons. 29. n. 69.*
Berlich. *p. 2. concl. 1. n. 51.*

So wird nicht weniger von dem Kayser Friderico III. in seiner Confirmation das darüber aufgerichtete Instrument zum zweytenmal ein Pfandschafft-Brief genennet, hergegen wird nirgends jemals eines Verkauffs oder Wiederkauffs gedacht.

11 Dicunt autem Dd. quod si in Obligationis Instrumento verba Pignorationis, Pfand-Schilling oder Verpfändung, & Pacti de retrovendendo Wiederkauff promiscue usurpata reperiantur, & ex mente ac intentione contrahentium, vel ex aliis circumstantiis haud appareat, qualem contractum partes celebrare voluerint, tunc recurrendum sit ad multoties factas repetitiones verborum, ut si in contractu pluries repetatur verborum Pignorationis, quam emptionis venditionis, contractus pignoratitius initus censeri debeat, quia geminatio vel pluries facta repetitio denotat firmitatem propositi, voluntatis & consensus.

l. 21. ff. de probat. l. 21. Auth. si qua mulier. C. ad SCt. Vellej. post alios Berlich. *p. 2. concl. 1. n. 9.*

Si hoc ita est, quando promiscue verba Verpfändung und Wiederkauf usurpata sunt in Instrumento, quanto magis obtinebit idem ubi verbum pignorationis toties repetitum, alterum autem verbum nunquam adhibitum aut usurpatum est.

Und haben wir demnach fast keinen Zweiffel, daß sich die Sach angezeigter massen verhalte.

Die andere Quæstion:

Ob nicht aus denen angezogenen Authoribus sattsam erwisen und beygebracht, daß zu Zeit dieses Contracts die Marck Silbers nur drey Gulden gegolten?

belangend, so ist ausser allem Zweiffel ge- 12
setzt, daß die Æstimation der Marck Silber in Teutschland nicht durchgehends und allezeit gleich gewesen, sondern secundum temporum intervalla und pro locorum ac specierum monetalium varietate variiret habe, wie solches ad oculum zeiget

Tileman. Friesen *in seinem Müntz-Spiegel lib. 1. cap. 14. lib. 3. per tot. l. 4. c. 6. 7. 8. 9. 10. 11.* add. Jac. Allemann. *Palæstra Consultat. Consult. 8. quæst. princip. 1. Partit. XII. de libra vel marca argenti.* ubi primo ostendit hæc vocabula in usu indifferenti esse, & deinde subjungit, qualis sit differentia inter Marcam argenti Trosicam & Coloniensem, cujus passim fit mentio in KayserS FERDINANDI Müntz-Ordnung zu Augspurg de An. 1559. *§. 2. seqq.* & R. I. Aug. de An. 1566. *§. Demnach haben wir &c. 151.* ibi: setzen, ordnen und wollen, daß berührte Thaler gantz, halb, und Oerter neben andern in dem Müntz-Edict geordneten Stücken und Sorten, jedoch denselben in gleicher Güte und Gehalt gemüntzt, geschlagen und in Bezahlung für Währschafft, Innhalts berührter Müntz-Ordnung, gegeben und genommen werden sollen, als nemlich ein gantzer Thaler, deren ein Stuck sechzig acht Kreutzer gelten, sollen auf die Cöllnische Marck gehen acht Stück, und fein halben 14. Loth und 4. Grän ꝛc. Inter Marcam argenti Lubecensem & Hamburgensem, Brandenburgensem & Magdeburgensem.

Daß aber die Marck Silber Constantzer Gewichts und Währung, zumalen zu Zeiten 13
des Kaysers CAROLI IV. im vierzehenden Seculo, und also tempore initi contractus, dieser Orten Teutschlandes, wo der Contract vorgangen, nicht über 3. Gulden, den Gulden zu 60. Kreutzer oder 15. Batzen gerechnet, gegolten, erachten wir durch die angezogene Authores sattsam erwiesen und beygebracht zu seyn, wie solches ebenmäßig dafür hält

Diether. *in Continuat. Thesauri Besoldiani voce* Marck. der sich auf die allegirte gründliche Ausführung der Reichs-Stadt Lindau, die ohnversehens abgelößte, und der Ertz-Hertzogin Claudiæ Fürstl. Durchl. pendente lite cedirte, Reichs-Pfandschafft, so Anfangs Graf Haug von Bregentz und seine Erben gehabt, als

denen Kayser Ludwig der IVte, so immediate vor dem CAROLO IV. Kayser gewesen, die Vogtey vor Lindau über des Frauen Closters allda zu Lindau vier Kellen Höffe zu Reitnau, Schönau, Aeschach, und Rickenbach, für 200. Marck Silbers, welche sich damals zu 600. fl. ungefehrlich oder nicht so viel beloffen, auf Wiederlösung in An. 1334. versetzt, nachgehends endlich Burgermeister und Rath der Stadt Lindau von Kayser SIGISMUNDO in An. 1430. an sich gebracht, gegen Abstattung der darauf liegenden Summen der 600 fl. und Nachschiessung noch anderer 700. fl. betreffend. *Lit. B. pag. 486. seqq. & pag. 345. in fin.* beziehet, daß es in derselben *d. l.* zur Gnüge probirt sey per adducta ibidem testimonia, wie ingleichen Limnæus *ad A. B. cap. 27. §. 2. Obs. 15.*

Ist auch dem darwider eingewandten in ipso Extractu der in Processu eingegebenen Schrifften gnugsam begegnet, uns darauf beziehend.

Die dritte Frage:

Ob nicht so wohl zur Zeit der Ablösung als bey Reichung der jährlichen Zinsen auf das Tempus contractus zu sehen, und folglich das Capital der 800. Marck Silbers auf 2400. Gulden zu reduciren seye?

14 Können wir anders nicht, denn mit Ja gleichfalls beantworten, indem wir jederzeit, gleichwie unsere Antecessores, diese vor die richtigste und den Rechten ähnlichste Meynung gehalten, daß wann sich bey dem Müntzwesen eine merckliche Veränderung zugetragen, in bonitate monetæ intrinseca vel extrinseca, man regulariter, si aliud non convenerit, auf die Zeit des getroffenen Contracts zu sehen habe, und so wohl die Bezahlung der jährlichen Zinsen, als die Ablösung des Capitals, in dem Valor, Werth, und Preyß geschehen solle, wie die Müntz zur Zeit des Anlehens, oder gemachten Schuld, seu tempore initi contractus, gewesen, ita ut in ea bonitate, quæ tum temporis fuit, pecunia sit restituenda ac solvenda.

arg. l. 3. ff. de reb. credit. l. 69. de contrah. empt. c. olim. 20. c. cum Canonicis. 26. de Cens. exact. & procur.

15 Quam sententiam pluribus cumulatis rationibus ac præjudiciis, variorum Collegiorum Responsis, Tribunaliumque rebus judicatis firmant ac stabiliunt

Bocer. *de Jur. monet. cap. 2. n. 163. seqq.* B. Dnn. Antecessores ap. Besold. *vol. 1. Cons. 68. seqq. vol. 2. Cons. 58. n. 19. seqq.* B. Maurit. *p. 2. Cons. 6. q. 1. n. 11. in fin.* B. D. Lauterbach. *ad tit. de reb. cred. th. 33. & in Differ. Jur. Comm. ac Würt. Disp. 2. th. 3.* Cothman. *vol. 1. Resp. 33.* Richter. *p. 2. dec. 72. n. 13.* Georg. Schulz. *de obsignat. & depos. pecun. cap. 4. n. 8.* Berlich. *p. 2. concl. 36. n. 2. seqq.* Bruckman. *vol. 1. Cons. 12.* Köppen. *lib. 2. obs. 8. n. 8.* Ruding. *Cent. 1. Obs. 4.* Mynsi. *4. Observ. 1.* Wehner. *Obs. Pr. voc.* Gülden. Casp. Anton. Tessaur. *de argumento Monetæ*, ubi testatur Senatum Pedemontanum hanc sententiam non semel secutam esse interveniente Patre suo Antonio Tessauro ac jubente, ut hanc decisionem notaret, addens, dixisse Dominos temerarium fore ab opinione illa receptissima recedere.

Deme nach es nicht fehlen kan, daß weil die Marck Silber zur Zeit des vorgegangenen Contracts und gemachten Schuld nur 3. Gulden, den Gulden zu 60. Kreutzer oder 15. Batzen, wie er noch gegenwärtig gilt, gerechnet, gegolten, sie auch itzo nicht höher angeschlagen, consequenter das Capital der 800. Marck höher nicht denn auf 2400. fl. gerechnet, und mit jetzo gang und gebiger Müntze, dem Valor und Werth nach, der damals im Schwang gangen, bezahlet werden müsse.

Vierdtens wird gefragt in Quæst. 4ta.

Ob nicht nach Besag derer in An. 1516. 1519. 1522. 1523. und 1532. von denen von Homburg als der HHn. Impetranten Majoribus und Transmittenten unter ihren eignen Insigeln ausgefertigten, und der Stadt D. eingelieffert, auch von selbiger sub lit. D. E. F. G. & H. in Originali judicialiter producirt- und in Copia beygelegten Quitungen gnugsam erwiesen, daß die jährliche Stadt-Steuer nicht mit 120. Gold-Gulden, sondern mit 120. Usual-Gulden zu bezahlen seye? 16

Da wir gäntzlich der beständigen rechtlichen Meynung seyn, daß wann nicht das widrige sonst durch indubitata veritatis documenta publica probirt, mittelst deren in Quæstione angezogenen in Copiis beygelegten Quitungen, wann sie, wie wir durchaus nicht zweifflen, mit den judicialiter producirten Originalien correspondiren, gnugsam erwiesen werde, daß man die jährliche Stadt-Steuer nicht eben mit 120. Gold-Gülden zu bezahlen schuldig sey, sondern vielmehr mit so viel Usual-Gulden dieselbe zu entrichten befugt sey, in reiffer Erwegung, daß der bewehrtesten Rechts-Gelehrten einhellige Schluß dahin gehet, daß wann in einer Verschreibung, Obligation oder andern Instrument simpliciter der Gulden, wie hier in den Quitungen de Annis 1516. 1519. 1522. oder der Rheinischen Gulden wie in den beeden Quitungen de An. 1523. & 1532. gedacht wird, solches nicht von Rheinischen Gold-Gulden in specie, sondern von gemeinen Usual-Gulden, oder von so viel Gelds, als man vor einen Gulden nach Unterscheid der Oerter oder Lande rechnet, zu nehmen und zu verste-

verstehen sey, folglich der Debitor die schuldige Summ nicht an Rheinischen Gold-Gulden in specie zu erlegen verbunden, sondern der Creditor sich mit Müntze bezahlen zu lassen und so viel current-Geld, als der gemeine Gulden an dem Ort gilt, anzunehmen schuldig, weil es durch gemeinen Gebrauch also eingeführt, daß wann einer jemanden eine Summ Gulden oder Rheinischer Gulden zusaget, und nicht ausdrücklich dabey meldet, daß es Gold-Gulden seyn sollen, solches von gemeinen des Orts gäng und gebigen Gulden nach Müntz gerechnet verstanden, und er also von seiner Obligation und Zusage befreyet wird, wann er e.g. in der Marck Brandenburg 16. Groschen, hier zu Lande 15. Batzen bezahlet, dann das heisset man, nach gemeinen Gebrauch zu reden, Gulden, oder Rheinische Gulden, darum daß der Rheinische Gulden erstlich auf eine solche Summa oder Werth geschlagen worden.

17 Licet enim florenus Rhenanus olim certa monetæ species ex auro Rhenensi cusa fuerit, tot solidos minutos grossos vel bacos valens fuerit, postea tamen usu & communi loquendi modo receptum, ut summa totidem solidorum, grossorum vel bacorum floreni Rhenensis nomine venerit, propterea, quod inter aureum Rhenensem & simplicem florenum tot solidis grossis vel bacis constantem quoad valorem extrinsecum nulla fuerit differentia.

Joh. Georg. Krull. *de Regali monet. Jur. cap. 5. vers. si in Instrumentis & Obligation. mentio fiat simpliciter florenorum Rhenensium.* Mod. Pistor. *vol. 2. Cons. 27. n. 17.* Frid. Martin. *de censib. cap. 8. n. 61.* Besold. *in Th. Pr. voc.* Rheinische Gulden. Speidel. *voc.* Gulden.

18 Eamque sententiam, quod verba: Gulden oder auch Rheinische Gulden simpliciter prolata de florenis usualibus, von Gulden in Müntze, nicht aber in Golde accipienda sint, egregie, clare & diserte confirmat

die Churfürstl. Sächsische Lands-Ordnung *p. 2. const. 29. in verbis:* In vielen alten Verschreibungen stehen die Worte Rheinische Gulden, absolute, und wird nicht ausgedruckt, ob es Gold oder Müntze gewesen; Dieweil aber vor Alters der Gold-Gulden auf einen Gulden Müntz geschlagen, so ist man hierinn einig, daß solche Worte Rheinische Gulden vor einen Gulden Müntz, wie derselb damals würdig gewesen, zu verstehen. add. Author. *Consult. Saxon. lib. 1. part. 5. cas. 18. pag. 117.* ubi similiter ita: Wann in alten Verschreibungen das Wort Rheinisch oder Rheinische Gulden stehet, und man nicht weiß ob es Gold oder ein Gulden Müntz seyn soll, in solchem Zweiffel wird das Wörtlein Rheinische Gulden allein vor ein Gulden gewöhnlicher Müntze und nicht vor einen Rheinischen Gold-Gulden aufgenommen, der Ursachen, daß der Rheinische Gold-Gulden auf ein Gulden anfangs geschlagen und gleich oder nicht mehr gegolten &c. quæ repetuntur *l. 2. part. 5. q. 16.*

Et eandem sententiam post multam disce- 19
ptationem in causa appellationis Philippi Comitis de Hanau contra Jacobum Comitem de Zweybrücken, ac pluribus aliis in casibus, Cameram Imperialem judicando sententiatam esse testatur

Mynsi. *1. O. 65. & 4. Obs. 15. it. 5. O. 83.*

tenuitque illam jam olim

Mart. Garratus Laudensis *tr. de monet. n. 31.* ubi notat promissionem florenorum non intelligi de aureis, sed de æstimatione florenorum ad rationem in moneta currente tanquam de minimis.

Pro qua communiori Dd. calculo recepta 20
sententia facit, quod hæc interpretatio debitorem minus lædat, in dubio autem semper illa capienda interpretatio, qua debitor, heres vel alius minus lædatur

l. 34. §. 5. l. 67. §. 8 de legat. 2.

Et in dubio semper accipiendum id, quod minimum.

l. 34. de reg. jur. l. 75. de legat. 3. ubi dicitur, nummis indistincte legatis receptum esse ut exiguiores legati esse videantur. Tiraquell. *de retract. lign. §. 1. gl. 18. n. 73.* ubi dicit, quod si in eadem regione utraque sive varia moneta in usu sit, minor spectetur.

Deswegen ob gleich das Wort Gulde proprie eine von Gold geprägte Müntz bedeutet, auch keine andere so genandte Rheinische Gulden dann von Golde in vorigen Zeiten geschlagen worden, dannenhero es das Ansehen haben möchte, als solten die alten Instrumenta, worinn der Rhein. Gulden ausdrücklich gedacht wird, auf Rheinische Gulden an Golde gezogen und verstanden werden; Demnach auch die Bezahlung 21
in solchen Speciebus geschehen, so ist jedoch, weil in dem Golde mehr auf den Werth und Æstimation als auf das Corpus gesehen zu werden pfleget

l. 1. pr. de contrah. empt. ibi: electa est materia cujus publica ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subveniret, eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate &c.

daraus, daß das Instrument der Rheinischen Gulden gedencket, nicht gleich zu schliessen, daß Rheinische Gulden in specie an Golde gegeben, und wieder zu bezahlen versprochen worden, sondern es geschiehet der in solchem Instrument gethanen Verschreibung ein Gnügen, wann der Debitor vor einen jeden Rheinischen Gulden in der Marck Brandenburg und andern Orten, wo dergleichen gute Groschen in Schwang gehen, 16. Groschen, hier zu Lande in Schwaben

aber 15. Batzen bezahlet, denn es nochmals beständig dabey bleibet, daß wann simpliciter in einer Obligation oder andern Instrument der Gulden oder der Rheinischen Gulden gedacht wird, solches nicht præcise auf Rhein. Gulden in Golde, sondern auf so viel Geldes, als man des Orts vor einen Gulden rechnet, gezogen und ver-
22 standen, folglich der Debitor liberiret werde, wann er die schuldige Summam mit gemeinen des Orts gangbaren Gulden in Müntz abtrage und bezahle, ob gleich gute gänge Rhein. Gulden versprochen worden, denn auch diese Worte auf Müntze, und nicht præcise auf Gold gezogen werden können oder mögen.

Cum olim inter florenum Rhenensem & aureum Rhenensem quoad valorem nulla fuerit differentia & hodie communi loquendi usu ac consuetudine florenus Rhenensis de floreno simplici & usuali istius tractus, & non certa monetæ specie, accipiatur.

Modest. Pistor. *vol. 2. Cons. 27. n. 27.*
Kitzel. *de jure monet. cl. 2. q. 2. n. 6.*
Bocer. *de jur. monet. c. 2. n. 173.* Allemann. *Palestr. Cons. 8. q. pr. 1. part. 9. pag. 447.* & Authores supra citati.

Ein anders wäre oder würde seyn, wann in
23 einer Verschreibung, Obligation oder andern Instrument der voll- oder wohlwichtiger Rheinischer Gulden gut von Golde und schwehr von Gewicht, oder guter gänger recht gewogener Rheinischer Gulden, oder der Rheinischen Gulden in Golde nominatim gedacht würde, denn weil dergleichen Worte keiner andern Müntze als dem aureo Rhenensi proprie & in specie sic dicto, oder dem floreno Rhenensi ex auro facto einem rechten Rhein. Gold-Gulden appliciret werden können; So kan die Bezahlung und Ein- oder Wiederlösung sothaner Verschreibung nicht anders als mit Rheinischen wohlwichtigen Gold-Gulden, wie die vor Alters gang und gebe gewesen, und noch sind, geschehen, und ist der Creditor nicht schuldig und verbunden sich mit anderer Müntze befriedigen zu lassen, sondern kan mit Fug und Recht drauf dringen, daß er mit guten Rhein. Gold-Gülden bezahlet werde.

Quemadmodum ita communiter tradunt Alemann. *d. Consult. 8. qu. pr. 1. part. 9. pag. 449.* Mynsi. *1. O. 65.* ubi duo præjudicia Cameræ Imper. refert, *& 5. O. 83.* Joh. Georg. Krull. *de regal. monet. jur. cap. 5. vers. Secus autem est &c.* Bocer. *de jure monet. d. cap. 2. sub fin.* Kitzel. *de jur. monet. c. 2. q. 2. sect. 1. n. 6.* Wehner. *voc.* Gold-Gulden, Besoldus *thes. pract. voc.* Gulden, Rhein. Gulden. ibique Dietherr. Klock. *vol. 2. Cons. 39. n. 292. & Cons. 40. n. 73. ac Relat. Camer. 20. n. 18. 19.* Berlich. *p. 2. concl. 37. n. 6.*

Weil demnach in denen in Quæstione angezogenen in Copiis beygefügten Quitungen de An. 1516. 1519. 1522. 1523. & 1532. die von Homburg attestirt, daß Burgermeister, Rath und gantze Gemeind der Stadt D. ihnen die 120. Gulden Rheinisch, so sie ihnen im Namen des Heil. Reichs zu geben schuldig, ehrbarlich bezahlt haben, kan anders nicht daraus colligirt werden, als daß sie solche 120. Gulden Steuren nicht in Gold-Gulden, sondern in Müntze, 15. Batzen vor einen Gulden gerechnet, bezahlet haben, noch selbige anders zu bezahlen verbunden gewesen, welches so lang davor zu halten, bis die HHn. Klägere ein anders per indubitata Instrumenta docirt haben. Folget

Die Fünffte Frage:

Ob nicht wegen der überaus grossen Ubermaß derer an die von B. und F. und dero Vorvordern bezahlten jährlichen Interesse denen Rechten und der Billigkeit gemäß, daß die Stadt D. zum wenigsten von allem Ansprach der ruckständigen Steur loß und ledig gesprochen, die künfftige aber nach dem reducirten Capital abgetragen werde?

So wir kürtzlich dahin beantworten, wann das richtig und erweißlich, daß die von B. und F. und dero Vorfordern von der Stadt D. eine große Ubermaß der in den Reichs-Constitutionibus determinirten Zinsen oder Gülden lange Zeit gehoben, als wann evidenter dargethan werden könte, daß die von B. und F. und ihre Vorfahren vor die Kayser CAROLO IV. vorgestreckte 800. Marck Silbers nicht nur jährlich von der Stadt D. 120. fl. darzu in speciebus Rhein. Gold-Gulden, die doch nicht in specie verschrieben, sondern auch noch so viel von der Stadt W. alle Jahr usurarum aut emtorum redituum annuorum nomine, bis ad Annum 1626. würcklich em-
pfangen, und also nicht nur 5 sondern gar 10 24
pro Cent solch geraume Zeit würcklich erhoben hätten, (massen bekandt, daß auf die wirckliche Exaction und Hebung, nicht aber auf die Verschreibung gesehen werde;

quia usurariæ pravitatis reus non est, cui promittuntur usuræ illicitæ, ipso eas non stipulante, etsi Instrumentum retineat & producat, modo eas non exegerit sive petierit & acceperit

Mev. *part. 8. dec. 184. 185. & 423.*)

So wäre in allewege den Rechten und der Billigkeit gemäß, daß die empfangene Ubermaß auf das Capital gerechnet und von selbigen abgekürtzet würde, da sich dann sonder Zweiffel in der That finden und ergeben würde, daß die Haupt-Summ durch solche bezahlte Ubermaß nicht nur grossen Theils vermindert, sondern gewiß schon vorlängst gäntzlich absorbirt und getilget worden, deßwegen die Stadt D. nicht allein von dem an sie von denen von B. und F. machenden Anspruch der ruckständigen Steuren frey, ledig und loßgesprochen werden könte, sondern auch in das künfftige an die von B. und F. durchaus keine Steuren weiter zu bezahlen haben würde, weil solcher gestalten das Capital sammt den zuläßigen in denen Reichs-Constitutionibus approbirten

birten Zinsen abgestattet und entrichtet. Denn es ist bekandt, daß die Zinsen von den ausgelie-
25 henen Capitalien, ingleichen die erkauffende jährliche Renten in den Reichs-Gesetzen ihre gewisse Maß erlanget und bekommen, welche dahero die rechte und eigentliche Norma ist, so den Unterscheid inter usuras licitas & moderatas, ac fœnus improbum machet, denn welche Zinsen die gesetzte Maß nicht überschreiten, das sind legitimæ, licitæ & moderatæ usuræ, die salva justitia & conscientia genommen werden können, die aber die publica lege vel consuetudine gesetzte Maß übersteigen, sind ein improbum ac illicitum fœnus.

26 Est autem Legibus Imperii Legitima usurarum & annuorum redituum quantitas ita determinata, ut pro Centum florenis non nisi quinque florenos in singulos annos accipere aut emere concessum sit. Nam etsi quidem Imperator Justinianus pro diversorum negotiorum qualitate & personarum conditione alias majores, alias minores usuras definiverit & stipulari permiserit

in l. 26. C. de usur.

Constitutionibus tamen moribusque Imperii nostri Romano Germanici, sublata illa negotiorum & personarum differentia, majores quincuncibus stipulari & accipere prohibitum est.

Reform. Polit. *de Anno 1530. tit. von vvucherlichen Contracten. 26. §. 1. & 8.* Reform. Polit. *de Anno 1548. eod. tit. §. 8.* Reform. Polit. *de An. 1577. eod. tit. & §.*

27 Et quamvis hæ constitutiones Imp. modo de annuis reditibus loquantur, attamen procul dubio hæc annuorum redituum taxatio & moderatio facta est, ad exemplum usurarum ex mutuo vel alio contractu percipiendarum, in quibus eadem quantitas obtinuit, & confirmata est.

Rec. Deput. *de An. 1600. §. So viel nun &c. 151.* R. I. *noviss. de An. 1654. §. anreichend die künfftige Zins &c.*

Usuque Imperii ab antiquo receptum est, quod in mutuo & aliis contractibus non solum à tempore moræ quincunces saltem usuras exigere liceat, sed etsi initio contractus promittantur, non ultra quincunces in stipu-
28 lationem deducere permissum sit. Si quis vero in fraudem legis graviores quincuncibus stipulatus fuerit, stipulatio ipso jure nulla & inefficax sit quoad quantitatem excedentem petendam.

dd. txx. j. l. 9. l. 20. l. 29. ff. de usur. l. 26. §. 1. in med. C. eod. ibi Brunnem.

29 Si autem jam exsolutæ usuræ majores, id quod ultra modum solutum tanquam indebitum vel per condictionem indebiti repeti, vel in sortem imputari possit à debitore;

d. l. 26. §. 1. vers. si quis autem. C. d. t. Carpzov. *p. 2. c. 30. d. 4.*

Creditor vero, qui modum istum ita excessit, in usurariam pravitatem incidat, legitimasque usurariæ pravitatis pœnas incurrat, de quibus vid. Reform. Polit. *de An. 1548. & 1577. d. t. von vvucherl. Contracten.* Carpzov. *Pr. Crim. q. 92.*

Welchemnach es allerdings dabey bliebe, daß wann eine grosse Übermaß der in den Reichs-Gesetzen determinirten Zinsen denen von B. und F. und deren Vorfahren bezahlt worden, die Stadt D. selbige sorti imputiren und am Capital abkürtzen dürffte, und wann solches dadurch getilget wäre, auch verlangen könte von der Klägere Forderung quit und frey gesprochen zu werden. Und ob es wohl scheinet, daß die Stadt D. 30
hier de jure tertii excipire, in dem dieses zwar Kayserl. Majestät, die das Capital per Antecessorum in Imperio, CAROL. IV. nempe das Capital empfangen und schuldig, zukommen möchte zu urgiren, der bekl. Stadt D. aber als einem tertio dasselbe nicht zu statten zu kommen, daher das Ansehen hat, quia de Jure tertii excipiens non est audiendus

l. 4. §. 7. ff. si servit. vind. l. 9. §. 1. ff. de cond. caus. dat. caus. non sec. l. 44. §. 1. ff. solut. matr. post alios Berlich. *p. 3. concl. 53. n. 34.*

Zumalen da hier der Excessus legitimarum usurarum nicht allein von denen von der Stadt D. sondern auch zugleich von der Stadt W. bezahlten Steuren entspringt, deßwegen sich die Stadt D. damit so weniger behelffen zu können scheinet ex dicta causa; So ist jedoch zu wissen, 31
daß die regula: quod de jure tertii excipiens haud audiendus, diese notable limitationes habe, 1. nisi exceptio juris tertii infringat aut perimat jus agentis, huncque ab agendo excludat. 2. nisi quis pro tertio fidejussione sit obligatus, vel, quod hic idem, nisi alicujus bona pro tertio oppignorata aut hypothecata cum pacto antichreseos imprimis, veluti hic collectæ Imp. Civitatis D. 3. nisi rei interfit jure tertii uti, tum enim non ambigitur, quin jus tertii ad repellendum actorem allegare reus queat.

Brunnemann. *ad d. l. 4. §. pen. ff. si serv. vind.* Zanger. *de except. p. 3. cap. 26. n. 235. seqq. n. 329.* Ahasv. Fritsch. *de Jure tertii. th. 38. 39. 40.*

Welche Limitationes hier der beklagten Stadt D. gantz wohl zu statten kommen, und kan sie sich dannenhero wegen ihres ex collect. ipsius oppignoratis cum jure antichreseos indubitato habenden Interesse, gar wohl und fruchtbarlich der Exception des Juris tertii bedienen ad excludendos Dn. Actores ab agendo ob peremptum jus agendi per sortem in excessivis usuris aut pensionibus solutam & restitutam. Es hat sich die bekl. Stadt D. auch mit der 32
Exceptione alterius tanti zu schützen gesucht, vermeynend, weil die bezahlte Zinsen das alterum tantum schon mehr als zehenmal erreichet, könten von den Creditoribus mit gutem Gewissen fast keine Zinsen mehr gefordert werden.

Cum expediti juris sit, quod usuræ ultra alterum tantum (imprimis toties jam solutum) amplius peti & exigi nequeant, sed quando illius (toties præsertim) sortem ad-

æquarunt, cessent, ita ut usurarum nomine nihil quicquam amplius debeatur vel exigere liceat

l. 26. §. 1. de condict. indeb. l. 4. §. 1. de naut. fœn. l. 10. l. 27. §. 1. C. de usur. Nov. 121. c. 1. ibi: Si duplum debiti solvatur, nulla contra debitores secundum leges nostras supersit actio, & ibi: si quinquaginta aurei debeantur, & mille soluti sint, debitor ab universo debito liberatur.

nec refert, an usuræ sortem adæquantes particulariter solutæ sint singulis annis, necne

per d. Nov. 121. c. 1. & 2. ibi: *particulares etiam solutiones debita dissolvunt, si usque ad duplum pervenerint*, licet antea aliud placuerit Imp. Anton. *in l. 10. C. de usur.* cujus sanctio correcta est à Justiniano Imp. *in d. Nov. 221. c. 2. Nov. 138.*

Ob sie aber hiemit auslangen würden, wann nicht per solutas excessivas usuras aut pensiones das Capital sonst bereits absorbirt wäre, können wir sie nicht versichern, weil wir eigentlich
34 nicht wissen, ob das Principal negotium, in cujus majorem securitatem die Verpfändung der Stadt-Steur cum adjecto pacto antichreseos angehängt, ein formalis mutuum oder emptio venditio annuorum redituum gewesen. Denn es ist bekandt, daß in annuis reditibus das alterum tantum nicht attendirt werde.

Verum annui reditus duplum & ultra excedere possint, dummodo secundum modum à Jure & Constitutionibus præscriptum 5. scil. in singula centena, legitime sint constituti & acquisiti.

Reform. Polit. *de anno* 1548. & 1577. *tit. von wucherlichen Contracten.*

35 Etenim quia reditus illi annui proveniunt ex vera & legitima tam per Canonistas quam Legistas approbata emptione & venditione, nihil hic accessionis loco censeri potest, sed quod ultro citroque datur res est primaria & principalis, precium nim. in pecunia, & merx in reditibus. Itaque cum simplum non dicatur, nisi respectu sortis debitæ, hic vero sors sit perpetuo alienata, ut nunquam creditor eam repetere vel exigere possit, neutiquam etiam recte & vere dicetur petere aut exigere duplum, sortem videl. & usuram, sed simplicem præstationem h. e. annuum reditum. Atque sic cessante ratione legis usu-
36 rarum cursum in altero tanto sistentis & duplum excedere prohibentis, cessabit quoque ejusdem dispositio. Et sane ipsi æquitati convenit, ut cum sors hoc modo in venditorem sive debitorem irrevocabiliter transeat, non includatur iisdem finibus annuus reditus, quibus continetur usura.

Casp. Roderic. *de ann. reditibus. lib. 3. q. 3. n. 3.* Gudelin. *de jur. noviss. l. 3. c. 3.* Gail. *2. O. 7. & 8.* ibique Græv. Tabor. *de alt. tant. p. 3. art. 1. & 6. per tot.* Hahn. *de alt. tant. th. 93.* Stryck. *de cautel. contr. sect. 2. c. 8. §. 14.*

sondern selbiges allein in usuris in specie sic dictis, ex mutuo vel alio contractu debitis den Lauf der Zinsen sistire, ita, ut post sortis exæquationem exigi amplius nequeant usuræ in specie sic dictæ, *per jura superius allegata.*

Jedoch daß heutiges Tages in plerisque lo- 37
cis die usuræ particulariter singulis annis solutæ auch in das alterum tantum nicht gerechnet und competirt werden, noch den Lauff derselben in altero tanto gäntzlich sistiren und hemmen ex usu fori & praxi recepta, sondern wann die Zinsen einzelen von Jahren zu Jahren abgetragen worden, die Zinß-Reichung bis zu Erlangung des Capitals, ungehindert fortlauffe und passirt werde.

juxta *l. 10. C. de usur.* juxta quam hodie in plerisque locis pronunciari testatur Brunnem. *ibid.* & Dn. Stryck. *de cautel. contract. s. 2. c. 1. §. 28.* dicit, in Praxi eo reditum, ut si usuræ particulariter solutæ, alterum tantum non obstet. Eamque sententiam etiam approbavit Elector Sax. *dec. 29.* ubi Philip. *O. 2. n. 22.*

Die Sechste Frage:

Ob nicht respectu der Ihrer Kayß. Maj. vorgestreckten allzugeringen Capitals à 2400. fl. u. davor an statt des sonsten Reichs-bräuchigen zugelassenen Zinses so viel Jahr von denen Darleyhern genossener Hypothec der D. Reichs-Steur, dieses nicht ein formal Pactum antichretic. folglich de Jure prohibitum & usurarium, und dahero auch das jenige so ultra summam der zulässigen Zins illicite eingenommen worden, vermög der Reichs-Constitutionen in sortem zu imputiren und an dem Capital abzuziehen sey?

hat zerschiedene Membra, 1) wird darinn gefragt: Ob resp. des Ihro Kayserl. Maj. vorgestreckten Capitals à 2400. fl. und davor an statt des Reichs-üblichen Zinses verschriebener und so viel Jahr von den Darleyhern genossener Hypotheck der D. Reichs-Steur, nicht ein formal-Pactum antichreticum sey eingegangen und constituirt? so bereits bey der ersten Quæstion affirmative decidirt. 2.) Wird ferner gefragt: 38
Ob das Pactum Antichret. nicht de Jure prohibit. & usurarium sey? Welche Quæstio, wann sie schlechthin in thesi movirt worden wäre, in allwege zu negiren seyn würde, per tradita

B. D. Lauterb. *D. de J. Antichr. th. 9.*

Weil sie aber hier in hypothesi movirt und ad casum præsent. restringirt ist, also in effectu diß gefragt wird: Ob diß Pactum Antichretic. da denen von Stoffeln und Homburg von Kayß. Maj. vor die vorgeliehene Summ der 800. Marck Silbers, oder vor die mit den 800. M. Silbers erkauffte jährl. Renthen und Zinse die Steuren der beeden Reichs-Städte D. und W. unterpfändlich verschrieben, mit dem Recht sothane Stadtsteuren an statt der jährlich zahlenden Zinsen oder Renthen zu erheben und zu genieſſen, nicht ein usurar. & hinc illicit. pactum sey? können wir anders nicht als affirmative drauf respondiren.

Denn

Denn das Capital der 800. Marck Silbers macht nicht mehr als 2400. fl. diese geben nicht mehr als 120. fl. Zinß nach den Reichs-Constitutionibus, die Steuren aber der eintzigen Stadt D. thun Besage des Extracts 120. fl. wann also die Steuren der andern Stadt W. auch so hoch seyn, kan es unmüglich anders seyn, als daß das Pactum antichreticum hîc initum usurarium & hinc illicitum, jureque prohibitum sey.

39 In expresso enim Pacto antichretico, quale hoc est, si fructus sunt incerti, qui scil. incertum eventum & pretium habent, h. e. quorum non tantum æstimatio civilis vel valor, sed etiam naturalis proventus & bonitas ac ubertas pro varietate temporis & tempestatis variat, legitimus usurarum modus adeò exacte quidem non observatur, nec ob modicum ejus excessum hoc pactum statim vitiatur.

l. 17. C. de usur.

40 Cum enim vel ob annonæ sterilitatem vel pretii vilitatem facile contingere possit, ut hi fructus annui ne quidem æquent usuras legitimas, aut plane non compensent creditoris labores & sumptus illorum nomine factos, haud iniquum censetur, ipsi etiam uberiores fructus ultra legitimum usurarum modum perceptos relinquere

arg. l. 10. ff. de reg. jur.

sicut ob talem lucri vel damni incertitudinem alia quoque multa tanquam licita contra communes juris regulas permittuntur

l. 11. §. fin. l. seqq. ff. de act. empt. Rauchbar. *l. 1. qu. 20.* Scheffer *lib. 1. q. 17.* Christoph. ab Hagen *de usu usur. c. 11. n. 123. seqq.* Berlich. *p. 2. dec. 170. n. 25.* Carpzov. *p. 2. c. 30. d. 40. 41.* B. D. Lauterbach. *d. Disp. th. 45.*

41 Idque non modo in industrialibus, sed etiam in naturalibus fructibus ex hortis & pratis perceptis obtinet.

B. D. Lauterbach *d. Disp. th. 45. & 46.*

42 Si tamen immodicus fructuum excessus esset, aut si fructus percepti immodice & nimium usurarum modum excederent, excessus omnino sorti foret imputandus, neque fructuum incertitudo hoc operari valet, ut creditor cum læsione & molestia debitoris in infinitum fructus pignoris lucrari, & in fraudem legitimarum usurarum debitorem gravare possit.

d. l. 17. C. de usur. B. D. Lauterbach *d. Disp. th. 47.*

43 Si autem fructus sunt certi & uniformes, certamque & uniformem habent æstimationem, cujusmodi sunt e. g. canon emphyteuticus, usuræ, annui reditus, & hæ collectæ Civitatum Imperialium, quas pro immediata subjectione Imperatori olim solvere tenebantur præter omnia alia Imperii onera ordinaria & extraordinaria, de quibus vid.

Limn. *ad Capit. Caroli V. art. 23. pag. 252. seq.* Knipschild *de Jur. Civit. Imp. l. 2. c. 17. n. 21. 22.*

ultra legitimum Usurarum modum pactum hoc antichreticum non subsistit, nec creditor supra legitimam usurarum quantitatem fructus certos lucrari potest, sed quicquid excedit, vel sorti imputatur, vel vero pignori accensetur. Etenim in certis fructi- 44
bus non ita necesse est, ut damna & impendia ac sterilitas unius anni cum alterius anni fertilitate compensentur, sed semper certum lucrum creditorem manet. Deinde si certi fructus usuras excedentes licite perciperentur, facili negotio legibus usurarum modum determinantibus fraus fieri & contra *l. 16. C. de usur.* fœneratoribus ad improbum fœnus exercendum aditus ostendi posset, & fenestra aperiretur.

Hagen *d. c. 11. n. 129.* Mynsi. *6. O. 71.* B. D. Lauterbach. *d. Disp. th. 44.*

Wie wir ingleichem auf das dritte Mem- 45
brum, darinn zu wissen verlangt wird, ob dahero dasjenige, so ultra summam der zuläßigen Zinß illicite eingenommen worden, vermög der Reichs-Gesetze in sortem zu imputiren und an dem Capital abzuziehen sey? nicht anders antworten mögen und können, als daß freylich dasjenige, was supra legitimum usurarum modum gehoben und eingenommen worden, auf die Haupt-Summ zu rechnen, und daran abzukürtzen sey. Wann aber kein Capital übrig, daran der gehobene übermäßige Wucher zu kürtzen, fünde in omnem eventum die condictio indebiti statt, und würde mittelst derselben die Übermaß zurück gefordert werden können, juxta

l. 26. §. 1. de condict. indeb. Carpzov. *p. 2. c. 30. d. 4. & 27.*

Die siebende Frage ist:

Ob nicht wenigst, in Ansehung die jederweilige Pfands-Innhabere dieser D. Reichs-Steuer von dem Genuß derselben ihr Capital der 2400. fl. schon vielmahl empfangen, hingegen die Stadt D. in ehevorigem 30jährigem Krieg gäntzlich depauperirt worden, in diesem gegenwärtigem Fall der in dem Instrumento Pacis enthaltene §. De indaganda &c. statt finde, und die verfallene Interesse vermög dessen usque ad quartam partem zu reduciren seyn? 46

Deren affirmativam zu propugniren wir durchaus nicht anstehen quoad illas usuras vel pensiones, die im 30jährigen Kriege aufgeschwollen seyn.

per ea quæ tradit Hahn in Opusc. aureo *ad d. §. De Indaganda &c. in Instrum. Pac. comprehens. & Constit. Imp. Ratisbon. de Ao. 1654. von Schuld-Sachen Capital und Zinsen. Part. 2. §. Setzen demnach, ordnen und wollen &c. Num. 1. n. 22. pag. 67. seqq.* ad quem remisisse nobis sufficiet.

Der achten Frage:

Weil ex actis notorium, daß die Pfands-Innhabere weit mehr denn das alterum tantum sammt allen Reichs-constitutions-mäßigen Zinsen schon empfangen, ob dieselbe bemeldte Pfands-Innhabere nicht schuldig seyn jene in Abschlag ihrer Forderung gemeiner Stadt innenbehaltene 2000. fl. indemnisations-Gelder neben dem Lands-bräuchigen Interesse zu restituiren?

Resolution fließt einiger massen ex decisione quæstionis 5tæ, und wird principaliter dependiren von dem Beweiß der wider die Reichs-Constitutiones würcklich bezahlt- und erhobenen übermäßigen Zinsen in quantitate, und dadurch längst getilgten Capitals, denn was es mit dem altero tanto vor Beschaffenheit habe, ist bey gedachter 5ten Frage bereits angezeigt, und würde die Exceptio alterius tanti Löbl. Stadt, allenfalls das principal negotium ein mutuum gewesen, und die prætendirte Zinsen also usuræ in specie dictæ ex mutuo isto debitæ wären, nicht quoad præteritas particulariter singulis annis usque ad annum 1626. solutas, sondern allein bey den seit des ruckständig gebliebenen Zinsen zu statten kommen.

Sollte aber wohlgedachte Hochlöbl. Stadt wider Vermuthen in ihrer Sach wider die HH. Klägere mit den bißher vorgeschützten fundamentis nicht penetriren können, würde vielleicht das beste und vorträglichste Mittel seyn, wann sie bey Kayserl. Maj. einkäme, und allerunterthänigst bitten thäte, ihro allergnädigst zu erlauben, das Capital in Ihro Kayserl. Maj. Namen abzustossen, und damit die Pfandschafft ihrer Reichs-Steur an sich zu lösen, dadurch könte sie sich ad Exemplum aliarum Civitatum Imperialium liberiren ab onere solvendarum collectarum illarum, wann sie solches erhielte, und der Gegentheil selbiges nicht per oppositionem *§. 26. vers. Quod ad oppignorationes Imperiales attinet ex Instrum. Pacis Westphal. Cæsar. Suec. art. 5. & Capitulat. Cæsarea art. 3.* zu hindern suchte, wann er könnte. 47

Wollten dieses, salvo quovis meliori, zu verlangter Rechtl. Nachricht dienstlich nicht verhalten ꝛc. Actum in Collegio nostro den 8. Novembr. 1699.

CONSILIUM LXXXIX.

IN

Puncto juris braxandi Nobilibus denegati & Civitatibus concessi per modum Privilegii conventionalis cum jure prohibendi & pignorandi.

SUMMARIA.

1. *An protestatio & exceptio opposita contra certum quoddam Collegium Juridicum, ne eo Acta mittantur, hoc nihilominus facto, & sententia ab isto Collegio conceptâ, hæc ipso jure reddatur exinde nulla?*
2. *Certis Collegiis à partibus nominatim exceptis, Judici libera manet potestas mittendi Acta ad aliquod ex non exceptis, quodcunque ipsi placuerit.*
3. *Exceptio & protestatio partium contra aliquod Collegium Juridicum debet fieri debito tempore & loco, justaque ex causa, aliâs attendenda non est, nec permittendum ut partes hoc jure abutantur.*

Ejusmodi protestatio ante irrotulationem Actorum fieri solet. ibid.

4. *Cautela pro Judice quoad ejusmodi protestationem.*
5. *Commercium cerevisiarium communi Germaniæ Consuetudine pro commercio plebejorum & vulgaris civici ordinis hominum haberi.*
6. *Lex 3. C. de commerc. & mercat. de commerciis Nobilioribus prohibitis.*
7. *An hæc Lex restringenda sit ad sordidas tantum negotiationes sub his non comprehensâ illâ, quâ quis ex fructibus in suis agris natis cerevisiam confectam vendit, an & hæc prohibita?*
8. *seqq. Hanc etiam Nobilibus esse denegatam, asseritur.*
11. *Etiam Nobiles per privilegia Civitatibus privativè concessa excluſi censentur, neque iis contravenire possunt.*
12. 13. 14. *seqq. Plura Rescripta, Ordinationes & edicta Provincialia adducuntur, Privilegium substratum confirmantia, probantia & declarantia.*
19. *Lex reg. est norma negotiorum futurorum, non præsentium aut præteritorum, & si pendente lite Lex nova promulgetur, causa ista non secundum hanc, sed juxta priorem & veterem est terminanda.*
20. *Id quod & durante appellatione verum esse, docetur.*
21. *Si Lex nova aut Statutum aliquid prohibeat, cum hâc exceptione, nisi præscriptio obstet, tum intelligi præscriptionem inchoatam & completam tam ante quam post Legem novam.*

22. *Lex*

22. Lex nova, si expressè & nominatim de præteritis & adhuc pendentibus negotiis caveat, omnino etiam quoad ejusmodi causas suam vim exercet.

23. Lex verò nova Confirmatoria & Declaratoria, sive simplex sive mixta, ad omnia, etiam præterita quam pendentia, negotia spectat, etsi expressis verbis id in eâ non sancitum fuerit.

24. Ratio.

25. Hostilitas bellica cujuslibet præscriptionis cursum sistit.

26. Lis cœpta malam fidem, præscriptioni omnino contrariam, inducit.

Urtheil.

IN Imploration- und respectivè Leuterungs-Sachen der Brauer-Innung zu Halberstadt bestellten Syndici Klägern, anjetzo Imploraten und respectivè Leuteraten eines, entgegen und wider den Churfürstl. Hoff- und Legations-Rath Arnold Heinrich von Veltheim, Beklagten jetzo Imploranten und respect. Leuteranten andern theils erkennen wir Churfürstl. Brandenburgische zur Regierung des Fürstenthums Halberstadt verordnete Stadthalter, Præsident, Vice-Cantzler und Räthe, allem Gerichtlichen Fürbringen nach, auf eingeholten Rath auswärtiger unpartheyischen Rechts-Gelehrten, vor Recht, daß es alles Einwendens ungeachtet bey der den 11. Julii 1695. publicirten, den 11. Martii 1697. und den 26. Januarii 1699. confirmirten Urtheil sein ungeändertes Verbleiben habe, also Hr. Beklagter, Implorant und respect. Leuterant sich des Brauens zu feilem Kauff, und Belegung des Krugs zu Aderstadt, bey Vermeidung der ihm in verschiedenen Pœnal-inhibitionen angedroheten Straffe, schlechterdings zu enthalten, und Klägern, Imploraten und Leuteraten deswegen gebührende Caution de non amplius turbando zu bestellen, auch ihnen die verursachte Unkosten auf Richterliche Mäßigung zu erstatten, schuldig und verbunden seyn solle.

Daß diese Urtheil denen Rechten und uns zugeschickten Actis gemäß, bekennen wir Decanus, Doctores und Professores der Juristen-Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Würtemb. Universität Tübingen uhrkundl. unserer Facultät hierbey gedruckten Insiegels. Actum in Collegio nostro den 20. Dec. 1699.

RATIONES DECIDENDI.

DJe Ursachen, so uns zu vorstehender Urtheil, in gegenwärtiger wider Hrn. Beklagten, Leuteranten und Imploranten Vattern schon in Ao. 1647. angesponnener, und per diversa temporum intervalla biß auf diese Zeit mit grossen Kosten geführt- und protrahirter Sache, bewogen, kürtzlich zu berühren, bestehen selbe hauptsächlich darinn:

1 Daß die von Hrn. Imploranten und respectivè Leuteranten angeführte vermeynte Nullität, worauf er die movirte querelam nullitatis, wider die auf eingeholten Rath der JCtorum Colonienſium den 26. Januarii 1699. publicirte Urtheil, fundirt, durchaus nicht von der Krafft und Würckung ist, daß sie die gerechte aus trifftigen und bewehrten Ursachen abgefaßte und ausgesprochene Urtheil könnte oder möchte annulliren, oder machen, daß solche vor null und nichtig zu erklären; Denn es solle dieselbe, des Hrn. R. und Imploranten Meynung nach, darinn bestehen, daß er wider die Cölnische Juristen-Facultät in specie expressè protestirt, daß an selbige die Acta zu Einholung einer Urtheil nicht verschicket werden möchten, weil aber ungeachtet sothaner Protestation die Acta nichts desto weniger dahin abgeschickt worden, so will er davor halten, daß die von ermeldter Facultät eingeholte Sentenz pro ipso jure nulla zu achten, atque pro tali zu declariren, deswegen ab Actis zu verwerffen, und dieselbe an ein uneximirtes Rechts-Collegium anderweit zu verschicken, warum er, junctâ propter novum gravamen Leuteratione, unterthänigst gebeten; Ob nun wohl die klagende und imploratische Brauer-Innung dawider solennissime protestiret, und endlich einmahl die Execution der Urtheil gebeten, ist doch Hrn. Beklagten und Imploranten die Justification und Prosecution der abermahligen interponirten Leuteration sammt anderweiter Verschickung der Actorum ipsius sumptibus ex abundanti vergönnet worden. Wann wir aber nach unsern obhabenden theuren Pflichten zu der Justiz unsere Rechtliche Gedancken darüber eröffnen sollen, können wir, salva veritate & justitia, anders nicht erachten, als daß weder die vermeynte Nullität gegründet, noch das confingirte neue gravamen, deswegen Hr. Beklagter anderweit leuterirt, erheblich sey.

Nicht ist 1.) die vermeynte Nullität fundiret, denn obwohl Hr. Beklagter vorgiebt, er habe ausdrücklich wider die Cölnische Universität protestirt, daß dahin die Acta zu Einholung einer Urtheil nicht verschicket werden möchten, so geben doch die Acta, daß solches nicht bey der den 1. Septembr. 1698. angestelleten irrotulation geschehen, als wobey sein Advocatus allein Rostock, Wittenberg und Rinteln excipirt, (quibus nominatim exceptis libera 2
Judici mansit potestas quoad reliqua non excepta

excepta Collegia Juridica, mittendi Acta ad horum unum, quodcunque ipsi placuerit

Rennemann. *de transmiss. Actor. cap. 6. n. 11.* Stypmann. *de Referend. cap. 7. n. 19.*)

sondern erst hernach den 25. Octobr. 1698. da res nicht mehr integra, erfolgt durch ein an die Regierungs-Secretarios, Lindten und Lucanum, denen die transmission committiret gewesen, abgelassenes Schreiben, Actor. vol. 2. f. 166. b. die deswegen ihm gleich zur Antwort ertheilet, daß nicht gewöhnlich post factam irrotulationem actorum, wobey die nöthige exceptio oder exemptio schon geschehen, extrajudicialiter eine neue Ausnehmung ferner anzunehmen, solches auch ihnen den Secretariis nicht zukäme, sondern allenfalls solch Suchen bey Hochlöbl. Regierung hätte angebracht werden müssen, von Hochlöbl. Regierung aber sey ihnen nichts zugekommen, deswegen sie die Acta an einen locum legitimè non exemptum bereits transmittiret. Actor. vol. 2. fol. 168.

3 Weil also die Exceptio & protestatio contra Universitatem Colonienſem ejusque Collegium Juridicum nicht debito tempore & loco, noch ex ullâ justâ causâ geschehen, ist dieselbe vor gar nicht geschehen zu achten

arg. l. 6. ff. qui satisd. cog.

consequenter kan dieselbe dahin nicht operiren, daß die abgefaßte Urtheil sollte null und nichtig seyn.

Solent enim in ipsa irrotulatione Actorum quidem partes contra hoc vel illud Collegium, utpote Partiale vel suspectum, excipere, non autem permittendum est ipsis, ut jure isto abutantur

Mev. *part. 8. dec. 221. n. 3.*

Si ergo Judex perspiciat contra unum vel alterum Collegium ex inanibus & futilibus causis vel rationibus excipi, ejusmodi frivolam protestationem & exceptionem non

4 attendat. Et utiliter constitui censet

Dn. Brunnemannus *in Proceſſ. Civil. cap. 27. n. 6.*

ut non attendatur talis protestatio, nisi pars recusans rationes vel causas alleget evidentes, cur illud Collegium sibi sit suspectum, cum malitiosa & calumniosa recusatio meritò contemnatur.

l. 38. ff. de rei vindicat. ibi: *neque malitiis indulgendum est.*

Quia itaque Dn. Reus hîc quoque nullam justam excipiendi causam habuit contra Collegium Juridicum Academiæ Colonienſis, exemptio illius duobus fere mensibus post peractam irrotulationem Actorum demum facta tanto minus attendenda, quanto importuniori tempore, loco, & modo eadem facta est, tantum igitur abest, ut sententiam à prædicto Collegio conceptam, Actis ipsi transmissis & Legibus ac Constitutionibus conformem & optimè convenientem ipso jure nullam reddat.

Eben so wenig aber ist 2.) das vorgeschützte gravamen, deswegen Hr Beklagter von Veltheim anderweit leuterirt hat, von einiger Erheblichkeit, sintemal dabey nichts neues eingebracht, sondern bloß aliis formalibus repetirt, was in den Actis schon mehr denn zehen mal vorgekommen, und solidè widerlegt. Es ist besage der ausgekündeten, und auf sonderbaren Befehl der Chur-Brandenb. Fürstl. Halberstadtischen Hochl. Regierung durch offentlichen Druck publicirten, den Städten Halberstadt, Aschersleben und Osterwigk gnädigst eingewilligten und concedirten, toties quoties confirmirten, declarirten und extendirten Privilegien und Edicten über die ihnen zustehende Brau-Gerechtigkeit, sub signo ⊙ vol. 2. Act. fol. 114. seqq. beygelegt, in dem Fürstenthum Halberstadt mehr als notorium, daß wie in dem benachbarten Hertzogthum Magdeburg, in der Marck Brandenburg, in dem Chur- und Fürstenthum Sachsen ꝛc. also auch insonderheit in besagten Fürstenthum gedachte drey Städte Halberstadt, Aschersleben und Osterwigk das Maltzen und Brauen auf feilen Kauff, als ein Bürgerliches Gewerb, Handthier- und Nahrung, dafür es communi Germaniæ consuetudine gehalten wird, gegen gewisser onerum Ubernahm und præstation, per modum Privilegii conventionalis dergestalt an sich gebracht, daß es ihnen allein zukommen, und auf dem Lande, vornemlich denen von Adel, ausdrücklich verboten seyn solle, convenienter dispositioni 5

l. 3. C. de commerc. & mercat. ubi Impp. Honor. & Theod. ita: *Nobiliores natalibus & honorum luce conspicuos & patrimonio ditiores pernitiosum urbibus mercimonium exercere prohibemus, & inter plebejos & negotiatores facilius sit emendi vendendig commercium.* 6

Quam legem utut nonnulli solum ad mercaturam sordidam & avaram restringere velint, qualis adeò non sit, ubi quis ex fructibus in suis agris natis cerevisiam confectam vendat, ut potius pro specimine boni patrisfamilias haberi debeat; ea tamen limitatio textus verbis non congruit, quæ generaliter satis sunt concepta, & rationibus 8 etiam generalioribus nituntur, nimirum prohibetur ibi omnis mercatura, quæ urbibus est pernitiosa. Fluit igitur inde hæc propositio: Ex quâ negotiatione metuendum est, ne urbibus attrahatur pernities, plebejisque difficilius constituatur commercium, illa nobilibus est interdicta. Sub quâ subsumimus: At ex coctione & venditione cereviſiæ à nobilibus facta hoc metuendum est. E. Nam si Nobilibus permitteretur pro- 9 miscue cereviſiam coquere & vendere, ineffabile damnum urbes inde consecuturæ essent. Nam ita frumentum ad braxandum necessarium non adveheretur urbibus, nec cereviſia in urbibus cocta aveheretur, sicque nihil foret sperandum certius, quam quod cives ad extremam paupertatem perventuri, & cum civibus etiam rustici perituri. Et quis negabit, quod ita difficilius rerum quotidiana.

tidianarum & neceſſariarum mercimonium
10 plebeiis ſit evaſurum? Porro *ex d. l. 3.* fluit 2.) & hæc propoſitio: Quæcunque negotiatio eſt civium plebejorum in urbibus degentium propria, illam non poſſunt ſibi vindicare Nobiles. At negotiatio, quæ fit vendendo cereviſiam, eſt civium in urbibus degentium propria, ex communi Germaniæ fere conſuetudine. E. 3.) ex Edictis & Pri-
11 vilegiis iſtis ita inferimus: Si vi dictorum Edictorum & Reſcriptorum Civitates iſtæ hoc gaudent jure & Privilegio, ne ab aliis extra illas degentibus coqui poſſit cereviſia venalis, ſequitur quod Civitates Nobilibus poſſint inhibere cereviſiæ venditionem, alias enim ſequeretur, quod Nobilibus liceret contra Privilegium venire, & ſic inane eſſet Civitatum illarum Privilegium. At vi dictorum Edictorum & Reſcriptorum Civitates iſtæ hoc gaudent Jure & Privilegio, ne ab aliis extra illas degentibus coqui poſſit Cereviſia venalis, quod ſatis clare & aperte produnt ipſa Edicta & Reſcripta.

12 Denn als ſuperiori ſeculo einige von Adel, Beamte, Weichbilder und Flecken den Brau-Handel zu Nachtheil der Städte zu treiben ſich unterfangen, und ſelbige ſich auf öffentlichem Land-Tage zu Gröningen Ao. 1558. gehalten beſchwehret iſt durch weyl. Herrn Marggraff Sigismundum zu Brandenburg, als damaligen Adminiſtratorem des Stiffts Halberſtadt, mit den Geſandten des Dom-Capituls, denen Prælaten, denen von der Ritterſchafft, und Geſchickten der Städte, durch einen von allen Seiten beliebten Abſchied es dahin einhellig verglichen, daß ſonderlich das Bier-Brauen auf dem Lande, und die Schenckung des fremden Biers in Flecken und Dörffern, abgeſchaffet werden ſollte. Es hat auch bald hernach und zwar Ao. 1565. eben derſelbe Biſchoff, um ſolche Pacta publice conventa zur Execution zu bringen, durch ein öffentlich angeſchlagenes Edict allen und jeglichen, ſo zur Neuerung Brau-Häuſer aufgerichtet, aber von den vormaligen Biſchoffen ſonderlich damit nicht privilegiret, oder dieſelben über Rechts-bewährte Zeit bißher im Beſitz und Gebrauch nicht gehabt, ernſtlich geboten, daß ſie ſolche Brau-Häuſer abzuſchaffen, und ſich des Getrancks aus den gemeldten dreyen Städten allein zu erholen, bey Vermeydung ſchwerer Straffe, ſchuldig ſeyn ſollten. Und iſt hernach von den ſuccedirenden Biſchöffen ſolches Ao. 1585. 1587. 1589. 1590. 1592. 1600. 1601. 1605. 1623. 1625. 1630. auch bey der Königl. Schwediſchen Regierung Ao. 1633. 1634. 1647. nicht allein vielfältig wiederholet,
13 ſondern auch von dem Durchläuchtigſten, Großmächtigen Fürſten und Herrn, Herrn Friedrich Wilhelm, Marggraffen zu Brandenburg ꝛc. ꝛc. Höchſtſeel. Andenckens, als erſten Erb-Fürſten des ſeculariſirten Stiffts, Ao. 1654. 1656. 1658. 1659. 1661. 1663. 1664. 1668. 1674. 1676. 1677. 1679. renoviret, und zwar in Ao. 1668. mit der notablen expreſſen Declaration: Daß Ihro Durchl. nicht allein die hiebevor im gantzen Fürſtenthum am 25. Febr. 1658. und 25. Sept. 1661. publicirte und affigirte Brau-Edicta in allen ihren puncten und clauſulen anhero wiederholet, Krafft dieſes renovirt haben, und nach dem wörtlichen Innhalt die obgemeldte drey Städte bey ihrem privilegirten Brau-Recht gegen jedermänniglichen manutenirt wiſſen, beſondern auch aus hoher Lands-Obrigkeitlicher Macht in allen Brau-Sachen dieſen ſonderbaren modum procedendi in vim Conſtitutionis Provincialis & ſpecialis, gleich in benachbarten Orten, hierdurch publiciret haben wollten; thuen auch ſolches damit nochmals dergeſtalt und alſo, wofern ſichs befinden ſollte, daß auſſerhalb denen dreyen Städten in denen andern Weichbildern, Vorwercken, Flecken und Dörffern, eine oder andere des Fürſtenthums Halberſtadt Unterthanen, ingleichem die Landſaſſen, Adel und Unadel, auf feilen Kauff Bier oder Breyhan zu brauen, daſſelbe auf Hochzeiten, Kindtauffen und dergleichen Gaſtereyen, 14
auch ſonſten zum öffentlichen Ausſchanck in die Krüge zu verführen, ſich neuerlich unternehmen, und dieſelbe ihre etwa prætendirende poſſeſſion vel quaſi nicht beweiſen würden, gegen ſolche Turbatores mit der zugelaſſenen Pfandung (jedoch daß ſolche civiliter und mit Vorbewuſt und conſens der Halberſtädtiſchen Regierung geſchehe) verfahren werden ſollte; Und wenn gleich das Summariiſſimum auf ſolche maſſe entſchieden, oder von denen Städten einem und andern anmaßlichen Land-Brauer in Poſſeſſorio Summario ultro zugeſtanden, ſo ſollte doch ſolches keinen weitern effect haben, als daß derſelbe nur lite ſuper Ordinario vel petitorio pendente in quantum bey ſeiner poſſeſs vel
quaſi gelaſſen würde; demnach auch Ih. Durchl. 15
obgemeldte drey Städte ferner unterthänigſt zu erkennen gegeben, daß ihnen zu mercklicher Beſchwerde gereichete, wann ſie des Brauweſens halber mit einem und andern abſonderliche Proceſs führen ſollten, als woraus groſſer Zeit- und Geld-Verluſt entſtünde, ſie aber hingegen an ihrer Wohlfahrt und Aufnehmen gehindert würden: Als haben Ihro Durchl. zu Aufhebung koſtbarer Weiterung und deſto ſchleiniger Erörterung derer des Brauweſens halber ſich enthaltenden Strittigkeiten, die fernere Verordnung gethan, und wollen, daß, weil die mit dem Brauweſen abſonderlich privilegirte Städte, ſo viel die Brau-Sachen betrifft, auch in ordinario poſſeſſorio vel petitorio vermög des Ao. 1558. gehaltenen Land-Tags-Abſchieds fundatam intentionem & actionem negatoriam wider die andern de jure haben, alle diejenigen, die ſich berechtigt halten wollen, gleich den andern zu brauen, (auſſer denen Städten und Aemtern, welche entweder Gerichtlich oder auch tranſigendo allbereit ein anders erhalten haben möchten) wann ſie ſchon in ſummariiſſimo poſſeſſorio manutenenz erhalten, oder ſolche ihnen von denen Städten ultrò eingeraumet worden wäre, dennoch ihre gerühmte Brau-Gerechtigkeit, und daß ſie gleich denen obgemeldten Städten des Bier- und Breyhan-

Brauens, dessen Verführunge auf die Krüge, Hochzeiten, Kindtauffen und dergleichen, befuget und berechtiget, auch dasselbe von Alters her ersessen und rechtmäßig præscribiret und hergebracht, nach Anweisung der bey der Halberstädtischen Regierung am 5. Nov. 1658. publicirten und Krafft Rechtens ergriffener Sentenz, innerhalb einer gedoppelten Sächsischen Frist von Zeit geschehener publication und affixion dieses Edicti an zu rechnen, welcher terminus ihnen pro omni & præclusivo ernennet worden, vor der Halberstädtischen Regierung, (denen Städten ihren Gegenbeweiß und andere Rechtliche Nothdurfft vorbehaltlich) wie zu Rechte gnug und sich gebühret, darzuthun, zu beweisen und zu justificiren schuldig seyn sollen, mit der ausdrücklichen Verwarnung, wofern in ordinario judicio binnen gesetzter Frist die probation nicht beygebracht werden sollte, daß dann alle dieselben und ein jeglicher insonderheit seiner vorgemeldten action, Rechtens, und der sonst hierdurch zugelassenen probation ipso facto gäntzlich verfallen, und verlustig hiermit eventualiter erkannt, und sothanen gantz unbefugten Brauens hinführo gäntzlich zu enthalten schuldig seyn, die obtinirende Städte aber bey ihrem solcher gestalt erlangten Jure prohibendi & pignorandi gebührlich gehandhabet und ge-
16 schützet werden sollen ꝛc. So haben jetzo regierende Chur-Fürstl. Durchl. zu Brandenburg erst wieder de dato Cöln an der Spree den 7. Oct. Ao. 1694. an ihre zur Regierung des Fürstenthums Halberstadt verordnete Præsidenten, Vice-Cantzler und Räthe gnädigst rescribiret, daß sie es bey dem, was dero in GOtt hochseeligst ruhender Herr Vatter, glorwürdigster Gedächtniß, bereits in dem Edicto de Ao. 1668. aus Landes Obrigkeitl. Macht in vim Constitutionis Provincialis in denen allgemeinen Brau-Sachen ratione modi procedendi verordnet hat, allerdings bewenden lassen, daß nemlich ungeachtet die Land-Brauer in presentanea possessione sich fundiren würden, jedennoch alle dieselbige ohne einigen Unterscheid ihre gerühmte Braugerechtigkeit, und daß sie gleich denen Städten des Bier- und Brühan-Brauens, so wohl für sich und zu ihrer eignen consumption, als auch zum feilen Kauff, befugt und berechtigt, innerhalb einer gedoppelten Sächsischen Frist vor der Regierung darthun, und also titulum possessionis erweisen, und in dessen Verbleibung sothanen Beweißes verlustig erkannt, hingegen aber die Städte bey ihrem solcher gestallt erlangten Jure prohibendi & pignorandi, geschützet werden sollten; Dabey der Regierung gnädigst und zugleich ernstlich anbefohlen, in denen gemeinen Brau-Sachen insonderheit, nach Anweisung des allegirten Edicti vom 27. Julii 1668. und anderer darnach ergangenen Commissionen, schleunigst zu verfahren, insonderheit aber alle diejenige, welche ihr prætendirtes Brau-Recht, und daß sie solches vor dem Land-Tags-Abschied Ao. 1558. legitime gehabt, oder sonst von seiner Churfürstl. Durchl. und Dero Vorfahren mit einem Recht-mäßigen unstreitigen titulo erlangt hätten, nicht alsofort und in continenti gnugsam erweisen können, sondern nur das blosse factum possessionis allegiren, dahin mit Nachdruck anzuhalten, daß sie das Brauen gäntzlich einstellen, und sich dessen bey confiscirung der Pfannen, Kessel ꝛc. auch sonst anderer würcklichen Bestraffung, enthalten sollen ꝛc.

Haben also diesen klaren ins gantze Stifft, 17
anjetzo secularisirtes Fürstenthum Halberstadt publicirten, so offt und vielmals wiederholten, mehr und mehr declarirten, auch öffentlich hin und her affigirten Edictis und Rescriptis nach, auf der Brauer-Innung vielfältiges Beklagen wider Hrn. Beklagten und Leuteranten und dessen Hrn. Vattern vorher nicht nur dergleichen Mandata inhibitoria pœnalia, wie erkannt worden den 5. Aug. 1654. auf 50. Goldgülden, den 12. Aprilis 1659. auf 100. Goldgülden, den 20. Mart. 1690. auf 50. Goldgülden, den 7. Jan. 1691. auf 500. Rthlr. Fiscalischer Straffe, ergehen, sondern auch solche Urtheilen, wie den 11. Jul. 1695. den 11. Mart. 1697. und 26. Jan. 1699. publiciret worden, alle dahin collimirend, daß Hr. Beklagter und Leuterant sich des Brauens zu feilem Kauff und Belegung des Krugs zu Aderstadt, zu enthalten, nothwendig erfolgen müssen, und ist bloß ex abundanti in der Giessischen Urtheil vom 11. Mart. 1697. die 18
clausul: Es wäre dann das Leuterant die vielmals in Actis vorgeschützte præscriptionem immemorialem besser, als seithero geschehen, erweisen könnte und wollte, worzu annoch 4. Wochen pro termino anberaumet werden, und ergehet darauf ferner was Recht ist, reservatis ad litis exitum expensis &c. angehengt. Weil aber Hr. Bekl. und Leuterant derselben kein Genügen gethan, noch die vorgeschützte præscriptionem immemorialem erwiesen, hat keine andere Urtheil darauf können gegeben werden, als wie die à Collegio Juridico Colonienſi eingeholte und den 26. Jan. 1699. publicirte gelautet, und haben deswegen auch wir nach mit gebührendem Fleiß und Sorgfalt beschehener Verlesung der weitläuffigen von A. 1647. biß hieher verhandelten Actorum à capite ad calcem, nach unsern obhabenden Pflichten und besten Wissen, veritate & justitia unice præ oculis habita, nicht anders zu sprechen vermocht deñ wie der Innhalt vorstehender Urtheil besagt.

Gestallten obwohl Hr. Bekl. vermeynt, daß 19
auf das Churfürstl. Edictum de A. 1668. durchaus nicht und noch weniger das Confirmatorium dessen de A. 1694. in decisione hujus causæ einige reflexion könne gemacht und gesehen werden, daß er Krafft deren sollte mögen schuldig erachtet werden den titulum possessionis suæ oder die vorgeschützte præscription besser, als geschehen, zu probiren, wiedrigen Falls aber sich des Brauens zu feilem Kauff und Belegung des Krugs zu enthalten adstringirt und angehalten werden müßte, in Ansehung dessen

quod Lex regulariter sit norma futurorum negotiorum, & rebus ac causis futuris

det

det formam & normam, non præsentibus aut præteritis

l. 3. ibi: *in posterum. C. de legib. l. 7. eod. l. 29.* ibi: *quæ in posterum. C. de testam. l. 18. C. de SS. Eccles.*

proinde si lite pendente lex nova promulgetur aut nova prodeat Constitutio, causa ista non secundum legem illam novam, sed juxta antiquam aut veterem terminanda veniat.

per l. 7. C. de legib. Nov. 82. c. 13. Nov. 113. c. 1.

20 Quod & appellatione durante verum esse docent, ut nempe in appellationis instantia non secundum legem pendente appellatione novitur latam, sed secundum veterem, quæ cum causa in prima instantia adhuc versabatur, vigebat, judicandum, eo quod lex regulariter futuros tantum respiciat casus, præteritos verò minime concernat, & judicis ad quem officium sit cognoscere, num judex à quo in pronunciando observaverit jura & justitiam, quod fieri nequeat nisi antiquæ leges attendantur.

Berlich. *p. 2. dec. 159.* Strauch. *de Statut. à summo Princip. th. 40. per Nov. 150.*

21 Sique Lex nova aut Statutum aliquid prohibeat, hac tamen exceptione, nisi præscriptio obstet, tam intelligi præscriptionem ante legem novam completam, quam post illam inchoatam & impletam volunt

Berlich. *dec. 172.* Strauch. *d. l.*

22 So kan doch diese des Hrn. Bekl. und Leuteranten Meynung durchaus nicht bestehen mit dem gemeinen Schluß der Doctorum, wann sie einmüthig alle fast uno ore tradiren, daß obgleich sonst wohl eine jede neue Constitution oder Gesetz regulariter nur auf die zukünfftige sich begebende Fälle, nicht aber auf die vorher sich zugetragene Casus, noch auf die bereits anhängig gemachte und annoch im Recht schwebende Sachen gezogen werden solle, es beziehe sich denn selbige mit ausdrücklichen Worten zugleich ad præteritos aut præsentes casus

Si enim hoc fiat, ut Lex nova de præteritis & adhuc pendentibus negotiis nominatim h. e. expresse & specialiter caveat, illa quin tunc rectè ad præterita & pendentia quoque trahi queat, nemo dubitat

l. 7. C. de ll. l. 22. ff. eod. c. fin. X. de constit. Philippi *in Usu Pract. Instit. ad tit. de J. N. & G. Eclog. 10.*

23 So sey jedoch ein anders in Lege seu Constitutione Confirmatoria & Declaratoria, sive simplici sive mixta, i. e. partim declarante, partim constituente. Legem enim confirmatoriam & declaratoriam, quæ jus vetus confirmet, declaret & interpretetur, omnino etiam ad negotia præterita & pendentia spectare, etsi expressis vertis id in eâ non sancitum, modo non de alia superioris mente & voluntate constet, communis est conclusio

Gail. *2. O. ult.* Jason. *ad rubr. C. de legib. n. 11.*

24 cujus ratio est in

l. 21. §. 1. ff. qui testam. fac. poss.

quia talismodi constitutio non tam novi quid constituit, quam jam constitutum clarius exprimit ac declarat, unde nulli quicquam de Jure quæsito hic detrahitur.

Gabriel. *commun. concl. lib. 6. tit. de reg. jur. concl. 3. n. 10.* Mev. *p. 5. dec. 277.* ibique alleg.

Weil nun diese Churfürstl. Edicta de Anno 1668. & 1694. auch Confirmatoria & Declaratoria seyn der vielen vorhergehenden Brau-Edicten, so waltet bey uns kein Zweiffel, daß solche nicht optimo maximo jure ad negotia pendentia gezogen werden sollten, folglich solcher Gestallt auch ad causam præsentem mit bestem Fug Rechtens appliciret und diese Sach darnach terminiret und decidiret werden. Wäre demnach Hrn. Beklagten Imploranten und respect. Leuteranten in allwege obgelegen gewesen, zu Rechtlicher Gnüge zu erweisen, daß er oder seine Vorfahren mit der gerühmten Brau-Gerechtigkeit, sowohl zum feilen Kauff und Belegung des Krugs als für sich, sonderlich privilegiret, befreyet und begnadet seyn, oder daß seine Vorfahren dieselbe vor dem Landtags-Abschiede de Ao. 1558. 30. annis rechtmäßig præscribirt, oder er sammt seinen Vorfahren selbige per immemorialis temporis præscriptionem, quæ vim concessionis & privilegii habet, legitime erworben haben, zu docciren. Denn daß die præscriptio temporalis 30. annorum juris coquendi & vendendi cerevisiam contra Civitates jure braxandi specialiter privilegiatas, wann Herr Beklagter derselben innitiren wollte, ante Recessum Provincialem Grüningensem & eum subsecuta Edicta Braxatoria, adeoque ante annum 1558. müßte angefangen und complirt seyn, ist nicht nur expresse in dem Edicto de Anno 1694. versehen, sondern es probirt solches auch in terminis simillimis eleganter per plures rationes

Carpzov. *lib. 1. Resp. 37. per tot.*

Zu Beweisung nun dieser ante publicatum Recessum Grunengensem complirter temporal, oder der von ihm vielfältig allegirter und berühmter immemorial præscription, hat Herr Beklagter nicht nur eine doppelte Sächsische Frist von 3. 4. Monathen, sondern 10. und viel mehr Jahre, durante & jam ultra dimidium Seculum protracta hac lite, gehabt. Um willen er aber inner solcher Zeit weder speciale Privilegium ipsi vel majoribus expresse concessum, noch præscriptionem temporalem ante Recessum Provincialem Gruningensem de Ao. 1558. inchoatam & completam, noch auch die vorgeschützte præscriptionem temporis immemorialis erwiesen, (denn wo ist ein immemoriale tempus von Hrn. Bekl. beygebracht, die producirte Extract aus den Registern oder Rechnungen gehen nicht weiter als biß ad annum 1588. von erstbesagtem 1588sten Jahr aber biß ad annum 1618. macht es mehr nicht als 30. Jahr, die übrige gefolgte Zeit von A. 1618. biß hieher kan nicht gerechnet werden,

denn von Ao. 1618. biß ad annum 1647. da
25 diese annoch wehrende Strittigkeit angefangen, kan nicht computirt werden ob hostilitatem bellicam, quam cujuslibet præscriptionis cursum ipso jure sistere, constat

ex c. 10. X. de præscript. j. Rec. Imp. noviss. de Ao. 1654. §. So viel nun die Capitalien &c. 172. Mev. *p. 2. dec. 1. part. 4. dec. 311. p. 8. dec. 279. n. 1.* Carpzov. *p. 2. dec. 116.*

Die Zeit von Ao. 1647. biß hieher kan ob litem cœptam & motam, (quæ malam fidem inducit, cum quâ nulla præscriptio consistit, ut nil dicamus de tot Edictis malam fidem itidem inducentibus) ebenmäßig nicht gerechnet werden, bleiben also bloß die 30. Jahr von Ao. 1588. biß ad annum 1618. übrig, so kein tempus immemoriale ausmachen, noch ad præscriptionem prætensi juris contra tot Edicta sufficient seyn) so kan unmöglich ein andere Urtheil ausfallen, als wie die vorstehende lautet.

Welches wir, salvo semper melius sentientium judicio, dienstl. zu verlangter Rechtlichen Nachricht nicht verhalten ꝛc. Actum in Collegio nostro den 20. Dec. 1699.

CONSILIUM XC.

De

Prohibitione alienationis in genere, vel restrictè inter vivos, ad alienationem per ultimam voluntatem haud extendenda, & de Jure Protimiseos.

SUMMARIA.

1. *Verba transactionis inter cohæredes initæ:* Daß die Mit-Erben die Auslosung eines Hoff-Guts haben sollten, wann über kurtz oder lang, einer von ihnen seine anererbte *Portion* alieniren oder von Händen geben würde, es seye gleich durch Kauff, Tausch, Schenckung oder andere ersinnliche und zuläßige *contractus* oder Handlungen, *an etiam ad alienationem per ultimam voluntatem spectent?*
2. *Verba: Contraxerunt, gesserunt, quibus paciscentes usi, non pertinent ad jus testandi.*
3. *Inter vivos alienare prohibito alienatio, quæ fit per ultimam voluntatem, omnino permissa & licita censetur.*
4. *Prohibitio alienationis, nisi favore familiæ aut agnationis facta fuerit, respectu ipsius prohibiti odiosa censetur, ideoque restringenda magis, quam ab uno casu ad alium extendenda.*
5. *Nec alienatione simpliciter prohibitâ, hæredis institutio & alienatio per ultimam voluntatem simul interdicta, sed hæc adhucdum permissa intelligitur.*
6. *Quod probatur ex LL. specialiter.*
7. *Alienatio, quæ fit per ultimam voluntatem, est necessaria, quæ sub in genere prohibitâ alienatione non comprehenditur.*
8. *Nemo præsumi potest à se abdicasse liberam testandi facultatem de bonis suis, quæ Jure Gg. cuilibet est concessa.*
9. *Nihil magis hominibus debetur, quam ut supremæ eorum voluntatis (postquam jam aliud velle non possunt) liber sit stylus.*
10. *Lex iniquum esse reputat, si testandi libera facultas alicui adimatur.*
    Eam nec Jure Municipali adimi posse, nec restringendam esse, docetur. ibid.
11. *Pacta strictè sunt interpretanda.*
12. *Jus Protimiseos sec. naturam suam in negotiis permutationis & donationis admitti non solet.*
13. *Jura nostra providè & sollicite cavent, ne circa unam eandemque rem cumulentur & in infinitum excurrant singularia & exorbitantia.*
14. *Jus Protimiseos Jure Communi paucis in casibus obtinet.*
    In quibus casibus obtineat, remissivè. ibid.
15. *Juris Retractus Vicinitatis brevis Historia.*

Als uns zur Juristen-Facultät bey gemeiner Hoch-Fürstl. Würtemberg. Universität Tübingen verordneten Decano und andern Doctoribus beygehender zwischen Veit Martallern, Amtmann zu Nellingen, Christoph Beckhen und Hanß Matthæus Vettinern beeden Handelsmännern uxorio nomine, item Ursulâ Martallerin verordneten Vormündern getroffene Verglich über das Martallerische gültbare Hoffgut zu Jungingen, so erstgedachten Martallerischen Erben nach seel. Ableiben ihres resp. Vatters und Schwähers Veit Martallers, zu vier gleichen Portionen erblich zugefallen, überschicket, und großg. verlanaet worden, weil sich unter ihnen die strittige Frage hervorgethan:

Ob

Ob nicht dermahligen Innhabern eines bemeldten Verglichs ungehindert, befugt und berechtiget sey, ihren Geschwistert oder Geschwistert Kindern, ja gar einem Fremden ihren testamentl. Erben dergestalt zu verschaffen, daß die übrige Innhabere der Auslosung sich nicht bedienen und prævaliren können?

1 Darüber unser rechtliches Sentiment zu eröffnen; So haben wir nicht ermangelt, zu Bezeugung schuldiger Dienstgeflissenheit, und Beförderung der lieben Justitz, davon gleich nach den Feyertägen in versammletem Collegio zu berathschlagen, und sollen zu verlangter rechtl. Nachricht dienstlich nicht verhalten, daß wir einhellig der beständigen rechtl. Meynung seyn, daß der dermahligen Innhaber einer oder ander, des bemeldten Verglichs ungehindert, wohl befugt, und berechtiget sey, seinen Geschwistert oder Geschwistert Kindern, ja auch wohl gar einem Fremden Testaments-Erben, sein Antheil dergestalt zu verschaffen, daß die übrige Innhabere der Auslosung sich nicht bedienen und prævaliren mögen, und solches aus folgenden Ursachen, weil die paciscirende Erben ihnen ausdrücklich das Jus protimiseos unter einander auf den Fall aus- und angedungen, wann über kurtz oder lang einem oder dem andern unter ihnen oder ihren Erben sein anererbte Portion an gedachtem Hoff-Gut zu alieniren und von Handen zu geben belieben würde, es wäre gleich durch Kauff, Tausch, Schenckung ꝛc. oder andere ersinnlich und zuläßige Contractus oder Handlungen, wie sie immer Namen haben, daß alsdann jeder in Krafft des getroffenen Erb-Verglichs und Vereinigung aufs kräfftigst und beste gehalten und verbunden seyn solle, seinen dreyen Mit-Erben und Mit-Innhabern erstberührten Hoff-Guts, oder dero Erben solches zu erst und vor männiglichen anzuzeigen und zu wissen zu thun, und so fern ihnen sämmtlichen oder einem jeden insonderheit solchen Theil zu erkauffen oder zu erhandlen und mit Recht an sich zu bringen beliebig und gelegen seyn möchte, daß sie Fug, Recht und Macht haben sollen, dieselbe Portion an offtgedachtem Hoff mit allen Rechten, Gerechtigkeiten, Ein- und Zugehörungen, doch um den mit und gegen einander verglichenen Kauffschilling, benanntlich ein Viertel 300 fl. an sich zu erkauffen, zu bringen, und zu verhandlen, der alienirende Theil auch ihnen oder ihren Erben solchen allezeit vor andern Personen gütlich zukommen lassen solle und wolle ꝛc. In welchen Worten von nichts anders als von alienationibus, die durch Contractus und negotia inter vivos bey den Lebzeiten geschehen, geredet, und in solchen das Jus προλιμήσεως von ihnen unter einander angedinget wird, deßwegen sothaner Verglich auf die letzte Willens-Verordnung, so ein oder ander Innhaber solchen Hoff-Guts über seine Portion aufzurichten begehrt, und dadurch dieselbe dem, zu welchem er eine Affection trägt, zu vermachen vorhabens ist, mit Recht nicht mag extendirt, noch davor gehalten werden, daß die Freyheit dergleichen letzten Willens-Verordnung aufzurichten ihnen benommen seyn sollte,

Quia verba: Contraxerunt, gesserunt, 2
quibus paciscentes usi, non pertinent ad jus testandi

l. 19. ff. de verb. signif. ibi Gœdd.

Sed inter actus inter vivos atque actus morientium sive ultimas voluntates, magna est differentia

l. fin. ff. commun. prædior. c. cum dilecti. in fin. de donat.

hinc prohibitio alienationis per contractus & negotia inter vivos, minime includit & comprehendit heredis institutionem seu alienationem per ultimam voluntatem, sed in- 3
ter vivos alienare prohibito, alienatio, quæ fit per ultimam voluntatem, omnino permissa & licita censetur, ex communi Dd. sententia fundata,

in l. Pater filium. 38. §. fundum. 3. ff. de legat. 3. ibi: *hoc ex voluntate defuncti colligi posse, filium, quoad viveret, alienare vel pignorare non posse, testamenti autem factionem & in eo fundo in extraneos etiam heredes habiturum*

post Salicetum, Socinum, Surdum, Cephalum, Menochium & alios Vinc. Fusar. *de substit. qu. 682.* Brunnem. *ad d. l. 38. n. 4.*

quia prohibitio alienationis, nisi favore fa- 4
miliæ, aut agnationis seu masculorum, ut bona in familia perpetuo conserventur, facta fuerit, respectu ipsius prohibiti, odiosa utique censetur, ideo restringenda magis, quam amplianda & de uno casu ad alium extendenda,

post infinitos alios à se allegatos laudatus Fusar. *qu. 676. & 678.*

Unde sua sponte consequitur, alienatione per venditionem, permutationem, donationem, aliosque contractus prohibita, nequaquam prohibitam intelligi posse heredis institutionem, aliamque alienationem mortis causa, seu per ultimam voluntatem, quod extra omnem difficultatem esse dicit

Surdus *dec. 124. n. 10.* post alios plures Fusarius *d. qu. 682. & qu. 712.*

Quin, nec simpliciter etiam alienatione pro- 5
hibita, heredis institutio & alienatio per ultimam voluntatem simul interdicta & prohibita censetur, sed hæc adhuc omnino permissa intelligitur, ex communiori Dd. sententia

per d. l. 38. §. 3. de legat. 3. ubi testator 6
reliquit fundum, & prohibuit illum alienari extra familiam, donec prohibitus viveret diciturque, quod si ille prohibitus heredes instituat extraneos, valida sit institutio, jung. *d. l. 38. §. 4. & l. 93. pr. de legat. 3.* ubi testator similiter bona sua alienari prohibuit, & nihilominus

nus heredis, extranei quoque institutio valida esse deciditur, facit eo *l. 1. ff. de fund. dot.* ubi prohibitio alienationis simpliciter facta non includit heredis institutionem, vi regulæ, quod multa cum universitate transeant, quæ alias non transirent *l. 62. ff. de acquir. rer. dom.* & quod prohibita alienatione intelligenda sit prohibita alienatio voluntaria, non necessaria, qualis est alienatio, quæ fit per ultimam voluntatem & inprimis per heredis institutionem, cum nemo possit semper vivere, sed moriendo quemque oporteat heredem habere & bona sua aliis relinquere. *l. 13. fam. ercisc. l. 8. §. 2. 3 ff. de alien. jud. mut. causa fact.* Fusar. *d. qu. 712. n. 13. seqq.*

7

Quanto minus igitur alienatio per ultimam voluntatem interdicta censebitur, ubi paciscentes se disertis verbis restrinxerunt ad alienationem inter vivos per venditionem, permutationem, donationem & alios contractus faciendam, inque ea sibi invicem jus protimiseos reservarunt in casu futuræ ejusmodi alienationis exercendum.

8 Welches hier um so eher angehet, als wann man solch Veräusserungs-Verbot ohn vorgehende Anzeige und Anerbietung des veräusserenden Theils den Mit-Erben und Mit-Innhabern des Guts auf die Testaments-Verordnung erstrecken wollte, dadurch die libera facultas testandi bey den Mit-Erben gar sehr gehemmet und verhindert würde, so sie intendiret zu haben, de jure nicht kan præsumiret werden.

Quia nemo præsumi potest à se abdicasse liberam testandi facultatem de bonis suis, quæ de jure gentium cuique concessa, & omnibus permissa est,

Joh. Harpprecht. *ad pr. Inst. de testam. ordin. n. 63.*

9 Eaque salva & illibata cuilibet merito manere debet, cum nihil sit, quod magis hominibus debeatur, quam ut supremæ voluntatis, (postquam jam aliud velle non possunt,) liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit, arbitrium.

l. 1. C. de SS. Eccles.

10 hinc lex iniquum esse reputat, si testandi libera facultas alicui adimatur.

l. non usque adeo. ff. si quis à parent. manum.

eandemque nec Jure municipali adimi posse, nec restringendam esse, docent

Sixtin. *vol. 1. Cons. Marp. 14. n. 25. seq.*

Besold. *Cons. 56. num. 7. seq. per l. 52. §. 9.* ibi: nec libertatem de supremis judiciis constringere quis poterit. *ff. pro soc. & l. fin. C. de pact.* ibid. Dd.

sondern weil sie in dem Verglich allein von den Veräusserungen, die durch Kauff, Tausch, Schenckung und dergleichen Contractus und Handlungen geschehen, mit aus rücklichen Worten gedacht, und ihnen in solchen Veräusserungs-Fällen das Näher-Recht und den Verkauff ausgedungen und reserviret haben, ist vielmehr die rechtliche Vermuthung, und kan man nicht wohl anders muthmassen, denn daß sie ihnen haben wollen die freye Macht vorbehalten, von ihren ererbten Antheilen des anerstorbenen Hoff-Guts, wann es ihnen also gefallen würde, nach Belieben zu testiren, und in letzten Willens-Verordnungen pro arbitrio suo zu disponiren, ohn einigen ihnen deßfalls beschehenden Eintrag von ihren Mit-Erben, die sich auch daher so weniger des ausgedungenen Näher-Rechts oder Juris protimiseos cum effectu würden bedienen können, wann ein oder anderer Innhaber des Guts künfftig von seinem Theil irgends sollte disponiren, und selbiges einem seiner Geschwistrig, oder Geschwistrig Kinder, oder auch gar einem fremden Testaments-Erben, der es um ihn verdienet, ausmachen, als ungezweiffelt es ist, daß ermeldtes Jus protimiseos vel retractus weder Krafft des eingegangenen und getroffenen Verglichs (als der allein, wie gemeldt und ex verbis klar erhellet, von den Veräusserungs-Fällen, die durch Kauff, Tausch, Schenckung und andere Contract und Handlungen, die bey Lebzeiten vorgenommen, inter vivos abgehandelt, und zu Werck gerichtet werden, redet, und in selbigen sich dessen zu bedienen erlaubet, also dasselbe illius vigore ausser solchen Fällen durchaus nicht mag prætendiret werden, weil das Pactum stricte in den Terminis, darinn es redet, zu nehmen und weiter nicht zu extendiren in causam testamenti 11

per tradita Carpzovii *p. 2. c. 31. d. 15.*

Richteri *dec. 76. num. ult.* & per superius notata.

so weniger als ohne dem schon durch gedachtes Pactum und den getroffenen Verglich das darinn angedingte Jus protimiseos contra naturam suam ad permutationem & donationem extendiret worden, in denen negotiis es sonst sua natura auch nicht pflegt admittiret zu werden, 12

Carpzov. *d. p. 3. c. 31. d. 16. 17.*

derowegen es desto eher einzuschrencken und nicht 13
ligar in infinitum auch ad causam testamenti contra omnem rationem zu extendiren,

ne nimium circa eandem rem cumulentur singularia & exorbitantia, quæ ne in una eademque re in infinitum excurrant & excrescant, Jura nostra provide & sollicite cavent

l. 1. C. de dot. promiss. Sanden. *lib. 3. Decis. Frisic. tit. 15. d. 2.* Barbos. locuplet. *lib. 17. cap. 35. ax. 2.*)

noch sonst vi juris communis Statt finden könne, gestalten bekandter Massen das Jus protimiseos Jure communi allein, so viel die allodial- und eigenthumliche Güter betrifft, in wenig Fällen, 14

quos refert Rauchbar. *p. 1. qu. 43. n. 21. 22.* Sutorius *de jure retract. cap. 1. th. 10.*

fundirt und gegründet ist, denn obwohl das Jus protimiseos & retractus, so vor des Kayserß Theodosii Zeiten auch den Vicinis zustunde, 15

hernach

hernach aber von erstermeldtem Kayser Theodosio aufgehoben worden, durch der nachfolgenden Käyser Lacapeni und Friderici Satzungen wiederum bestätigt, und aufs neue wieder eingeführt und reducirt, so sind doch itztberührter Kayser Lacapeni und Friderici Constitutiones (quas exhibet Cujacius *lib. 5. Feud.*) niemahls unter die beschriebene und übliche Rechte gerechnet und gesetzet worden, sonst aber das Jus protimiseos von den löbl. Käysern Valentiniano, Theodosio & Arcadio *in l. 14. C. de contrah. empt.* in gemein, ausser den erwehnten à Rauchbario referirten Special-Fällen, abgeschafft, weil nun unter denselben ausgenommenen Fällen gegenwärtiger nicht begriffen, würden sich die Mit-Innhabere des quæstionirten Hoff-Guts, falls einer oder ander der Mit-Erben sein innhabendes Theil per testamentum jemanden verschaffte, des Juris protimiseos seu retractus zu solchem verschafften Theil, so weniger anmassen können, als wann gleich besagte Constitutiones der Käyser Lacapeni und Friderici jemahls in Teutschland Rechts-Krafft erlanget hätten, und in Ubung kommen wären, doch die causa testamenti darinn expresse excipirt und eximirt, daß darinn das Jus protimiseos nicht statt finden, sondern die alienatio in testamento, vel per ultimam voluntatem, frey zugelassen seyn solle.

Derowegen wir nochmahls, salvo cujusvis aliter sentientis judicio, beständig dafür halten, daß der dermahligen Innhaber einer oder ander, des angezogenen Verglichs ungehindert, wohl befugt und berechtigt sey, seinen Geschwistert, oder Geschwistert-Kindern, ja auch wohl gar einem fremden Testaments-Erben, sein Antheil des Hoffs dergestalt zu verschaffen, daß die übrige Innhabere der Auslösung sich keines wegs dawider bedienen und prævaliren mögen.

Wollten solches zu verlangter Rechts-Belehrung dienstlich anfügen unter göttl. Schirms-Empfehlung und Anwünschung eines glücklich und ersprießlichen, Fried- und Freudenreichen gesegneten Neuen Jahrs verharrend, Actum in Collegio nostro den 30 Decembr. 1699.

Dienstwillige
Decanus und andere Dd. der Juristen Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Würtemb. Universität Tübingen.

CONSILIUM XCI.

DE

Moderatione & mutatione Juris mortuarii & aliarum præstationum inter Cœnobium quoddam & homines ejus proprios conventa, valida vel invalida, item de requisitione protectionis domini territorii sine consensu Domini Jurisdictionis, a subditis subalternis facta, &c.

SUMMARIA.

1. *De valore instrumenti, cujus mentio fit in facto num. 2. disquiritur.*
2. *Jus nostrum non patitur, ea, quæ bona fide, pacto vel transactione firmata sunt, sine justa causa rescindi.*
3. *Plura huc facientia ex LL. adducuntur.*
4. *Conventio & transactio non minorem obtinet auctoritatem, quam res judicata & juramentum.*
5. *Ea nec ob noviter reperta instrumenta facile rescindenda.*
6. *Rationes contra alterum instrumento, de quo in facto n. 3.*
7. *Transactio & pactum remissorium quomodo differant?*
8. *Prima exceptio sub num. 6. allata refellitur ex historia Belli rusticani de Anno 1525.*
9. *Quid huic tumultui causam dedisse censeatur.*
10. *De Georgio Truchsessio Walpurgio celebri olim Duce* der Bunds-Völcker, *& Ducatus Würtemb. Præside, ejusque fama, existimatione & auctoritate.*
11. *Sigillum seu subnotatio idem, imo interdum plus probare dicitur, quam subscriptio.*
12. *Si Sigillum publicum Principis, Comitis, Baronis, Civitatis vel Universitatis literis vel monumentis aliorum confirmationis gratia accedit, hoc probationem probatam facere, ac inducere vim scripturæ publicæ, statuitur.*
13. *Quo plura Sigilla adhibentur, eo magis res stabilitur & probatur.*
14. *Scripturæ in Archivo publico asservatæ & ex eo prolatæ plenam faciunt fidem, etiamsi non sint publicæ.*
15. *In Chirographo, in quo debitor confitetur, se debere, sufficit, à debitore esse subscriptum, vel ab alio ejus nomine, nec requiritur, ut etiam à creditore sit subscriptum.*
16. *An ad validitatem pacti à Monasterio quodam cum hominibus propriis, de moderatione præstationum iis incumbentium initi, præter consensum Præpositi & Capituli requiratur etiam ratificatio Ordinarii seu Episcopi.*

17. *Transactio etiam est, ubi ab altera parte aliquid remittitur, ab altera promittitur, si modo id fiat rei dubiæ decidendæ gratia.*
18. *Confirmatio Principis nihil juris novi tribuit, sed juris prius quæsiti duntaxat est corroboratio.*
19. *Aliquid novi dare, extendere & augere confirmatum de intentione confirmantium non est.*
20. *Præcipue si confirmatio nominatim se referat ad confirmatum aliquod privilegium, aut verba ejus diserte recenseat.*
21. *Agricolationem etiam per præscriptionem induci in eo, qui antea liber fuit, probatur.*
22. *Multo magis homines proprii nativitate tales certum modum præstationum vel jus mortuarii præscriptione firmatum observare tenebuntur.*
23. *Qui instrumentum vel scripturam penes se habet vel habuit, notitiam ibi omnium contentorum habere vel habuisse, jure præsumitur.*
24. *Bonam fidem præsumi, donec mala probetur.*
    Ampliatur, etiamsi ex causa lucrativa possideatur. ib.
    Et præcipue præsumi b. f. ex lapsu 30 annorum. ibid.
25. *Restrictio quorundam Dd. ad rerum tantum corporalium possessores, non ad incorporalium, ut in quibus bona fides non præsumatur, refertur.*
26. *Præsumptio bonæ fidei ex 30 annorum possessione continuata admittit probationem malæ fidei in contrarium.*
27. *Quam malam fidem probari etiam ex scriptura & instrumentis, quæ possessor vel quasi penes se habuit, & inspicere potuit, asseritur.*
28. *Scire, vel scire debere, vel facile scire posse in jure paria.*
29. *Cum scientia rei alienæ, vel juris sibi non competentis bona fides consistere nullatenus potest.*
30. *Mala fides omnem impedit præscriptionem & usucapionem.*
31. *Jus Civile admittit præscriptionem 30 vel 40 annorum cum mala fide.*
32. *Secus Jure Canonico.*
    Quod posterius etiam in Foro Civili observatur, ob evitandum peccatum. ibid.
33. *Nec immemorialis temporis præscriptio sine bona fide procedit.*
34. *Ubi mala fides liquido prælucet, cessat præsumtio bonæ fidei, cum præsumptio cedat veritati.*
35. *An dubitatio officialium præscriptioni Domini obstare possit? Conf. n. 38.*
36. *In præscriptione bonam fidem positive requiri, & hinc excludi dubitantem, maxime, si dubium practicum apud possessorem præscribentem enatum sit.*
37. *Distinctio hujus dubii apud præscribentem in theoreticum & practicum secundum D. Struvium explicatur.*
38. *Quid de officialium dubitatione tenendum?*
39. *An homines proprii, qui domino suo, alterius superioritati territoriali subjecto, jurato promiserunt*, keines andern Herrn Schutz oder Schirm *sine domini sui consensu* zu nehmen, *tamen licite clientelæ & protectioni domini territorialis sese subjiciant?*
40. *In Constitt. Imp. prohibentur subditi statuum, sine superiorum suorum scientia & consensu, sese in alterius clientelam & protectionem dedere.*
41. *Ratio prohibitionis.*
42. *Itidem statibus interdictum, ne alterius subditos in clientelam suam recipiant sine hujus scientia.*
43. *Subditos eorum, qui Jurisdictionem subalternam tantum habent, in statu gravaminum licite confugere ad Patrocinium & Clientelam Domini territorialis.*
44. *Potius incumbere hoc Domino territorii, tueri subditos subalternos à gravaminibus & injuriis, cum & Domini Jurisdictionis subalterni suo jure ob abusum ab isto privari possint.*
45. *seqq. De officiali alterius partis, qui documentum utrique commune alteri parti communicavit, jurato vel non jurato, puniendo vel non puniendo.*

SPECIES FACTI.

1 Das Collegiat-Stifft Canonicarum Regularium S. Augustini ad S. Petrum in Waldsee hat vi Fundations-Brieffs sub Lit. A. per verba: Ministeriales &c. &c. à tempore fundationis leibeigene Leut zu Unterthanen gehabt, von welchen man ut infra sub Lit. C. §. 1. klar enthalten, jederzeit Todten- und Erb-Fäll dergestalten gezogen, daß wo die Kinder alle bereits ausgegeben gewesen oder ein leibeigen Mensch eines oder mehr ohne Leibs-Erben mit Todt abgegangen dem Gottshauß alles sonder und sammt heimgefallen gewesen; Welche Gerechtsame Kayser Friderich der Ander sub dato Grätz den 23 Novembr. 1479. L. copeylicher Anschluß Lit. B. neben andern Freyheiten, Recht und Gerechtigkeiten unter diesen formalien allergnädigst erneuert und confirmirt, daß das „ Gottshauß von seinen eigenen Leuten, so die „ mit Todte vergehn fähl und löß, wie obbe„ stimmt und in andern Gottshäuser in dem „ Heil. Reich gepflogen wird, nehmen solle „ und möge, von aller männiglich unverhin„ dert ꝛc.

Gleichwie

2 Gleichwie nun aber dergleichen Exercitium denen Unterthanen beschwehrlich gefallen, und vermuthlich zur emsig und fleißiger Einrichtung ihrer Würthschafft wenig Lust gebracht, und dahero diese bewogen worden, sich um eine Moderation angelegentlich zu bewerben; Als hat eine gnädige Herrschafft aus besondern Gnaden, Neigung und guten Willen gegen Erlegung fünff hundert Pfund Heller und Remittirung aller verbriefft- und unverbriefften Schulden, so die Herrschafft denen Unterthanen zu thun gewesen, Krafft beyliegender Copiâ Vertrags- oder Bekandtnuß-Brieffs sub Lit. C. geschehen lassen, daß von denen leibeigenen Unterthanen, es seyen Mann oder Frauen, sie wohnen auf des Gottshauß eigenen oder andern Gütern, nach ihrem Todt loco der hievorigen Erb-Fäll allein das beste Haupt-Vieh und zwar von einem Mann, es seye Roß oder Kuhe, von einer Frauen aber die beste Kuhe dem Gottshauß indistincte vor Haupt-Recht gebühren, falls aber einer oder mehr nicht Roß oder Kühe hätten, es seyen gleich Eheleut oder Ledig, die eigen Brodt oder Gewerb haben, sie sässen gleich in Städten, in Dörfern oder auf dem Lande, nach ihrem Tod ihre Erben dem Vermögen nach mit einem jederweiligen Herrn Prälaten deßwegen abkommen, benebens, welche mit einer gantzen Mäni bauen 1 fl. ein halb Mäner 30 kr. und der nichts hat 15 kr. vor Kleider-Fall, er gehöre dem Gottshauß oder Amtmann, bezahlen und erlegen sollen. Gleichwie es darmit über 40 Jahr und biß die schädliche bäurische Aufruhr im Land entstanden, ruhiglich gehalten worden.

3 Nachdeme nun aber in Annis fünffzehen hundert etlich und zwantzig der Pöbel, wie gemeldt, gegen denen Herrschafften passim aufgestanden, und sich dem schuldigen Gehorsam höchststräfflicher und gewaltthätiger Weiß entzogen, zumalen aus ungeziemdter Bosheit erfrechet, ihrer von GOtt vorgesetzter Obrigkeit Leges zu præscribiren; Als haben auch vermuthlich dieses Gottshauses Unterthanen und leibeigene Leute bey solchen Conjuncturen dem damaligen Hrn. Probsten und Capitul nach Lit. D. ein Auffsatz gemacht und sich obligirt, fürohin der schuldigen Fäll halber, statt des vorhero gelieferten Besten reverendo Stück Vieh an Roß oder Kuhe, an Geld zu 6. 4. 2. 1 $\frac{1}{2}$ $\frac{1}{2}$ und $\frac{1}{4}$ fl. auch vor die Weinfuhren nichts mehr an Geld zu be-
4 zahlen, welcher Auffsatz auch Namens ihr der Unterthanen vom damaligen Hrn. Graf Truckhsässen und der Stadt Waldsee gefertiget worden, ohne jedoch, daß solcher Bekandtniß oder Obligations-Brief von dem Gottshauß, oder von jemanden in dessen Namen mitgefertiget worden, wie es doch die Nothdurfft erfordert, daß die schrifftliche Transactiones, quæ cum dato & retento fieri solent, von beeden Theilen gefertiget werden müssen sonsten sie sonderlich wider den beschwehrten Theil nichts probiren können; Welches dann die Muthmassung gibt, daß solcher Bekandtniß sive Obligations-Auffsatz nur ein Concept und in intentione geweßt, also wegen nirgends erscheinender Gegen-Bekandtniß und Acceptation so offerirter anderseitiger Obligation seiten des Gottshauses, nie zu seiner Perfection gekommen, noch die innen bemerckte Taxa jemalen amplectirt oder angenommen worden. Da hingegen aus denen 5
von Anno 1620. herkommenden Protocollis (weiter zuruck sind keine zu finden) zu erweisen, daß man denen Beständern der Güter, als welche durchgehends Leib- und mit dem Tod der Besitzer heimfällige Lehen seynd, vor die Weinfuhren wie nach Lit. E. extrahirt worden, in specie das Geld bedungen und den lebendigen Fall des besten Stuck Viehs ꝛc. wie die Bekandtniß de Anno 1483. anzeigen thut wiederum und biß anhero ruhiglich gezogen, oder sich mit denen Unterthanen auf eingelegte unterthänige Bitt an Geld behandlet, ohne daß biß ad annum 1698. deßwegen ein und anders in contrarium movirt worden, man auch nicht eigentlich wissen oder sich jemands erinnern kan, ob und welcher Gestalten sich die Sach geändert, an per novum pactum, conventionem, oder in ander Weg occasione der neuen Beständen es geschehen, ausser daß L. beygebogener Copiæ sub Lit. F. dergleichen Gerechtsame vom Kayser Ferdinand dem Andern mildseeligster Gedächtniß in anno 1630. dergestalten noviter confirmirt worden, daß das Gottshauß Waldsee von seinen Unterthanen, Fäll und Gläß nehmen solle, wie in andern Reichs-Gottshäusern gewöhnlich gepflogen werde, und vom Kayser Friderich sub anno 1479. allergnädigst concedirt worden, mit specialer Inserirung allerhöchstgedachten Kaysers Friderici Concession, und auch weyland Kaysers Friderici Primæven Fundations-Briefs.

Obwohlen man nun in solchem Exercitio 6
sive possessione vel quasi der Fäll, Gläß und Weingelt so wohl bey dem, dem Gottshauß mit der Niedergerichtbarkeit biß auf Haut und Haar zugewandten Gericht Reuthi, als andern in fremden Gerichten säßhafften, dem Gottshauß mit Leibeigenschafft zugethanen Unterthanen, welche eben dergleichen Auffsatz oder einseitige Bekandtniß sub eodem anno auch haben, erweißlichen uti oben sub Lit. E. gegen die 70 und 80 Jahr und unzweiffentlich noch länger gantz ruhig gestanden, und inzwischen bey 7 Prälaten einander in der Regierung succedirt, auch die Güter ihrer Besitzer halber verschiedentlich geändert worden, und die gegenwärtige mit ihren Vätern, Uhr- und Vor-Eltern in dieser Qualitæt der Leibeigenschafft, und dero anhangender Fall-Gerechtsame sich in das Gericht häußlich niedergelassen, zumalen nicht anderst zu præsumiren, als es werde der Status & conditio der Leibeigenschafft, da solche (nimmer gestehenden Falls) jemalen anderster und nach obigem Bekandtniß-Brief D. eingerichtet geweßt, sowohl zu besagtem Reuthi bey denen des Gottshauß niedergerichtlich, als andern in der Gräflich Truckhsässischen Herrschafft Waldsee angesessenen leibeigenen Leuten, auch mit wissen und bewilligen

willigen allerseits Theilen folglich optima fide ac titulo dictæ nimirum cessionis Cæsareæ alterirt worden seyn, weilen man es sonsten saltem ex parte der Graf Truckhsäsischen Herrschafft Waldsee nicht würde gestattet haben;

7 So hat sich doch des Gottshauß Beamter, nachdeme er vor einem Jahr circa die Gottshäusische Dienst quitiren müssen, eyd- und treuloser Weiß vergessen, daß er neben andern Documenten, auch copiam vidimatam des in anno 1527. errichteten Bekandtniß-Briefs supra Lit. D. mit sich genommen, solche unter Bedingung 200 fl. Recompens denen Gottshäus. niedergerichtlichen Unterthanen eingehändiget, und sie unter ein und anderer Remonstration, sonderlich, wie daß sie Fall und Gläß ꝛc. allein nach dem 1527sten Vertrag zu lieffern schuldig, weilen kein jüngerer Vertrag vorhanden, welcher demselben derogiren thue, auch das Privilegium in anno 1630. nur sub- & obreptitie erhalten worden seye ꝛc. ꝛc. dahin verleitet, daß sie würcklich bey Hochlöbl. Ober-Oesterreich. Regierung zu Innsprugg pro commissione eingekommen, und unter Offerirung 9 fl. jährlich Schutz-Gelds gebetten, sie bey dem Vertrag de anno 1527. zu manuteniren und den Herrn Prälaten zu dessen Vesthaltung Landsherrl. anzuweisen, wie dann auch solche Commission ad inquirendum, componendum aut decidendum allergnädigst erkandt worden.

8 Gleichwie man nun von Seiten des Gottshauß so wohl in conscientia als quoad processum secure gehen möchte: Als hat man sich einer Hochlöblichen Universität rechtliches Parere und Gutachten hierüber und sonderlich über nachstehende Quæstiones ausbitten wollen;

1. Ob man wo nicht wider beede Bekandtniß-Brief de anno 1483. & 1527. sub Lit. C. & D. doch und wenigst wider den letzten ex capite nullitatis zu excipiren, folglich zu prætendiren befugt, das Gotteshauß in statum antiquum der nach eigener Bekandtniß der Unterthanen sub Lit. C. in Ubung gewesenen Erb-Fällen zu restituiren, weilen die Verträg allein in re dubia, keines Wegs aber certa, Statt und Platz haben auch beede Verträg von keinem Præposito sive Abbate, noch dem Capitulo, weniger ab Ordinario & Episcopo juxta SS. Canones, noch dem Lands-Fürsten, wie doch und sonderbar nach Besag des sub clausula irritante gefertigten Stifftungs-Briefs sub Lit. A. erforderlich, cum sint species alienationis & obligationis &c. ratificirt und confirmirt, in der letztern Bekandtniß auch so gar keine Gegen-Erkändtniß bedingt, dato nimirum retentoque alias transactionibus iniri solitis &c. mithin des Gottshauses Condition zu dessen grossen Præjudiz allzusehr deteriorirt worden, wiewohlen sub initio des letztern Vertrags oder respective Bekandtniß-Briefs de anno 1527. gedacht worden, daß man sich zu dieser Alteration aus sondern Ursachen, Bewegungen und Gnaden flectiren lassen: So ist aber glaublich, casu quo (citra præjudicium veritatis) der Vertrag mit dem Gotteshauß also gepflogen worden, daß seiten desselbigen man allein dem noch schwührigen Volck ad tempus auszuweichen, als sich bey erfolgten ruhigern Zeiten darzu beständig verbündlich zu machen bedacht gewesen: Viel glaublicher aber, daß man in puro tractatu müsse gestanden seyn, dieser auch ex una parte ausgefertiget, ex parte Monasterii aber in suspenso und bißher ungefertiget und unsolennisirter gelassen worden ꝛc.

Und da auch

2.) so wohl der Erstere als Letztere, von deme doch dermahlen ex parte subditorum allein Quæstion movirt wird, de jure aut observantia sustinirt werden könnten, ob man sich nicht hierwider des privilegii à Ferdinando secundo noviter impetrati gebrauchen, die possessionem & observantiam contrariam juxta privilegium Cæsareum, consentientibus insuper mediante contractu locati & conducti &c. subditis ac colonis singulis einführen, folglich à 70 vel 80 annis (plures ob defectum scripturarum doceri non possunt) concurrentibus omnino requisitis, bona nimirum fide in tot successoribus Præpositis & Abbatibus haud dubie continuata, justo item titulo accedente, contractus nimirum locati & conducti prævio insuper Cæsareo privilegio &c. plenarie & irrevocabiliter præscribiren mögen? Dann man ja allen ungestehenden Falls auch contra ipsam conventionem successu temporis mit denen neuen Beständern neue Pacta machen, (gleichwie ab adverso per Lit. D. contra Lit. C. auch geschehen zu seyn prætendiret werden will) und wann omnes & singuli solche successive angenommen und deren Successores darauf investirt worden, der Vertrag ja andurch cassirt werden können? cum quilibet possit renunciare favori pro se introducto &c.

Hierüber aber 3tio zu rechtlicher Entscheidung mit angehängt wird, daß ein alter

Mann

Mann, welcher gegen 30 Jahr in diesem Gericht seßhafft ist, und viel Jahr des Gottshauß Gerichts Amman gewesen, dermalen aber seines Diensts entlassen und pro nunc auch unter den gegentheiligen Unterthanen die vornehmere partes contra das Gottshauß vertrittet, spargirt, daß davor circa 16 oder 17 Jahr Herr Licentiat Strigenberger geweßter Gottshäusischer Amtmann tödtlich erkrancket, dieser peracta confessione sacramentali 3 Tag vor seinem End ihne Ammann zu sich beruffen und bekennet hätte, daß er eröffnen müßte, wie daß ein alter Vertrag vorhanden, Krafft dessen die Unterthanen den Fall nicht zu geben schuldig, wie es nunmehro in Ubung gekommen, er wollte sich in seinem Gewissen sicher stellen, und es ihme zu dem Ende eröffnen, daß man der Sachen sich annehmen möge. Nun ist aber an die Herrschafft dannahlen und biß ad annum 1698. nichts gebracht, weniger von denen Unterthanen diserthalben reclamirt worden. Dahero die Quæstion resultiret, ob dieses Spargement und was für eine consideration meritiren könne? Wird davor gehalten, da auch solches Factum genugsam erwiesen, es ein unzeitiger Scrupel von einem der Rechten nicht gnugsam erfahrnen Amtmann und aus obigem in actis sich gefundenen Bekandtniß-Brief sicque ex erroneo sive falso supposito herrührend seyn müsse ꝛc. Die Ursach auch weder von dem Confessario an das Gottshauß gebracht, noch von denen Unterthanen seithero das geringste Widriges moviret worden.

4.) Ob die Unterthanen des Gerichts Reuthi als leibeigene Leute, ex ratione daß sie ohne dem unter Oesterreichischer Landes-Hohen-Obrigkeit gesessen, ohne Wissen und consens des Gotteshauses befugt 9 fl. jährlich Schutz-Geld zu offeriren, auch dieses ex parte altera angenommen werden könne, anerwogen die Unterthanen uti sub Lit. C. und mittelst vorgegangenen Homagial-Actibus sich obstringirt ohne Willen und Wissen keiner andern Herren Schutz ꝛc. anzunehmen ꝛc. Wie dergleichen nunmehro elidirt werden möge, qua actione jurisque remedio diß und all obiges contra Subditos & Colonos zu verfechten? und dann pro coronide & ultimo: Nachdeme die Stritt-Sach von daher eintzig in motum gebracht und zuvorhero per commissionem allerdings sopirt ware, daß der ungetreue Amtmann obiges Documentum furtive ex cancellaria subtrahirt, contra fidem vi officii, acceptique salarii debitam, (weilen noch dubitirt würde, ob er seine Bestallung, wie sonst seyn sollte, mit einem würcklichen Jurament beschwohren, non solum ratione fidelitatis, sed etiam silentii servandi circa omnia, was er Amtmann Zeit währenden Amts, hören, lesen und sehen würde ꝛc biß in seine Gruben verschwiegen zu halten) dem Gegentheil gegen oben pactirten Recompens perfide communicirt, was dahero dieser treulose Amtmann verwürckt, und ob er nicht eine fiscalische Klag pro pœna meritirt, von dem Gottshauß sodann ad omne interesse convenirt zu werden?

Welches alles zu einer hocherleuchten Disquisition, um die Gebühr bestens recommendirt wird ꝛc.

Weiters wird per Bericht annectirt, daß man auch das wegen frey- und Ledigmachung der Leibeigenen in der Bekandtniß de anno 1527. begriffenes Quantum nicht attendirt, sondern sich deßwegen jederzeit mit denen Personen befindenden Dingen nach verglichen, also daß in hoc passu dieser sogenandte Vertrag biß anhero ebenfalls nicht observirt worden.

Als uns Decano und andern Doctoribus der Juristen Facultät bey gemeiner Hochf. Würt. Univ. Tübingen vorgehende Facti Species mit Beylagen A. B. C. D. E. F. großg. zugesandt und verlangt worden über dieselbe und deren angehängte Fragen unser ohnpartheyisches rechtl. Parere förderlichst zu eröffnen; So hätten wir wünschen mögen, daß wir damit alsgleich der Schuldigkeit nach aufwarten können, es hat aber solches die vorgeweßte Hochfürstl. Visitation unserer Universität und andere eingefallene Impedimenta verhindert, nachdem nun aber selbige in etwas aus dem Mittel geraumet, so haben wir nicht ermangelt zu Beförderung der hochheylsamen Justiz und Bezeugung schuldigster Dienstwillfährigkeit die Speciem Facti sammt den Beylagen mit behörigem Fleiß zu durchgehen und zu erwegen, da wir dann in sorgfaltig gepflogener Deliberation uns verglichen, wie bey einer jeden Frage absonderlich folget.

Und zwar so viel die **erste Frage** belanget:

1.) Ob man wo nicht wider beede Bekandtniß-Briefe de ao. 1483. & 1527. sub Lit. C. & D. doch und wenigst wider den letztern ex capite nullitatis zu excipiren folglich zu prætendiren befugt, das Gottshauß in statum antiquum, der nach eigener Bekandtniß der Unterthanen sub Lit. C. in Ubung gewe- I

gewesenen Erbfällen zu restituiren, weilen die Verträge allein in re dubia, keines wegs aber certa, Statt und Platz haben, auch beyde Verträge von keinem Præposito sive Abbate, noch dem capitulo, weniger ab Ordinario & Episcopo juxta SS. Canones, noch dem Lands-Fürsten, wie doch und sonderbahr nach Besag des sub clausula irritante gefertigten Stifftungs-Briefs sub Lit. A. erforderlich, cum sint species alienationis & obligationis &c. ratificirt und confirmirt, in der letzten Bekandtniß auch so gar keine Gegen-Erkändtniß bedingt, dato nimirum retentoque alias transactionibus iniri solitis &c. mithin des Gottshauses condition zu dessen grossen Præjudiz allzusehr deteriorirt worden, wie wohl sub initio des letztern Vertrags oder respective Bekandtniß Briefs de anno 1527. gedacht worden, daß man sich zu dieser Alteration aus sondern Ursachen, Bewegungen und Gnaden flectiren lassen. So ist aber glaublich casu quo (citra præjudicium veritatis) der Vertrag mit dem Gottshauß also gepflogen worden, daß an Seiten desselbigen man allein dem noch schwührigen Volck ad tempus auszuweichen, als sich bey erfolgten ruhigen Zeiten darzu beständig verbündlich zu machen bedacht gewesen, viel glaublicher aber, daß man in puro tractatu müsse gestanden seyn, dieser auch ex una parte ausgefertigt, ex parte Monasterii aber in suspenso und bißher ungefertigt und unsolennisirt gelassen worden?

So sehen wir fast nicht, ex quo capite der erste Bekandtniß-Brief der leibeignen Unterthanen gegen dem löbl. Gottshauß S. Petri zu Waldsee ratione der Fäll und anders Ao. 1483. aufgerichtet, als null und nichtig angefochten und umgestossen werden wollte, weil selbiger vom Gottshauß ipso facto approbirt, darnach der Haupt-Fall und Glaß von den leibeignen Leuten würcklich eingefordert und eingezogen, also beederseits demselben nachgelebet, und er utrinque adimplirt worden, auch in vivam observantiam und Übung kommen, und von seiner Errichtung nicht nur über die 40 Jahr darinn gestanden, sondern auch bereits noch darinn stehet, daher solcher so weniger wird impugnirt und annullirt werden können.

2 Jus enim nostrum non patitur ea, quæ bona fide pacto vel transactione invicem promissa & peracta sunt, sine justa & legitima causa rescindi, sed eadem firma & irrevocabilia esse vult. Huc spectat clausula, quæ in Edicto, 3
(quod Hadrianus Imperator & post eum plenius Trajanus de tacitis fideicommissis evulgarunt, cujusque apud Paulum tractatio est, ut ostendit inscriptio ex libro singulari de tacitis fideicommissis) apposita est: Transacta finitave rata maneant, & in Tertulliano SCto
l. 1. §. fin. ad SCt. Tertull.
& in constitutione, de qua in
l. 15. C. de legit. hered.
his repetitur: Si qui autem casus jam evenerunt & per judicialem sententiam vel amicabilem transactionem sopiti sunt, nullam sentiant ex hac lege retractationem. Quin & 4
semel omnibus numeris perfecta ac consummata conventio & transactio non minorem obtinere debet authoritatem, quam res judicata
l. 20. C. de transact.
& juramentum,
l. 2. l. 31. ff. de jurejur.
proinde inviolabiliter servanda, nec ob noviter etiam reperta instrumenta facile rescindenda, 5
l. 19. C. de transact.
non enim fide semel interposita absque perfidiæ reatu eam violare licitum est.

Anlangend den andern Ao. 1527. datirten 6
Bekandtniß-Brief, will selbiger als null und nichtig angefochten werden 1.) ex eo capite, weil derselbe seinen Anfang genommen in dem Aufruhr des Pöbels und dem superiori seculo anno etlich 20 entstandenen Bauren-Krieg, da selbe vieler Orten und zwar insgemein gegen ihre Herrschafften aufgestanden, sich dem schuldigen Gehorsam höchststräfflicher und gewaltthätiger Weise entzogen, zumal aus ohngezäumter Bosheit erfrechet ihrer von GOtt vorgesetzter Obrigkeit leges zu præscribiren, also auch vermuthlich bey solchen Conjuncturen dieses Gottshauses Unterthanen und leibeigene Leute dem damaligen Probst und Capitul nach Lit. D. den Aufsatz gemacht der schuldigen Fäll halber, daß nemlich an statt des vorher gelieferten besten Stuck Viehs, Roß oder Kuhe, an Geld 6. 4. 2. 1 ½ ½ oder ¼ fl. solle gegeben und angenommen werden. 2.) Der Ursach, daß selbiger zwar auf Seiten der Unterthanen vom damaligen Hrn. Grafen Truchses und der Stadt Waldsee gefertigt und besigelt worden, von dem Gottshauß aber und in dessen Namen von niemand ausgefertigt und besigelt worden, da doch dergleichen Transactiones von beeden Theilen solten unterschrieben oder gesigelt werden daher die Muthmassung genommen werden will, daß solcher Bekandtniß-Brief nicht zu seiner Perfection gekommen, sondern die Sach in Tractaten bestanden, so einer Seits zwar angetragen, ander Seits aber nicht acceptiret worden. 3.) Möge derselbe so weniger bestehen, als er weder à Capitulo, noch ab Ordinario & Episcopo juxta SS. Canones, noch auch von dem Landsfürsten ratificirt und confirmirt worden, so doch in allwege vonnöthen seyn werde, wann er Bestand haben sollte, weil es suo modo eine

Species

Species alienationis, die ſub clauſula irritante beſage des ausgefertigten Stifftungs-Briefs ſub Lit. A. verboten. 4.) Soll es ein Verglich und Transaction ſeyn.

7 Transactio autem eſt rei dubiæ conventa deciſio,

l. 7. l. 17. l. 19. l. 33. C. de transact.

quæ fit aliquo dato, promiſſo vel retento, eoque diſtinguitur à pacto remiſſorio, quo obligatio alicui liberalitatis exercendæ gratia remittitur, quod & de re certa & indubitata eſſe poteſt, ex quo & de re judicata, quæ pro veritate habetur, pactum remiſſorium fieri poteſt, tranſigi vero nequit, ut perſpicuum eſt

ex l. 11. ff. de transact. l. 31. C. eod. j. l. 7. §. 13. ff. de pact.

Es ſey aber in dieſer A. 1527. aufgerichteten Bekandtniß von Seiten des Gottshauſes keine Gegen-Erkandtniß bedingt worden vor die Remiſſion des vorhin am beſten Stuck Vieh zu erheben gehabten Hauptrechts, und davor itzo anzunehmen bedungenen geringen Stück Geldes, mithin zu deſſen groſſen Præjudiz die conditio

8 ejusdem allzuſehr deterioriret. Ob man aber mit dieſen wider ſothanen Bekandtniß-Brief eingewandten Urſachen beſtehen und durchdringen möchte, ſtehen wir faſt an, denn was die erſte anlanget, iſt dieſelbe auf einem falſchen Præſuppoſito gegründet, ob wäre ſelbiger Bekandtniß-Brief aus dem ſuperiori ſeculo entſtandenen Bauren-Krieg und Aufſtand des Pöbels wider ihre Herrſchafften entſprungen, und hätte er von den aufrühriſchen Bauren dem Probſt und Capitul des Gottshauſes wollen aufgedrungen werden, gleich wie ſich anderer Orten auch die wider ihre Obrigkeit ſich auflehnende Unterthanen erfrechet und erkühnet der Obrigkeit leges zu præſcribiren, ſo aber mit der hiſtoria illorum temporum nicht übereinſtimmet, denn der Bauren-Krieg und gemeine Aufſtand des Pöbels wider ihre Herren und Obere iſt in Ao. 1525. entſtanden, und auch eodem anno noch wieder in Zeiten ſopirt und gäntzlich geſtillet, auch Fried und Ruhe im Reich bereits reſtabiliret geweſen, wie ſolches die hiſtoria illorum temporum, und inſonderheit

Petrus Gnodalius in ſua vera & compendioſa hiſtoria ruſticanorum tumultuum in germania Ao. 1525. excitatorum & à Magiſtratu feliciter repreſſorum, ex variis authoribus & literarum monumentis collecta, à Sim. Schard. *in Tom. 2. rer. Germ. pag. nob. 131. ſeqq.* exhibita.

bezeugt, auch die Receſſus Imp. de Ao. 1525. §. 4. & 1526. §. 6. aperte zu erkennen geben.

9 Und haben zu ſolcher Empörung inſonderheit Urſach gegeben die unmäßige Oppreſſiones der Unterthanen, und gar zu groſſe Onera, damit ſie über die Maſſen gedruckt und gar zu hart von ihren Obrigkeiten, zumalen denen Geiſtlichen beſchwehret zu werden geklaget, wie

laudatus Gnodalius *in libr. 1. de ruſticor. tumult. in German.*

anführt, da er auch meldet, daß von den Schwäbiſchen Bund-Ständen, Georg Truchſeß, Freyherr von Walpurg zum Oberſten Feldherrn der Bunds-Völcker conſtituirt, und ihm committirt worden den Ernſt wider die aufrühriſche Bauren zu gebrauchen, und ſie zum ſchuldigen Gehorſam wieder zu bringen, der dann mit dem Bundsheer wider ſie ausgezogen, ſie aufgeſuchet, und zerſcheidentlich geſchlagen, auch es ſo weit gebracht, daß ſie um Verzeihung und Gnad gebeten, ſich mit Uberantwortung ihrer geführten Fähnlein getrennet und voneinander gezogen. Weil alſo die Empörung der aufrühriſchen Bauren ſchon in Anno 1525. geſtillet, und ſie wieder zum ſchuldigen Gehorſam gebracht geweſen, auch ſich willig ihren Herren wieder ſubmittirt und um Gnade gebeten, kan nicht geſagt und dafür gehalten werden, daß ſie ihren Obern dicto Ao. 1527. da dieſer Bekandtniß-Brief aufgerichtet worden, noch leges haben præſcribiren und folglich auch dem Probſt und Capitul des Gottshauſes Waldſee deſſen leibeigene Leute fürſchreiben wollen, daß ſie an ſtatt des beſten Stuck Vieh ſo und ſo viel Gulden vors Hauptrecht annehmen ſollen, zumalen da Krafft ermeldten Bekandtniß-Briefs ſub Lit. D. in Ao. 1527. aufgerichtet die Moderation des Hauptrechts und der Verglich, daß die leibeigene Leut des Gottshauſes an ſtatt des beſten Stuck Viehs 6. 4. 2. ꝛc. fl. zum Haupt-Geld geben und ſolches dafür angenommen werden ſolle, durch hohe Vermittelung obwohlgedachten Herrn, Georg Truchſeſſen, Freyherrn zu Walpurg, damaligen Röm. Königl. Majeſt. Ferdin. I. Stadthalters des Fürſtenthums Würtemb. geſchehen und getroffen, auch zu deſſen Verſicherung und Beglaubigung der Bekandtniß-Brief mit deſſelben und der Stadt Waldſee Inſigel bekräfftigt worden zu ſeyn darinn expreſſe gedacht, wann ſich nun erſtermeldten Herrn Georg Truchſeſſen, Freyherrn zu Walpurg neben der Stadt Waldſee Inſigel daran befindet, ſo kan de Jure nicht anders præſumiret werden, als daß ſothaner Verglich aufrichtig utriusque partis libero conſenſu bona fide durch Mediation gedachten Freyherrns getroffen und der Bekändtniß-Brief darüber in rei geſtæ fidem aufgerichtet worden, ob impreſſum Sigillum dicti Dn. Georgii Sacri Rom. Imp. Dapiferi Baronis de Walpurg Præfecti Provincialis in Superiori Suevia, Romanorum Regis Locumtenentis in Ducatu Würtemb. qui tanta polluit authoritate, fide & integritate, ut dum Stutgardiæ Ao. Chr. 1531. ætatis ſuæ 43. obiiſſet in ditionem ſuam revectus & in cœnobio Waldſeenſi ſepultus hoc ornatus ſit Epitaphio:

Magnanimus Ductor, clarusque Georgius armis
Ex Walpurg Dapifer clauditur hoc tumulo.
Virtutis generoſa proles, venerabile morum
Exemplar, patriæ nobilitatis honos.
Juſtitiæ cultor præſtans, & moribus æquis,
Utque toga celebris, ſic pietate fuit.

Non illi ingenium, non robur corporis ingens
Defuit, aut summo Principe dignus honor.
Illustres titulos, meritosque ex hocce triumphos
Sæpe tulit victor victa trophæa manu.
Quas meruit laudes, quum rustica turba per agros
Verteret in dominos impia tela suos;
Vel dum sceptra tenens commissam à Cæsare gentem
Würtembergiacam non sine pace regit.
Gratus apud quos sic itidem vitam ipse reliquit
Huic placidus populo quo tegiturque solo.
Vixit lustra novem, septem nec plus minus annos:
Ossa tenet lapis, ast ipsam animam superi.

& in ejusdem laudem ibi etiam Bibliothecæ parieti inscriptum hoc fuerit Epicedium:

Nunc vos o fratres Baronem plangite vestrum,
Qui cecidit morbo nuper ademtus acri.
Imo si qua manet pietas, Germania late
Hunc debet lacrymis condecorare piis.
Nam licet antiquis fuerit natalibus ortus,
Dives opum, forma præditus eximia,
Non tamen ut multi faciunt, corrumpere vitam
Occepit luxu desidiaque suam.
Sed mox à puero studiis addictus honestis
Emicuit gentis gloria magna suæ.
Verus justitiæ Cultor, pietatis amator,
Eloquio pollens, consilioque gravi.
Semper consuluit paci pro viribus almæ,
Et rexit placida sub ditione suos.
Quin etiam nostro claris efforuit armis
Tempore conspicuos inter honore viros.
Nam cum seditio sæviret rustica passim
Adversus Dominos, hoc Duce pulsa fuit.
Addo quod ejectis ultro citroque Tyrannis,
Sæpe tulit patriæ commoda magna suæ.
Sed quæ cuncta suis corrumpit legibus illum
Sustulit insignem mors truculenta virum.

Cujus his insignibus virtutibus clari viri ideoque sigillum non potest non fortissimam inducere præsumptionem pro veritate instrumenti, cui illud impressum est, ipsiusque eo descripti negotii, illius authoritate & auspiciis conciliati, ad cujus fidem faciendam instrumentum conscriptum ac confectum est.

11 Cum Sigillum idem operetur, quod subscriptio, seu manus propriæ subnotatio, vimque subscriptionis habere dicatur, unde sæpissime Dd. subscriptionem & subsignationem pro æquipollentibus habent, & hinc inde argumentum deducunt.

arg. c. 2. ibi: *literas seu sigilla. x. de solut. l. 26. §. 1.* ibi: *aut signo suo aut alia scriptura. ff. de pignor.* Carpz. *lib. 3. R. 79. n. 13.* Hœpingk. *de jure Sigillor. c. 10. num. 65. c. 11. num. 69. 170. 175.* Brunnem. *Cons. 79. n. 33.* Mev. *p. 2. dec. 60. n. 5.*

imo interdum plus operatur, quam subscriptio
post Purpurat. Mascard. *de probat. concl. 1312.* Wesenb. *Cons. 14. n. 3.*
nempe si sigillum publicum Principis, Comi- 12
tis, Baronis, Civitatis vel Universitatis &c. literis vel monumentis aliorum confirmationis gratia accedat. Hoc enim tum probationem probatam facit, ut Dd. loquuntur, atque inducit vim scripturæ publicæ
Bartol. Salicet. & Dd. commun. *ad Auth. Si quis. C. de Episc. aud. c. 7. de probat.* Vultej. *vol. 1. Cons. Marp. 15. n. 84.* Cothman. *v. 1. R. 68. n. 10.*
ita, ut instrumento publico æquiparetur ad plenam faciendam fidem.
post Glols. *in l. 2. C. de reb. alien.* Mascard. *de probat. concl. 1302. n. 17. & per tot. per c. 2. pr. de offic. ordin. in 6.* Hœpinck. *cap. 11. n. 89. seqq.*
Et quo plura sigilla adhibentur, eo magis res 13
stabilitur & probatur
Paris. *lib. 3. Cons. 29. n. 38.*
præprimis si sigillum sit publicum, ut Principis, Comitis vel Baronis, Jure status Imp. & hinc superioritate territoriali gaudentis
Brunnem. *Cons. 79. n. 4.* Merckelbach. ap. Klock. *vol. 2. Cons. 82. n. 108.*
aut Universitatis, Civitatis, Collegii
Brunnem. *d. Cons. 79. n. 25.*
Cum ergo hic accesserit non modo Illustris Dn. Georgii Truchsessii, Baronis de Walpurg, sed etiam Civitatis Waldsee sigillum pro corroborando instrumento, dubium non est, quin illud plene probet negotium in eo descriptum.

Und solches so mehr, als erwehntes Instru- 14
mentum oder besagter Bekandtniß-Brief de Ao. 1527. in des Gottshauses Archiv bißanhero fleißig und sorgfältig verwahrt und neben andern publicis Scripturis und Instrumentis aufbehalten, auch selbiger aus ermeldtem Archiv von dem geweßten Amtmann den leibeigenen Leuten in copiis vidimatis mitgetheilet worden, woraus anders nicht zu schliessen, denn daß sothaner Bekandtniß-Brief von dem Gottshauß vor ein gültiges bündiges Instrument gehalten worden seyn müsse, denn worzu hätte man es in das Archiv aufgenommen und verwahrlich darinn aufbehalten, wann man es nicht vor ein kräfftiges Instrument geachtet, das des aufhaltens würdig, und daß selbiges also als ein Instrumentum ex Archivo publico productum, den getroffenen Verglich, darüber es aufgerichtet, plene probire.

Scripturæ enim ex Archivo depromptæ communiter referuntur inter publica instrumenta, quæ plenam merentur fidem, publicumque faciunt testimonium, quod testium probationi prævalet. Ex eo namque, quod in loco publico & authentico instrumenta à partibus sunt collocata, licet in se privata sint, publicam naturam assumere dicuntur. Hinc communis conclusio est, quod scriptu-

ræ

ræ ex archivo publico prolatæ, etsi non sint publicæ, regulariter tamen integram fidem faciant, pleneque probent

per tx. *in Auth. Ad hæc. vers. item & charta &c. C. de fid. instrum.* ibi Dd. *c. ad audientiam. 13. x. de præscript.* ibi Canonistæ. *l. 10. ff. de probat. Nov. 49. c. 2.* Kirchov. *vol. 3. Cons. 24. num. 47.* Ludov. Roman. *Cons. 119. & Cons. 165.* Card. Tusch. *Concl. Pract. voc. Archivum.* Ruland. *de commissar. & commission. lib. 5. c. 4. n. 2.* ubi præjudicia adfert, post plures alios Ahasv. Fritsch. *de jur. Archiv. cap. 7. n. 7. seqq.*

15 Die andere Ursach ist daher genommen, daß der Bekandtniß-Brief auf Seiten der Unterthanen allein von damaligen Grafen Truchseß, (so eben besagter Herr Georg Truchseß, Freyherr zu Walpurg, Landvogt in Schwaben und Röm. Königl. Majestät Statthalter im Hertzogthum Würtemberg gewesen, ein Herr von grosser Authorität, Ansehen und Estime) und der Stadt Waldsee gefertigt und besigelt, nicht aber zugleich von dem Gottshauß oder jemand in dessen Namen besigelt worden, daher gemuthmasset und geschlossen werden will, daß er nicht zu seiner Perfection gekommen, sondern die Sach in meris terminis tractatus stehen geblieben. Allein wann mit gedächtem Herrn Georg Truchsessen, Freyherrn von Walpurg und der Stadt Waldsee Insigeln der Bekandtniß-Brief würcklich bekräfftigt ist, wie wir fast daraus colligiren, würde diß, daß er weder von dem Gottshauß, noch jemand anders in dessen Namen besigelt, demselben an dessen Perfection, Bestand, Krafft oder Würckung kein sondern Nachtheil bringen, denn der vorige Bekandtniß-Brief de Ao. 1483. sub Lit. C. ebenmäßig allein mit Herrn Johannsen Truchsessen zu Walpurg, so gedachten Herrn Georgen Vater gewesen, und Ammans, Burgermeister und Raths zu Waldsee Insigel bekräfftigt, so doch als ein perfecter Verglich würcklich über 40 Jahr observirt worden, nach dessen Exempel also auch dieser de Ao. 1527. wieder von öffters ermeldtem Herrn Georg Truchsessen, Freyherrn von Walpurg und gedachter Stadt mit ihren Insigeln confirmirt, welches man vor gnugsam gehalten und geachtet, weil es eine Species chirographi, in quo debitor confitetur, se hoc vel illud alteri debere, quod sufficit subscriptum esse ab ipso debitore, vel alio ejus nomine, nec requiritur, ut etiam à creditore sit subscriptum. Et imo tanto magis creditum, hic sufficere sigillum Baronis de Walpurg cum sigillo civitatis Waldsee, quia illius interpositione ac mediatione conventio inita, eaque moderatio onerum ab hominibus propriis præstandorum & ferendorum facta, quare existimatum, sufficere, si ille tanquam communis testis omni exceptione major suo sigillo hoc attestetur, ita inter eos se mediatore convenisse.

Die dritte Ration belangend, so besagt der 16
Bekandtniß-Brief qu. ausdrucklich, daß sich die Ehrwürdige Herrn Hieronymus damahliger Probst (so der Geburt und Familie nach ein Schleich gewesen. Vir literis & humanitate clarus, qui novis & elegantibus structuris cœnobium præclare illustravit 6 Maji 1523. in præpositum electus) ihr gnädiger Herr und gemeiner Convent aus sonderer Ursachen, Bewegung und Gnad und sonderlich aus gnädiger Unterred- und Bethädigung des Wohlgebohrnen Herrn, Herrn Georg Truchsessen, Freyherrn zu Walpurg, und damaligen Stadthalters des Fürstenthums Würtemberg, ihres gnädigen Herrn ihnen den leibeigenen Leuten, ihren Erben und Nachkommen zu Gutem sich mit ihnen von neuem vereint ꝛc. also ist Krafft solchen Briefs der consensus capituli & conventus zugegen gewesen; Ob consensus vel ratificatio Ordinarii & Episcopi nöthig gewesen, stehen wir der Ursach an, weil eigentlich keine Alienatio, sondern nur eine moderatio præstationum ab hominibus propriis solvendarum vorgangen, über deren Aggravirung, tägliche Mehrung, Vergrösserung und Extendirung überall im Reich und insonderheit in Schwaben die gemeine Klag gewesen, so vorher auch deßwegen in die allgemeine Empörung und Aufstand der Bauren ausgebrochen, daher hernach aller Orten auf des Kayfers und der Stände des Reichs Ermahnen einige Moderation der exactionum erfolgt, und durch Vermittelung Herrn Georg Truchsessen, Freyherrn zu Walpurg, auch diß Orts bey des Closters leibeigenen Leuten geschehen, in dergleichen Negotio des Ordinarii & Episcopi Ratification und Consens so weniger nothwendig scheint erfordert zu werden, als weder in des Closters oder Gottshauses Fundations-Brief, noch sonst einigem andern Documento publico specialiter die Præstationes der leibeigenen Leute determiniret, und das nach ihrem Todte nehmende Hauptrecht præcise auf das gantze Erb ihrer verlassenen Güter, oder auf das halbe, dritte oder ein ander namhafftes Theil derselben, oder auf das beste Stuck Vieh, Pferd, Ochs oder Kuhe gesetzt, und entweder ab Episcopo S. Ordinario, oder à Cæsare irgendswo nominatim confirmirt zu finden, gestalten davon nichts in dem Fundations-Brief Friderici I. Imp. gemeldt worden, man wollte dann dahin ziehen die verba: Item si Ministeriales corporis & animi compotes fuerint, in (forte legendum &) prædia sua vel res mobiles eidem conventui concedere voluerint, licentia nostra concedimus & confirmamus, nisi forte prolem legitimam habeant &c. die aber unsers Erachtens den Sensum durchaus nicht haben noch admittiren. Kayfers Friderici III. Confirmations-Brief gedencket auch allein in genere der Fälle und Läß, wie die in andern Gottshäusern im Heil. Reich gewöhnlich, so gar unterschiedlich, deßwegen das Gottshauß tanto liberius auch absque consensu Episcopi S. Ordinarii die Moderation darinn vornehmen und thun mögen, weil solches weder dem Stiffts- noch dem

Kayserl. Confirmations- oder einigen andern Briefen entgegen oder zuwider, als darinn nur die Alienation, nicht dergleichen Moderation der Præstationen der Fälle und Läß, sub clausula irritante verboten.

17 Was die vierdte Ration anlangt, so gilt es endlich gleich, ob man diß Negotium, so hier zwischen dem Closter oder Gottshauß und dessen leibeigenen Leuten vorgangen, will pro pacto remissorio oder pro transactione halten und ansehen, es ist aber einem Vergleich und Transaction ähnlicher als einem Pacto remissorio, indem zwischen dem Gottshauß und dessen leibeigenen Leuten ein Stritt ratione des von diesen præstirenden Hauptrechts gewesen seyn muß, weil sich Herr Georg Truchseß, Freyherr von Walpurg zum Mittler und Mediatore interponirt, die also dergestalt componirt und decidirt worden, daß die leibeigene Leute künfftig an statt des an sie zum Hauptrecht prætendirenden besten Stuck Viehs an Geld 6. 4. 2. ꝛc. fl. geben sollten, welches sie zu thun versprochen, Probst und Convent des Gottshauses auch hinkünfftig dafür anzunehmen sich erklährt, darüb das Instrument aufgerichtet und mit des Mediatoris, der den Verglich zu wege gebracht, und der Stadt Waldsee Insigeln bekräfftigt,
Sicque adest rei controversæ conventa decisio, aliquo ab una parte remisso & ab altera promisso,
darinn die Formal-Ration eines Verglichs bestehet, hindert also nicht, daß sie diesen Verglich nicht mit einer so starcken Summa Gelds wiederum so theur erkaufft als den vorigen in Ao. 1483. denn solches ad substantiam transactionis nicht erfordert wird, sed sufficit, si ab una parte quid remittatur, ab altera vero parte quid detur vel promittatur, idque rei dubiæ decidendæ gratia
l. 1. ff. l. 6. l. 38. C. de transact.
quod hic utique fit. Woraus demnach erscheinet, daß die Rationes, worinn man sich auf Seiten des Gottshauses gründet, nichts schließliches inferiren zu annullirung des in Ao. 1527. aufgerichteten Bekandtniß-Briefs der leibeignen Leute des Gottshauses, wodurch selbiger übern Hauffen geworffen und entkräfftet werden könnte.

Folget die **andere Frage**, worinn zu wissen verlanget wird

18 1.) Da auch so wohl der erstere als letztere Bekandtniß-Brief, von dem dermalen ex parte subditorum allein die Quæstio movirt wird, de jure sustinirt werden könnte, ob man sich nicht hierwider des Privilegii à Ferdinando II, noviter impetrati sub Lit. F. beyligend gebrauchen, die possessionem & observantiam contrariam juxta Privilegium Cæsareum einführen, folglich à 70 vel 80 annis, concurrentibus omnino requisitis præscriptionibus, bona fide nempe in tot successoribus Præpositis & Abbatibus haud dubie continuata, justo item titulo accedente, plenarie & irrevocabiliter præscribiren mögen?

So wir anders nicht als dahin beantworten können, daß, unsers Erachtens, so wenig die bey der ersten Frage vom Hochlöbl. Gottshause angeführte Rationes weder dem andern, noch erstern Bekandtniß-Brief ichtwas an deren Valor und Kräfften derogiren, so wenig denselben auch das Privilegium Ferdinandi II. benehme, denn selbiges sich gleich des Friderici III. Confirmation bloß auf den Fundations-Brief bezogen, und denselben in seinem Tenor bestätiget, dem Probst und Capitul seine Krafft dessen habende Gnaden, Freyheiten, Privilegien, Recht und Gerechtigkeiten allergnädigst confirmirt, ihnen auch von thren eignen Leuten, so die mit Todt abgehen, Fall und Läß zu nehmen gnädigst vergönnet, worinn aber die Fall und Läß nominatim bestehen, ist wie in dem Fundations, also auch in Friderici III. Imp. Confirmations-Briefe in specie nicht determinirt, deßwegen darinn auf die Gewohnheit oder auf den tenorem pactorum, wo dergleichen zugegen, und wo deren etliche vorhanden, fürnemlich auf die neueste und letzte zu sehen, und was durch diese determiniret oder moderiret und pacisciret zum Fall und Gläß oder Hauptrecht zu nehmen, dessen Erhebung ist durch die erfolgte Kayserl. Confirmation vor bestätigt zu halten, also wann man sich gleich will des Privilegii à Ferdinnndo II. Imp. impetrati gebrauchen, so sehen wir doch nicht, was man für einen sondern Effect oder Nutzen davon erlangen kan, denn solches kein neues Jus gibet, sondern allein das Recht, was vorher competirt, confirmirt und bekräfftigt.

Confirmatio enim Principis nihil juris novi tribuit, sed est duntaxat juris prius quæsiti corroborativa declaratio
Clem. *1. §. nos ubi. x. de jurejur.* Glossa *in c. fin. x. de confirm. util. vel inutil.*
Fit enim confirmatio eum in finem saltem, ut confirmato robur addat
l. Aurelius. §. testamento. ff. de liberat. legat. Bald. *ad l. si adverſ. C. si adverſ. rem judic.*
nihil ergo novi dat, sed tantum per eam confirmatur prius habitum ac possessum seu quod in confirmato expressum erat, quia aliquid novi dare extendere & augere confirmatum, 19
de intentione confirmantium non est.
c. inter dilectos. §. porro. x. de fide instrum. c. 1. x. de confirmat. util. vel inutil. c. quia diversitatem. x. de conceſſ. præbend. c. quia intentionis. x. de privil. l. si donatæ. §. 1. de donat. int. vir. & ux. Roland. à Valle *vol. 3. Conſ. 98. n. 19.* Hippol. Riminald. *Conſ. 45. n. 5. 6.*
nec eam ob causam extenditur confirmatum ultra id, quod in eo est
Bald. *ad l. nominationes. C. de appellat.*

Aimon.

Aimon Cravetta *Conſ. 747. num. 22. Conſ. 961. n. 3.*

nihilque novi operatur, ſed hoc tantum, quod tenor confirmati privilegii continet.

Oldendorp. *Conſ. 20. n. 4. tom. 4. Conſ. varior. JCtor. German.*

20 Quod imprimis ita eſt, ſi confirmatio nominatim ſe referat ad confirmatum privilegium, aut verba ejus diſerte recenſeat: Sicut enim referens reſtringitur ad terminos relati, nec ultra id, quod in eo reperitur, ſe extendit

Aimon Cravetta *Conſ. 671. n. 3. 8. & 25.*

ita multo magis verba ex relato recitans confirmatio ſe tantum ad recitata accommodare, & illa ſaltem rata eſſe, nec ultra quid voluiſſe præſumitur, quia ſi quid amplius confirmans voluiſſet, dixiſſet, at cum non dixerit, nec voluiſſe credendum eſt.

l. liberto. 21. §. pen. ff. de annuis legat. l. quicquid. ff. de verb. oblig. d. c. inter dilectos. §. porro. de fid. inſtrum. c. Si Papa. 10. de privileg. in 6. Aim. Cravetta *Conſ. 20. n. 2. Conſ. 290. in fin.*

21 Pro ſecundo iſt in dieſer andern Frage enthalten und wird angefragt: **Ob man nicht wider den Verglich die** obſervantiam contrariam, **daß nemlich zum Hauptrecht das beſte Stuck Vieh gegeben werden ſolle, einführen, folglich in 70 oder 80 Jahren,** concurrente bona fide & juſto titulo **das Recht das beſte Stuck Vieh, Pferd oder Kuh von den leibeigenen Leuten vors Hauptrecht zu fordern und** exigiren plene præſcribiren **mögen?** Welche Quæſtion zu affirmiren wir kein Bedencken tragen, wann ſie in theſi movirt wird, die requiſita præſcriptionis alle zugegen ſeyn und ſich durchaus richtig befinden, argumento eorum, quæ tradit

Joh. Herm. Stamm. *de ſervit. perſon. lib. 3. cap. 13. num. 12. ſeqq.* inprimis *num. 20. ſeq.*

Si enim qui cum ſobole ſua per 30 annos ſervilia præſtitit ſervitia tanquam homo domini proprius, ea in futurum ſemper præſtare tenetur, & tanto tempore homo fit alterius angarius & proprius, qui ante liber fuit, adeo ut temporis illius intercapedine agricolatio inducatur, nec ad contrarii probationem ob completam præſcriptionem & uſucapionem, cujus natura eſt dominium adjicere & finem litibus imponere, operas conſimiles in futurum præſtare recuſans admittatur,

per l. 18. l. pen. §. 1. de agricol. & cenſit. l. pen. ibi: *eum, qui per 30 annos ſine interpellatione ſerviit, res dominica vel privata non inquietabit, ſi colonatus vel inquilinatus quæſtionem movere tentaverit. C. de fund. rei privat.* Menoch. *lib. 2. præſumpt. 131. num. 51. 90.* Huſan. *de homin. propriis. cap. 5. num. 22. ſeq.* Stamm. *d. l.*

Quanto magis ſi qui per nativitatem homines proprii ſunt, vel per pactum aut domicilium contractum ſe homines proprios fecerunt non modo per 30 ſed 70. 80 annorum ſpatium pro mortuario in pecunia ſolvendo optimum caput pecoris præſtiterint, in futurum mortuarium in optimo capite pecoris præſtare tenebuntur, per tradita 22

laudati Stammii *lib. 3. cap. 37. num. 22. ſeq.*

Ob man aber in hypotheſi in caſu præſenti **werde** bonam fidem à parte **des Gottshauſes behaupten können, wann von den leibeigenen Leuten darwider** excipirt **wird, ſtehet dahin.** 23

Nam jura noſtra præſumunt, eum qui inſtrumentum vel ſcripturam penes ſe habet vel habuit, notitiam vel ſcientiam omnium eorum, quæ in inſtrumento continentur, habere vel habuiſſe.

l. non eſt ferendus. ff. de tranſact. c. conſtitutus. & ibi Gloſſa *verb. depoſitus.* Hoſtienſ. Abbas & Dd. *x. de teſtib.* Anton. Gabriel. *tit. de teſtib. concl. 21. num. 30.* Brunnemann. *Conſ. 162 num. 237.*

Quamvis ergo dici ſoleat, quod bona fides præſumatur, niſi probetur mala 24

Gloſſa *in c. ſi diligenti. c. ſanctorum. C. ult. de præſcript.* Balbus *in tractatu de præſcript. ſubjecta repet. l. Celſus. ff. de uſucap. part. 3. num. 2. 3. 4.* Covarruv. *in c. poſſeſſor. part. 2. §. 8. num. 2.* Vivius *lib. 2. comm. opin. 34. verb. Bona fides.*

etiamſi ex lucrativa cauſa poſſideatur

Covarruv. *ibid.* per Gloſs. & Dd. *in l. ſuper. C. de præſcript. long. tempor.* Alexand. *l. 1. Conſ. 200. num. 2.*

præſertim poſt lapſum 30 annorum, ex quorum quippe decurſu tanto magis bona fides poſſeſſoris præſumitur, donec ex adverſo mala fides doceatur,

Bartol. & Dd. commun. *in l. ult. C. unde vi.* Balbus *in d. reped. l. Celſus. ff. de uſucap. part 3. num. 11.* Cravetta *de antiquit. tempor. part. 4. §. materia. n. 16. 17. 21.* Dec. *Conſ. 257. n. 4. 5. Conſ. 266. Conſ. 267. Conſ. 558.* & paſſim Brunnemann.

Nihilominus à multis hoc reſtringitur ad rerum corporalium poſſeſſores, quod nempe hi tantum præſumantur eſſe in bona fide donec contrarium probetur, in præſcriptionibus autem jurium incorporalium aliud obtinere volunt, bonam fidem nimirum non præſumi, niſi aliunde probetur. 25

ita Pariſ. *vol. 1. Conſ. 112. num. 47. 48.*

per Bartol. *in l. 1. §. hoc interdicto. in fin. ff. uti possid.* Joh. Faber. *ad §. æque. Inst. de act.* Ant. de Butrio *in c. pervenit. x. de censib.*

26 Deinde præsumptio bonæ fidei ex lapsu 30 annorum tamque longæ possessionis continuatione ducta recipit & admittit probationem malæ fidei contrariam, qua elidatur

Balbus *in repet. d. l.* Celsus. *ff. de usucap. part. 3. num. 11.* Corn. *vol. 3. Cons. 207. num. 5.* Cravetta *de antiq. tempor. part. 4. §. materia. num. 13. 19.* Felin. *in c. vigilanti. circa fin. de præscript.* Boër. *dec. 211. num. 16. seqq.* Carpzov. *lib. 1. Resp. 33. & 40.*

27 Probatur vero illa inter alia etiam scriptura & instrumentis, quæ penes se possessor vel quasi possessor semper habuit, unde intelligere potuit, se rem alienam & alieno nomine tenere, vel se non habere jus hoc aut illud exigendi. Qui enim instrumentum penes se habuit, præsumitur sciviſſe omnia illius contenta, quia instrumentum, quod sub manibus ejus fuit, omnino inspexisse aliquando creditur, aut sane si diligentis Patris familias nomen tenere ac tueri voluit, inspicere debuit, cum id facere facillime potuerit, quod si feciſſet, facile scire ac cognoscere ex instrumento potuisset,
28 quid juris sibi competeret, vel non competeret. Scire autem vel scire debere aut de facili scire posse, paria sunt in Jure nostro.

l. quod te. 5. ff. de rebus credit. l. quisquis. C. de rescind. vend. l. 38. de acquir. hered. l. 19. ff. de SCt. Maced. Balbus *in repet. d. l. Celsus. de usucap. part. 3. num. 20.* Brunnem. *d. Cons. 162. num. 237.* Merckelbach. apud Klock. *vol. 1. Cons. 17. num. 5.* Wesenbec. *vol. 1. Cons. 8. num. 16.*

29 Cum scientia vero rei alienæ vel juris sibi non competentis bona fides nullo modo consistere potest, sed inde mala fides inducitur.

Balbus *d. l. num. 21. 22.*

30 Cum mala autem fide nulla procedit usucapio aut præscriptio.

cap. 7. cap. fin. x. de præscript.

31 Et licet Jus civile admittat præscriptionem jurium cum mala fide ex decursu 30 vel 40 annorum.

l. 8. §. 1. C. de præscript. 30 vel 40 ann.

32 Tamen secus est de Jure Canonico, quod & in initio, & in progressu, & ad ultimum usque complementum, bonam fidem exigit in qualibet præscriptione, nec ullam indulget, quæ cum mala fide conjuncta sit,

d. cap. ibi Dd.

quod in foro etiam civili ad evitandum peccatum, quod inquieta conscientiæ tormenta parit, facilemque ad Tartarum struit viam, quod non potest non incurrere, qui mala fide detinet alicujus possessiones, hæc in materia observatur, testibus

Balbo *tract. de præscript. part. 2. tertiæ part. princip. quæst. 6. num. 9.* Tiraquell. *de retract. convent. §. 1. gl. 2. num. 19. 20.*

adeo, ut non saltem jam ista 30 vel 40 annorum præscriptio, sed ne quidem immemorialis sine bona fide ulla ratione procedere queat, secundum comm. Dd. sententiam, de qua testatur 33

Covarruv. *in c. possessor. part. 2. §. 8. num. 2. 3. 4.* Cravetta *de antiq. tempor. §. materia. num. 13. 14. 19.* Paris. *vol. 1. Cons. 26. num. 21. Cons. 101. num. 113. & vol. 3. Cons. 66. n. 128.* Roland. à Valle *vol. 3. Cons. 99. n. 2.* Mynsing. *4. O. 6.* ubi in Camera Imp. non una vice sic judicatum fuisse refert. Frantzk. *lib. 3. resol. 1. num. 270.* ubi dicit: neminem absque bona fide præscribere posse, licet per multa annorum millia possederit, cujus sententiæ etiam sunt Fichard. *vol. 2. Cons. 148. num. 18.* Fachin. *lib. 8. controv. c. 26.* Gilken. *de præscript. part. 2. membr. 2. c. 1. num. 6.* Canis. *ad c. vigilanti. x. de præscript.* Cothman. *vol. 2. Resp. 63.*

Weil also das Gottshauß den Bekandniß- 34
Brief de Anno 1527. stets in Handen und seiner guten Verwahrung gehabt, und daraus gewußt oder doch leichtlich wissen können und sollen, daß es dem darinn beschriebenen Verglich nach zum Hauptrecht nicht das beste Stuck Vieh, sondern nach jedes der leibeigenen Leute Vermögen 6. 4. 2. ꝛc. fl. an Geld nur zu exigiren und zu erfordern befugt, scheint mala fides liquido daraus hervor zu leuchten, quoad hactenus exercitam exactionem optimi capitis pecoris pro mortuario à propriis hominibus, ubi vero liquido de mala fide constat, cessare & exspirare necesse est præsumptionem bonæ fidei; cum præsumptionem oporteat cedere veritati quæ quippe præsumptioni prævalet.

l. 57. de jur. dot. l. 25. ff. de probat. l. 30. C. de jur. dot. Mascard. *vol. 1. de probat. concl. 125. num. 21.* Cravetta *de antiq. tempor. C. 4. §. materia. n. 21.* Zanger. *de except. part. 3. c. 10. n. 105.*

hoc vero posito scheint keine Præscription cum mala illa fide Statt und Platz gefunden zu haben, quoad ita exercitam exactionem optimi capitis pecoris contra initam transactionem & conventionem dicto anno 1527.

So weniger als besage

der dritten Quæstion,

so dieses Inhalts:

Hierüber wird 3.) zu rechtlicher Entscheidung mit angehängt, daß ein alter

35 ter Mañ, welcher gegen 30 Jahr in diesem Gericht seßhafft ist, und viel Jahr des Gottshauß Gerichts Amman gewesen, dermahlen aber seines Diensts entlassen und pro nunc auch unter den gegentheiligen Unterthanen die vornehmere partes contra das Gottshauß vertritt, spargirt, daß da vor ungefehr 16 oder 17 Jahren Herr Licentiat Strigenberger, gewesster Gottshauß Antmann tödlich erkrancket, dieser per acta confessione Sacramentali 3 Tag vor seinem Ende, ihne Amman zu sich beruffen, und bekennet hätte, daß er eröffnen müßte, wie daß ein alter Vertrag vorhanden, Krafft dessen die Unterthanen den Fall nicht zu geben schuldig, wie es nunmehro in Ubung kommen, er wolle sich in seinem Gewissen sicher stellen und es ihme zu dem Ende eröffnen, daß man der Sach sich annehmen möge. Nun ist aber an die Herrschafft damaleu und biß ad annum 1698. nichts gebracht, weniger von den Unterthanen dieserthalben reclamirt worden. Daher die Frage resultirt, ob dieses Spargement einige, und was für eine Consideration meritiren könne?

Als sagen wir, vermöge dieser dritten Quæstion, die Amtleute des Gottshauses, wann solches gnugsam erwiesen würde, selbsten dubitirt, ob salva conscientia & justitia das beste Stuck Vieh von den leibeigenen Leuten vor das Hauptrecht könnte gefordert und eingezogen werden, wie es de facto würcklich geschehe, und practicirt werde.

36 Constat enim in præscripturo bonam fidem positive requiri, hinc excludi dubitantem, ita, ut hic præscribere nequeat, maxime si dubium practicum apud possessorem
37 præscribentem enatum sit. Distinguit enim Dn. Struv. *Exerc. 43. th. 12.* in Quæstione: Num dubitans de jure suæ possessionis in conscientia tutus sit, & usucapere seu præscribere queat? inter dubium Theoreticum & Practicum. Videndum enim num quis dubitet an res sit aliena, quod dubium vocetur speculativum, vel an possit rem jure retinere & usucapere, quod vocetur dubium practicum. De posteriori casu ex *l. 32. §. 1. ff. de usurpat. & usucap. l. 2. §. 15. ff. pro empt.* colligi posse usucapionem aut præscriptionem non procedere. Priori casu si levis sit dubitatio, eam procedere, si gravis sit dubitatio, eandem itidem impediri.

add. Dn. Stryck. *in vol. 2. Disp. XII. de foro conscient. cap. 6. num. 174. 175.* Joh. Simon. *de absolut. in foro pæni-tent. & content. cap. 6.* Andr. Vallens. *Jur. Canon. lib. 2. tit. de præscript. 26. §. 3. num. 4.* Molin. *de Instit. & Jur. Tom. 1. tract. 2. Disp. 63. n. 5. seq.*

Porro quoque constat officialium illorum 38
dubitationem non minus atque illorum negligentiam Cœnobio præjudicasse, & præscriptionis cursum impediviſſe, argumento eorum, quæ de Ministri Principis negligentia ipsi Principi nocente tradunt

Klock. *vol. 1. Cons. 29. num. 444.* Brunnem. *Cent. 5. dec. 80. & Consil. 167. num. 5.* Stryck. *de obligat. Princip. ex facto ministr. c. 4. num. 16. seqq.*

damit also auch die dritte Frage ihre Abfertigung erhalten.

Die vierte Frage ist

Ob die Unterthanen des Gerichts Reuthi 39
als leibeigene Leute, ex ratione daß sie ohne dem unter Oesterreichischer Lands-Hohen-Obrigkeit gesessen, ohne Wissen und consens des Gottshauses befugt 9 fl. jährlich Schutz-Geld zu offeriren, auch dieses ex parte altera angenommen werden könne, anerwogen die Unterthanen uti sub Lit. C. und mittelst vorgangenen Homagial-Actibus sich obstringirt ohne Wissen und Willen des Gottshauses keiner andern Herren Schutz anzunehmen?

Welche ihre Decision in negativam scheint ex ipso Recessu de Anno 1483. sub Lit. C. zu bekommen, nemlich ex §. Füro seynd wir mit dem gemeldten unsern gnädigen Herrn gütlich vertragen, daß wir eigen Gottshauß-Leute unserm Gn. Herrn, seinen Nachkommen und Amtleuten, getreu, gehorsam, gewärtig und dienstlich seyn, wie von Alters herkommen ist, auch nicht flüchtsam zu werden, und keines andern Herren Schutz und Schirm ohn ihr Wissen und Willigung an uns zu nehmen, als wir alle und jegliche einen Ayd zu GOtt und den Heiligen vormalen geschworen haben ꝛc.

Allein wann diese Unterthanen des Gerichts Reuthi nun des Gottshauses niederaerichtliche Unterthanen seyn, und das Ertz-Hertzogliche Hauß Oesterreich die Landsfürstl. Oberherrlichkeit darüber hat, auch sie unter Oesterreichischer Lands-Hohen-Obrigkeit gesessen sind, wie in der Quæstion gesagt wird, so sehen wir nicht, wie ihnen das abgestricket werden könne, daß sie nicht sollten ihrer Lands-Hohen-Obrigkeit Schutz und Schirm suchen, deroselben ein jährliches Schutz-Geld à 9 fl. offeriren, und diese solches annehmen dürffen. Denn zwar in den 40
Reichs Constitutionibus den Unterthanen ver-

boten und die Macht benommen ist, daß sie sich ohn ihrer Obrigkeit Wissen und Willen in keines andern Schutz und Schirm begeben, weil solches zum Præjudiz ihres Lands-Herrn gereicht, wann sie sich ohn dessen Wissen und Willen in eines andern Schutz und Schirm begeben,

41 Obsequio enim & reverentiæ Superioribus debitæ non parum inde detrahitur, unde non potest non cum injuria eorundem conjunctum esse, si subditi in alius domini clientelam & protectionem sese tradant, quod ideo singulariter prohibitum,

Rec. Imp. de Ao. 1555. §. 23.

42 Sicut & statibus inhibitum est, ne quis alterius subditos in patrocinium & clientelam recipiat sine superioris scientia

Rec. Imp. de Anno 1529. Wir auch Chur-Fürsten &c. 10. ibi: *desgleichen keiner des andern Unterthanen und Verwandten des Glaubens und anderer Ursachen halber in sondern Schutz und Schirm wider ihre Obrigkeit nehmen sollen noch wollen &c. Kayserl. Landfried de Ao. 1548. §. 1. in fin.* ibi: *noch seine Unterthanen abziehen, oder dieselbe ohngemeldter ihrer Obrigkeit Wissen und Willen, anders, denn wie es jederzeit bey unsern Vorfahren Röm. Kaysern und Königen löbl. Gedächtniß und was herkommen ist, in Schutz und Schirm annehmen. R. I. de Ao. 1555. d. §. 23.* add. Capit. Cæsar. *art. 8. & 9.*

43 Aber daß niedergerichtliche Unterthanen nicht sollten ihrer eigenen Lands-Hohen-Obrigkeit Schutz und Schirm suchen dörffen, auch wider ihre niedergerichtliche Obrigkeit, wann sie von derselben über Gebühr beschwehret und bedränget werden, das ist nirgends verboten, sondern vielmehr erlaubt und zugelassen.

Rec. Imp. de Ao. 1544. §. *Doch soll kein Stand den andern zu seiner Religion dringen, noch dem andern seine Unterthanen abpracticiren oder wider jede Obrigkeit in Schutz und Schirm nehmen, und soll hiemit denjenigen, so hiebevor von alter Schutz- und Schirm-Herrn anzunehmen gehabt hierdurch nichts benommen und dieselbe nicht gemeint seyn.* quæ ultima verba etiam repetuntur in d. R. I. de Anno 1555. *cit. §. 23.*

44 Und ligt ja der Lands-Hohen-Obrigkeit ob, daß sie den von ihnen dependirenden Unterthanen, so andere niedergerichtliche Herren haben, den Landschutz præstiren, sie bey ihren alten Herkommen, Freyheiten, Recht und Gerechtigkeiten schützen, schirmen und handhaben. Gestalten denn auch dergleichen niedergerichtliche Obrigkeit von der Lands-Hohen-Obrigkeit, von denen sie die Niedergerichte empfangen propter abusum jurisdictionis inferioris, si nempe in subditos nimium sæviat in exercenda jurisdictione, eos exactionibus, servitiis, oneribus insolitis & indebitis oneret, premat, exco-riet, in vincula conjiciat, justitiam illis non administret aut aliter acerbe maleque eos tractet, denselben kan priviret werden.

arg. §. ult. Inst. de his, qui sunt sui vel alien. jur. l. 1. §. ult. l. 2. ff. eodem. Gail. *1. Obs. 17. n. 40.* Mynsi. *5. O. 8.* Dn. ab Andler. *JPrud. Priv. & Publ. lib. 1. tit. 6. part. 3.* ubi præjudicium refert.

Wann demenach es obige Beschaffenheit hat, daß die Unterthanen des Gerichts Reuthi nur des Gottshauses niedergerichtliche Unterthanen seyn, und unter Oesterreichischer Lands-Hohen-Obrigkeit sitzen, auch das Gottshauß die Niedergerichte von dem Ertz-Hertzogl. Hauß Oesterreich hat, kan ihnen, so fern das Gottshauß nicht abstehet, sie wider die alten Pacta zu beschwehren und mit unmäßigen Oneribus zu graviren, nicht gewehret wordē, Hülff, Schutz und Schirm bey ihrer höchsten Obrigkeit zu suchen, da aber das Gottshauß sie hält und tractirt, wie recht und billich, auch die alte b. f. eingegangene Pacta vermögen, können sie sich dem schuldigen Gehorsam zu subduciren, kein Schutz, Schirm und Hülffe weder bey dem Hauß Oesterreich, noch sonst irgendswo de jure suchen. Ist noch übrig

die letzte Frage:

Nachdem die Streit-Sach von daher 45
einzig in motum gebracht, und zuvorher per commissionem allerdings sopirt war, daß der ungetreue Amtman obiges Documentum furtive ex cancellaria subtrahirt contra fidem vi officii acceptique salarii debitam, (weil noch dubitirt wurde, ob er seine Bestallung, wie sonst seyn solle, mit einem würcklichen Jurament beschwehren, non solum ratione fidelitatis, sed etiam silentii servandi circa omnia, was er Amtmann Zeit währenden Amts hören, lesen und sehen wird, biß in sein Grab verschwtegen zu halten,) dem Gegentheil gegen oben pactirtes Recompens perfide communicirt, was dahero dieser treulose Amtman verwürckt und ob er mit einer fiscalischen Klag pro pœna meritirt, von dem Gottshauß sodann ad omne Interesse conveniret zu werden?

Wann erwehnter Amtmañ sich dem Gottshauß 46
juramento obstringirt, daß er alles das jenige, was ihm, als einem Amtmann anvertrauet, oder er sonst in Erfahrung gebracht, so zu verschweigen die Nothdurfft erforderte, die Eröffnung aber itzo oder künfftig auf ein oder andere Weiß schädlich und nachtheilig seyn möchte, im höchsten Geheime und biß in sein Tod verschwiegen halten, auch von des Closters Documenten, Acten, und Scripturen, ohn Special-Befehl oder Consens, niemand, wo der auch seye, was

auf

auf einige Weiß oder Wege communiciren ſollte und wollte; Und er ſolch præſtirten Juramento zuwider ex cancellaria des Gottshauſes, absque prævio conſenſu deſſen, die Communication des Documenti gethan, ſo möchte er wohl mit einer Arbitrar-Straffe angeſehen
47 werden können. Da er aber ſolche Pflicht nicht erſtattet, noch ſich dahin obligirt, ſtehen wir an, ob er werde können vel ad pœnam vel ad intereſſe belanget werden wegen der dem Gegentheil beſchehenen Communication des mit erwehntem Gegentheil Ao. 1527. getroffenen Verglichs, indem ſolches ein commune inſtrumentum, quod utriusque partis gratia confectum, iſt, daher Gegentheil deſſen Edition optimo maximo jure fordern und verlangen können, ſelbige auch demſelben im Fall des Erforderns nicht abgeſchlagen werden mögen.

arg. l. 5. ff. famil. erciſc. l. 7. C. de edendo. Carpzov. *in Proceſſ. tit. 14. art. 4. n. 45.* Berlich. *p. 1. concl. 45. n. 66.*

48 Derentwegen deſſelben Communication ſo weniger pro delicto & facto pœna digno zu halten, wann ſie zumahlen ex dictamine conſcientiæ wäre geſchehen, ſein Gewiſſen ab omni labe & cautela zu ſalviren, aus welcherley Reſpect weyland Veent. Steigenberger, geweßter Gottshausiſcher Amtmann ex remorſu conſcientiæ auf ſeinem Kranck- und Todten-Bette eröffnet, daß dieſe alte Verträg vorhanden, Krafft deſſen die leibeigene Unterthanen nicht ſchuldig den Fall alſo zu geben, wie es itzo in Ubung ſey.

Welches wir alſo zu verlangter rechtl. Nachricht dienſtlich anfügen, und unſere unvorgreifliche ohnpaſſionirte rechtl. Gedancken lieber aufrichtig eröffnen, als dem hochlöbl. Gottshauß viel flattiren und zu einer obſieglichen Urthel groſſe Hoffnung, die hernach fehlſchlagen und falliren möchte, vergeblich machen wollen.

Actum in Collegio noſtro d. 5 Febr. 1700.

Decanus und andere Doctores der Juriſten Facultät bey Fürſtl. Wirtemb. Univerſität zu Tübingen.

CONSILIUM XCII.

DE

Fideicommiſſo Familiæ quibusnam verbis conſtitui poſſit? De extinctione Fideicommiſſi, excluſione fœminarum, & matris ratione uſusfructus materni in illis bonis &c.

SUMMARIA.

1. *Ubi teſtator alicui e.g. ut hic* Schwahnen, *certa bona reliquit, cum hoc annexo:* Daß ſie auf denen Schwahniſchen verbleiben ſollen, ſo lang als ein Schwahn vorhanden, *an in hiſce verbis contineatur Fideicommiſſum familiæ? diſquiritur.*
2. *Ad fideicommiſſum inducendum, in teſtatore non tantum requiritur facultas à Lege conceſſa, ſed & ejus certa voluntas.*
3. *In dubio, teſtatorem, heredes vel legatarios fideicommiſſi onere gravare voluiſſe, non præſumitur.*
4. *Fideicommiſſa enim natura ſua & reg. ſunt odioſa, & ideo contra ea facienda potius interpretatio, quam pro iis.*
5. *Cum præſertim etiam liberam rerum adminiſtrationem impediant, quod non ſatis æquum videtur.*
   Et quia occaſionem alium decipiendi præbere queunt.
6. *Quæſtio in num. 1. affirmative decidi-*
   tur.
7. *Ubi teſtator diſponit:* Daß etwas von den Seinen auf ſeinem Geſchlecht oder Namen, ſo lang einer des Namens vorhanden, verbleiben ſolle, *ibi fideicommiſſum familiæ indubie eſſe conſtitutum.*
8. *Fideicommiſſum non tantum verbis expreſſis & vulgaribus, ad hoc nominatim vel ſpecifice exprimendum ordinatis conſtituitur, ſed etiam tacite, ubi, teſtatorem hoc ſenſiſſe & voluiſſe, ex mente & ſententia ejus vel verbis prolatis ſatis conſtat.*
9. *Fideicommiſſo inducendo quæcunque verba apta ſunt, & quibus talis teſtatoris voluntas veriſimiliter colligitur, etiamſi verba expreſſa fideicommiſſi non adſint. Ubi verba deficiunt ex conjectura voluntatis fideicommiſſum ſuppleri poteſt. ibid.*
10. *Sola voluntas in fideicommiſſis ſpectatur & prædominatur, etiamſi ex verbis commode concipi non poſſit, modo ex conjecturis colligatur.*
    Idem, ſi verba expreſſa in neceſſariam conſequentiam fideicommiſſum importent, ac ſi fideicommiſſum expreſſe conſtitutum fuiſſet. ibid.
11. & 12. *Verba: quod bona in familia, agnatione & domo teſtatoris manere, neque ab ea exire debeant, quod perpetuum & abſolutum inducant fideicommiſſum firmatur.*
13. *Ad fideicommiſſum conſtituendum ipſo vocabulo fideicommiſſi non eſt opus.*

14. seqq. *Plura de sola voluntate hic obtinente.*

17. *Si dispositio conservationem bonorum in familia respicit, recte præsumitur fideicommissum constitutum.*

18. *Voluntatem solam de bonis in familia conservandis, etiam absque prohibitione alienationis, absolutum inducere fideicommissum.*

19. *Bona in familia permanere non posse, nisi per fideicommissum absolutum & perpetuum.*

20. *Si quis alicui ex descendentibus suis vel agnatis ejusmodi majorum prædia vel alia insignia bona reliquerit, quæ à familia denominantur, vel à quibus familia nomen traxit, quam maxime tunc præsumi potest fideicommissi familiæ constitutio.*

21. *Præcipue in fideicommissis familiæ mens testatoris magis, quam verba attendenda.*

22. *Voluntati testatoris præsumtæ hic omnem verborum proprietatem cedere, omnemque juris communis interpretationem ad eam flecti, & ejus vestigia pedetentim sequi, sicut canis venaticus vestigia feræ.*

23. *Fideicommissa familiæ ceteris favorabiliora, & pro iis benignior interpretatio facienda.*
Quia spectant ad familiarum conservationem, & favorem publicum. ibid.

24. *Fideicommissa familiæ indubio constituta præsumi specialiter.*

25. *A Fideicommisso familiæ constituto ad constitutum Majoratum non statim concludi posse, etiamsi in aliis causis, quando à testatore Senioris ex familia specitatim mentio facta.*

26. *Separatorum separata ratio, nec ab uno eorum ad aliud infertur.*

27. *Constituto familiæ fideicommisso, si testator contra LL. provisionem ulterius nihil disposuit, succeditur in bonis istis secundum ordinem successionis legitimæ, ita tamen ut masculi fœminas & per has cognatos excludant.*

28. *Ratio hujus exclusionis fœminarum & agnatorum.*

29. *Ad fideicommissum familiæ, si testator aliter non disposuit, primo loco vocantur honorati & simul fideicommisso gravati liberi.*

30. *Et quidem æqualiter, nisi publicæ utilitatis causa aliud inductum.*

31. seqq. *Quicunque vi Majoratus vel Primogenituræ solus ad successionem aspirat, ille Jus illud Majoratus vel Primogenituræ contra reliquos agnatos, in pari cum ipso gradu constitutos, probare debet.*

34. *Relatum est in referente cum omnibus suis qualitatibus, & referens accipit interpretationem & regulatur ex relato ejusque natura.*

35. *Bona immobilia, aut quæ hoc nomine alias intelligenda veniunt; adæquatum fideicommissi familiæ constituunt objectum.*

36. *Bona vero mobilia, qua talia fideicommissum tale respuunt.*

37. 38. *An & quatenus mercator tabernam publicam mercibus instructam possidens pro possessore immobilium habeatur?*

39. 40. *Fideicommissum per alienationem rerum ei subjectarum extinguitur. Hæres contra factum defuncti venire nequit.*

41. *Refertur casus, quo per alienationem rerum q. fideicommissum non censeretur extinctum.*

42. *Filiæ in fideicommissis non succedunt, quamdiu masculi in familia supersunt.*

43. *Mater in bonis liberorum, quæ maritus sub onere fideicommissi possedit liberis relinquendi, usumfructum non habet, nec ejus nomine bona illa retinere potest, vi Jur. Prov. Würt. p. 4. tit. 98.* Was aber denen Kindern.

44. *Quid censendum de casu: ubi mater liberis suis alia bona, in quibus usumfructum habuisset, fideicommisso tali non obnoxia, antea petentibus ipsis, cesserat abdicato etiam usufructu, sed retento, cum consensu liberorum uno vel altero prædio, ejusmodi fideicommisso obnoxio, an etiam hoc posterius nihilominus postulantibus id postea fideicommissariis cedere teneatur, aut quomodo?*

45. *Fideicommissarius licet habeat verum dominium, non tamen de re fideic. pro arbitrio disponere, neque eam, vel sive inter vivos sive mortis causa, alienare potest.*

46. *Legitimæ liberorum portioni parentes, nisi ex justis causis, nullo modo detrahere aliquid possunt, neque per actus inter vivos, neque per ultimam voluntatem.*

47. *Quod tamen superat eam Legitimam, de eo parentes libere, ut volunt, disponere possunt.*

48. *Qui ad fideicommissum nullo casu vocatus est, nec cautionem à fideicommissario de non alienando exigere potest.*

49. *Ultimus fideicommissi possessor, illud libere inter vivos & per ultimam voluntatem alienat.*

50. *Fœminæ tum demum deficientibus masculis admittuntur ad fideicommissum, si ultimus masculus in earum præjudicium nihil disposuerit.*

SPE-

SPECIES FACTI.

Aus beygehendem von Herrn Stephan Schwan seel. geweßten Handelsmann zu Urach, eigenhändig begriffenem, und hernachmals behörig solennisirtem, auch nach seinem seeligen Ableiben judicialiter publicirten, und in allen und jeden Puncten exequirten Testament, ist mit mehrerm zu ersehen, wie daß derselbe meinem lieben Ehemann seel. Lorentz Schwahnen, als seines Bruders Sohn, unter andern, und zwar in dessen siebendem Paragrapho zum Voraus seine neuerbaute Behaussung in Urach, bey dem Marckt-Bronnen daselbsten, sammt Scheuren, Hofraithin, und aller Zugehörd und Gerechtigkeit, deßgleichen seinen Schwahnen-Garten, zwischen den Thoren, und dem Schwahnen-See, mit Häußlein und aller Zugehör und Gerechtigkeit dergestalten verschafft, daß solche 3 Stuck, Hauß, Scheuren und Garten sein eigen seyn, auch NB. **auf den Schwahnischen verbleiben sollen, so lang und viel als ein Schwahn vorhanden.** Ingleichem circa medium art. 15. den Uberrest seiner grösten Theils Herrn Hannß Georg Küffern, Burgermeister daselbst, als Tochter-Mann legirten Leinwands-Wahren, sammt allen Wagen und Gewichten, klein und grossen, und was sonsten zur Handlung dienlich, ihme, wie bey dem 7den Puncten abermals zum Voraus, so auch sein eigen seyn und verbleiben solle, vermacht, mit diesem Anhang, daß diese beede Conlegatarii sich miteinander zu vergleichen, die Waaren beysammen zu lassen, und nach ihrem so hohen Versprechen, gegebener Mund- und Hand-Treu, diese Handlung also unter seinem des Testatoris Namen, und Handels-Zeichen, als Schwahnische Erben zu führen hätten. Ob nun wohl diese beede auf erfolgtes seel. Ableiben des Testatoris diese Handlung einige Jahr gemeinschafftlich miteinander fortgetrieben, so ist doch hernachmals geschehen, daß sie solche aus ihren gewissen und erheblichen Ursachen wiederum zertrennet, und darauf mein seel. Ehemann seinen Antheil gar versilbert, und also seiner Seits diese Leinwands-Handlung völlig aufgehoben, ohne, daß jemand vor oder nach seinem Tod das geringste hierwider einzuwenden sich unterfangen hätte. Nachdeme aber mein ältister Sohn, Stephan Schwan sein Väterliches gern an sich ziehen möchte, und dahero auf die Gedancken gerathen ist, als ob in diesen beeden erstberührten Paragraphis testamentariis, so wohl wegen des Hauses, Scheuren, Hofraithin, und Schwanen-Gartens, als auch wegen des auf seinen seel. Vater sub eodem prælegati titulo erblich erwogenen Uberrests an der Leinwands-Handlung nicht nur allein ein Fideicommissum familiæ, sondern auch zugleich ein Senioratus (zu dessen mehrerer Colorirung er auch die in fine §. 3. & in medio §. 22. obvia verba illa: **mit Zuziehung jederzeit** NB. **des Aeltern, oder nächsten Verwandten Schwanischen Befreundten,** vor sich allegiren thut,) gestifftet und fundirt worden, mithin er auf gegenwärtige Stund, ohnerwartet eines Todfalls, und des erst biß dahin notorie expirirenden Landrechtl. Ususfructus, befugt wäre, mit Ausschliessung seines jüngern Bruders Lorentz Schwanen, Handelsmanns, und seiner einigen an Herrn Schmidten, Verwaltern zu Urach verheyratheten Schwester Anna Elisabetha, obgedachte Güter, nebenst dem aus der verkaufften Handlung erlößtem Pretio an sich, tanquam seniorem, & filium natu majorem alleinig zu ziehen. Wie er dann dergleichen Prætensionen, und daß ich dieses alles ihme ohnverweilt abtreten und zustellen möchte, würcklich an mich de facto gemacht. Ich aber weder mir, noch meinen beeden jüngern Kindern nicht gern, ohne dringende Noth, oder jedoch wegen künfftigen Ruckfalls, und besorglicher Veräusserung, ohne vorläuffige gnugsame Caution, ichtwas vergeben, oder sie dißfalls in ein oder anderm Stuck im geringsten verkürtzen möchte; Als habe in solcher Angelegenheit gehorsamlich bitten wollen, mir über nachgesetzte acht Rechts-Fragen, rechtl. Gutachten, und zwar schleunigst förderlichst hochgeneigt mitzutheilen, damit mich so ein als andern Falls darnach behörig zu reguliren wisse, und nach befindenden Dingen die fernere Messures ergreiffen könnte.

Nemlich, und vors

I.

Ob dasjenige, was meinem seel. Ehemann in dem §. 7mo des Schwanischen Testaments, an daselbst specificirter Ligenschafft zum Voraus verschafft worden, zugleich auch in Krafft und zu Folg der zu End befindlichen Formalien, **mit einem** Fideicommisso familiæ **behafftet zu seyn, von Rechts wegen erachtet werden möge?**

Und zwar

II.

Dergestalten, daß solches nur jederzeit auf den Seniorem, **folglich auf mein dermahlig ältern Sohn, Stephan Schwanen, mit Ausschliessung seines jüngern Bruders, des Lorentzen, Handelsmann, kommen und gelangen solle?**

Ingleichem

III.

Ob dieses auch von dem in dem §. 15. hujus testamentariæ dispositionis **ihme vermachten Rest der Leinwands-Hand-**

Handlung zu verstehen, nnd dahin zu extendiren seye?

Und ob nicht

IV.

Casu quo, solches Fideicommiss propter alienationem harum mercium ab ipso Parente adhuc vivo factam, per ea, quæ traduntur in Diss. Harpprechtiana de transactione super fideicommisso inter personas ad illud, voc. th. 38. & seq. vor verloschen zu halten?

V.

Ob ein oder anders annoch besitzendes väterliches ligendes Gut, neben dem aus der Leinwands-Handlung erlöstem Geld, einem oder beeden von meinen Söhnen, bey meinen Lebzeiten, mit Hindansetzung der Nutznieſſung und Ausschliessung meiner Tochter hinaus zu geben wäre?

VI.

Ob sie Brüder ihrer Schwester auf diesen Fall keine anderwärtige Satisfaction von den übrigeu zugegen seyenden Gütern angedeyhen zu lassen verbunden?

VII.

Und falls sie Brüder nicht darzu gehalten, ob nicht ich befugt wäre mittelst etniger Dispoſition inter vivos, oder mortis causa, ihro von meinen eigenen Gütern dergleichen anzuschaffen?

So dann, und

VIII.

Ob nicht wegen des künfftigen Ruckfalls bey ein oder des andern Sohn expirirenden männlichen Stammen und Geschlecht, sie, um aller besorglicher Veräusserung, desto fleiſsiger hierdurch vorzubiegen, zu vorläuffiger Præstirung gnugsamer Bürgschafft, oder Caution möchren angestrenget werden?

Als uns Decano und übrigen Doctoribus der Juristen Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Würtemb. Universität vorstehende Facti Species übergeben worden, um unsere beywohnende rechtliche Gedancken über die deroselben angehängte acht Fragen zu eröffnen; So haben wir solches keines Weges zu verweigern gewußt, sondern zu Beförderung der lieben Justiz, und Bezeugung schuldigster Dienstwillfährigkeit, uns, so bald es der gebrauchten Cur, anderer obgehabten vieler Geschäffte, und eingekommener Hindernüssen halber immer sein können, zusammen gethan, und in versammletem Collegio darüber reifflich deliberirt, den Schluß aber dahin gefaßt, wie bey einer jeden Frage absonderlich folget. Und zwar, so viel die

Erste Quæstion:

1 Ob dasjenige, was dem seel. Lorentz Schwanen in dem §. 7. des Schwanischen Testaments an daselbst specificirter Ligenschafft zum Voraus verschafft worden, zugleich auch in Krafft und zu Folg der zu End befindlichen Formalien, mit einem Fideicommisso familiæ behafftet zu seyn, von Rechts wegen erachtet werden möge?

concernirt, möchte es anfangs wohl das Ansehen haben, ob wäre selbige negative zu resolviren, daß nicht erachtet werden könne, daß dasjenige, was weyland Lorentz Schwanen in dem §. 7. des Schwanischen Testaments von seinem Vetter zum Voraus verschafft worden an daselbst specificirter Ligenschafft, mit einem Fideicommiss behafftet, aus Ursach, weil, wie zu einer jeden Action, die in Rechten Bestand haben soll, neben der Macht, Gewalt und Erlaubniß des Gesetzes, der kräfftige Wille dessen, der sie würcket erfordert wird, 2

juxta *l. 26. C. de jur. dot.* ibi: *nec sibi cessante voluntate, nec tibi prohibente jure. l. 6. C. si quis alteri vel sibi &c.* verbis: *dum quæ tibi non vis, nec illi potes.*

also auch insonderheit zu einem zu recht beständigen Fideicommiss beydes vonnöthen, daß nemlich der Testirer seine Erben oder Legatarios habe mit einem Fideicommiss beschwehren wollen, und solchen seinen Willen klar zu verstehen gegeben, so dann auch solches thun können.

l. 4. ff. qui testam. fac. poss. l. 1. pr. & §. 1. ff. de legat. 3.

Ob nun wohl hier der Testator seel. Stephan Schwann die Macht selbiges zu thun gehabt, so scheint doch bey ihm der Will ein Fideicommiss zu stifften und zu verordnen nicht gewesen zu seyn, weil er kein einiges mal eines Fideicommissi gedencket, damit seinen Vetter den Lorentz Schwanen zu graviren. Wo aber der Testirer seinen Willen nicht mit Worten zu erkennen gibt und man in dubio versirt, wird nicht præsumirt, daß der Testirer seine Erben oder Legatarios habe wollen mit einem Fideicommisso oneriren. 3

Est

Eſt enim communis Dd. opinio, quod bona libera ſine onere fideicommiſſi heredi vel legatario relicta in dubio præſumantur, atque adeo fideicommiſſum extare in dubio non præſumatur.

per l. 46. ibi: *ipſum teſtatorem fidem ejus ſecutum eſſe probaretur. ff. de hered. inſt. l. 29. §. 1.* ibi: *ut eo caſu valeat, qui ex verbis concipi poteſt. ff. de lib. & poſthum. l. ex verbis. C. de don. int. vir. & uxor.* Menoch. *de præſumpt. l. 4. præſ. 6. 7. num. 1.* Cravetta *Conſ. 180. in fin.*

4 Idque propterea, quia ſua natura & regulariter odioſa ſunt fideicommiſſa, uti concludunt

per l. 41. §. 2. ff. de vulg. & pup. ſubſtit. Gloſſa *in l. precibus. C. de impub. & al. ſubſtit.* Vultej. *1. Conſ. Marpurg. 29. num. 132.* Vinc. Fuſar. *de fideicommiſſ. ſubſtit. qu. 290. n. 1.*

5 & ideo ita facienda interpretatio, ut fideicommiſſum removeatur potius, quam inducatur & ſuſtineatur; maxime cum liberam rerum adminiſtrationem impediat, quod juri contrarium & iniquum videtur.

l. non usque adeò. ff. ſi quis à par. fuer. manum.

& contingere poſſit, ut ob ignorantiam fideicommiſſi emptor in pretio rerum fideicommiſſi onere gravatarum decipiatur atque ſic conſequenter fideicommiſſum præbeat occaſionem delinquendi, quæ tamen potius vitanda.

l. 4. ff. de pact. dotal. Hieron. de Cœvallos *ſpec. commun. opin. contra commun. q. 674.*

6 Deſſen aber jedoch unerachtet, können wir anders nicht als ſelbige affirmativè decidiren, beſtändig dafür haltende, daß die von weyland Stephan Schwahnen in ſeinem errichteten Teſtament §. 7. ſeinem Vettern und Bruders Sohn Lorentz Schwahnen ſeel. zum Voraus verſchaffte Liegenſchafft in allewege mit einem zu Recht beſtändigen und gültigen Fideicommiſſo familiæ behafftet ſey. Geſtalten der Teſtator allda ausdrücklichen diſponiret: Siebendens meines Bruders Sohn, Lorentz Schwahnen, meinem lieben Vettern verſchaffe ich zum Voraus als ein Legat meine neuerbaute Behauſung in Urach bey dem Marckt-Bronnen daſelbſt, ſamt Scheuren, Hoffraithen und aller Zugehörd und Gerechtigkeit, deßgleichen meinen Schwahnen-Garten, zwiſchen den Thoren, und den Schwahnen-See mit Häußlein und aller Zugehörd und Gerechtigkeit NB. ſolcher geſtalten, daß ſolche drey Stück, Hauß, Scheuren und Garten ſein eigen ſeyn und verbleiben, **welche Stück auch auff den Schwahniſchen verbleiben ſollen, ſo lang** und viel, als ein Schwahn vorhanden. Ob nun wohl in dieſen Worten nicht ſpecialiter eines Fideicommiſſi gedacht wird, ſo kan doch nicht deßwegen geſagt werden, daß wir in dubio, da kein Fideicommiſs zu præſumiren, verſiren, denn ſie alſo beſchaffen, daß ſie deutlich genug anzeigen, und überflüßig zu erkennen geben, daß allhier von dem Teſtatore unzweiffelich ein Fideicommiſſum geſtifftet und verordnet; dann wo ſich der Teſtator erklährt, daß 7
er wolle, daß etwas von dem Seinen auf ſeinem Geſchlecht, Familie und Agnation, die ſeinen Nahmen führet, verbleiben ſolle, ſo lang und viel als einer vorhanden, der den Namen führet und von der Familie und Agnation iſt, da iſt unzweifflich ein Fideicommiſſum Familiæ gemacht und auffgericht.

Fideicommiſſa ſiquidem non tantùm ex- 8
preſſis verbis conſtituuntur, quando inſtitutor ſeu fundator verbis expreſſis & ad hoc ordinatis nominatim diſponit, hanc eſſe feriam ipſius mentem & voluntatem, quod hæc vel illa bona in ſua familia ad ejus meliorem & illuſtriorem conſervationem apud maſculos, excluſis fœminis, perpetuò conſervari, nec ullo modo in extraneos alienari debeant, jureque fideicommiſſi ab uno ad alterum tranſire ac transmitti; ſed tacite etiam conſtituuntur, quando quidem teſtator hoc expreſſis verbis non dicit, nec verbis fideicommiſſi vulgaribus uſus eſt, idem tamen ſenſiſſe, hocque voluiſſe, ex mente & ſententia ipſius vel verbis prolatis ſatis conſtat & apparet.

l. 26. ff. de fideicommiſſ. libert. junct. l. 19. §. 1. ff. ad SCt. Trebell. l. 17. l. 74. l. 76. ff. eod.

Apta ergò ſunt fideicommiſſo inducendo ac 9
conſtituendo quæcunque verba, ex quibus veriſimiliter colligitur, teſtatorem fideicommiſſum conſtituere voluiſſe, etiamſi verba expreſſa fideicommiſſi non adſint.

l. pen. ff. de legat. 1. l. 64. l. 67. §. 9. ibi: *recte datum & minus ſcriptum. & §. fin. l. 78. §. 1. de legat. 2. l. 11. §. 19. de legat. 3. l. 57. §. 1. ff. ad SCt. Trebell. l. 21. C. de legat.*

Etſi enim verba deficiant, ex conjectura tamen voluntatis fideicommiſſum ſuppleri poteſt.

l. 30. l. 77. §. 22. de legat. 2. Card. Tuſch. *lit. F. concl. 260. n. 3. ſeq.*

Sola namque voluntas in fideicommiſſis ſpe- 10
ctatur & prædominatur etiamſi ex verbis commode concipi non poſſit, dum tamen ex conjecturis colligatur.

l. 15. C. de fideicomm. l. 67. §. pen. & ult. de legat. 2.

Hinc ut fideicommiſſum inductum cenſeatur ac debeatur, ſola teſtatoris voluntas

sufficit, sive verba fideicommissi vulgaria sint expressa sive omissa.

d. l. 64. l. 67. §. 9. de leg. 2. l. 21. C. de legat. &c.

Idem est si verba expressa in necessariam consequentiam fideicommissum importent

l. 34. §. f. l. 87. §. 2. de legat. 2. l. 11. §. 19. de legat. 3.

11 Unde non potest non fideicommissum familiæ perpetuum & absolutum inductum censeri, si testator disponit, quod bona sua in familia, agnatione vel domo sua permanere vel conservari debeant.

l. 32. §. 6. de legat. 2. l. fin. C. de verb. signif. Vinc. Fusar. *de fideicommiss. substit. q. 499. num. 1.* Petr. Ant. de Petra *de fideicommiss. q. 5. num. 2. 7.* ubi *num. 5. seq.* addit, nihil referre, an testator dixerit, quod velit bona sua conservari in familia, vel quod non velit eadem exire de familia, vel qui non velit illa alienari extra familiam, cum hæc æquiparentur & æquipolleant.

12 Et hoc casu, quando testator mandavit seu prohibuit, quod bona sua non exeant de familia, sed in familia vel agnatione permaneant, donec agnatorum aliquis supereſt, absolutum induci fideicommissum, in specie docent

Socin. *vol. 2. Cons. 251.* Ruin. *vol. 2. Cons. 110. num. 3.* Petra *d. q. 5. num. 8.* Mascard. *de probat. concl. 775. num. 5. & concl. 776. num. 7.* Menoch. *lib. 4. præs. 68. n. 9.* Vultej. *vol. 4. Cons. Marpurg. 54. n. 9.* Peguerr. *dec. 101. n. 5.* & hos referens Knipschild. *de fideicommiss. famil. cap. 6. n. 99. 100.*

Nun hat sich hier der Testator seel. Stephan Schwahn in seinem Testament in angeführten Worten des §. 7. gantz lauter und deutlich erklährt, daß sein end- und ernstlicher Wille sey, daß die seinem Vetter und Bruders Sohn Lorentz Schwahnen zum Voraus legirte drey Stück, die neuerbauete Behausung in Urach am Marckt-Bronnen, sambt Scheuren, Hofraithin, und Zugehörd, der Schwanen-Garten zwischen den Thoren, und Schwahnen-See, mit dem Häuslein und aller Zugehörd, solcher gestalten sein des Legatarii eigen seyn sollen, daß sie auf den Schwahnischen verbleiben, das ist, daß sie bey der Schwahnischen Familie, Agnation und Geschlecht conservirt werden sollen, so lang, als einer von der Familie, Agnation und Geschlecht der Schwahnen übrig und
13 vorhanden seyn werde. Derentwegen hat er darinn ein perpetuum Fideicommissum Familiæ geordnet und gestifftet, ob er gleich nicht das Wort Fideicommiss gebrauchet, denn solches eben nicht erfordert wird, sondern es ist genug, daß er seinen Willen klar und deutlich mit andern Worten, die ein Fideicommiss induciren, zu erkennen gegeben, um so viel mehr, weil, wie gemeldt, die beständige Meynung der Rechts-Gelehrten ist, daß die Fideicommiss, wann gleich der Testator keine Wort, so ein Fideicommiss induciren, gebraucht, auch ex illius sententia & præsumpta mente colligiret werden,

quia in fideicommissis sola voluntas regnat 14

l. 117. de legat. 1. lib. 57. §. 1. ad SCt. Trebell. l. 64. de leg. 2. ibi Bartol.

eaque præcipue spectanda & servanda.

l. 11. §. 19. de legat. 3.

adeoque nihil refert, quibuscunque verbis 15 explicetur, modò hoc inde colligi queat, testatorem velle, ut bona ejus ab eo, cui reliquit post ejus mortem alteri, cui bene cupit obveniant.

l. 19. §. 1. ad SCt. Trebell.

Uti sic, omissis licet verbis Fideicommissi, 16 ex mente testatoris præsumptâ colligi & induci Fideicommissum concludunt præter supra allegatos

Bald. *in l. quoties. n. 8. C. de fideicomm.* Mantic. *de conject. ult. vol. lib. 8. tit. 1. num. 25.* M. Ant. Peregrin. *de fideicomm. art. 1. n. 48.* Sim. de Prætis *de Interpr. ult. vol. lib. 3. fol. 12. n. 10.* Ant. Faber *Cod. Sabaud. lib. 6. tit. 22. d. 43. num. 2.* Mev. *p. 8. dec. 16. 17.* aliique plures à Brunnem. *Cons. 3. n. 33.* adducti.

Welches insonderheit alsdann angehet, wann 17 des Testirers Intention ist, daß die Güter bey dem Stammen und Nahmen verbleiben und erhalten werden sollen.

Nam vel ex eo solum recte præsumi fideicommissum constitutum, si dispositio conservationem bonorum in familia respiciat, respondit

post Manticam *d. tr. lib. 6. tit. 14. n. 21.* Cravetta *Cons. 113. n. 5.* Pruckmann *v. 1. Cons. 34. n. 20.* Vultej. *vol. 4. Cons. Marp. 54. n. 91.* Brunnem. *Cons. 3. num. 36.*

Et solam voluntatem de bonis in familia 18 conservandis, etiam absque prohibitione alienationis, absolutum fideicommissum inducere consuluit

Curt. Jun. *Cons. 114. n. 18.* Besold. *Cons. 221. n. 20. 30.*

Quodque perpetuum & absolutum Fidei- 19 commissum familiæ inductum & constitutum censeatur in favorem familiæ, si testator voluerit bona sua remanere in familia, & ad eos de familia pervenire, donec aliquis reperia-

reperiatur, quia in familia bona permanere non poſſunt, niſi per fideicommiſſum abſolutum & perpetuum, notanter ſcribit

Baldus *in l. 11. C. de fideicomm.* Laurent. Kirchov. *vol. 1. Conſ. 18. num. 16.* Petra *q. 5. n. 12.*

Waltet demnach bey uns gantz kein Zweiffel, daß die im §. 7. des Stephan Schwahnen Teſtaments dem Lorentz Schwahnen zum Voraus verſchaffte Liegenſchafft in krafft und zu folg der daſelbſt befindlichen Formalien nicht mit einem zu recht gültigen und beſtändigen Fideicommiſſo familiæ behafftet zu ſeyn erachtet werden möge. Worzu Zweiffels ohne ſo mehr den Teſtatorem commovirt der Nahme des Schwahnen-Garten und des Schwahnen-Sees, ſo dergleichen Güter, die zum ſteten
20 Angedencken billich bey der Schwahniſchen Familie und Agnation bleiben und propagiret werden ſollen. Und mag daher pro Fideicommiſſo à Teſtatore in iis ordinato auch ex ipſa rerum qualitate ein gutes Argument genommen werden.

Nam ſi quis alicui ex deſcendentibus vel agnatis ſuis reliquerit prædia majorum, aliaque inſignia bona, quæ omnino digna, ut perpetuo in agnatione & familia conſerventur, & multo magis ſi talia, quæ à familia denominantur, vel à quibus familia nomen traxit, præſumitur utique voluiſſe ea in familia perpetuo conſervari & fideicommiſſi onere de uno in alium in infinitum usque tranſire.

Bartol. *in l. 114. §. Divi. num. 3.* & ibi Jaſon. *num. 26. ff. de legat. 1.* Caſtrenſ. *l. 1. Conſ. 343.* Knipſchild. *de fideicomm. fam. cap. 6. num. 138.* Beſold. *Conſ. 133. num. 22.*

Und mag hierwider nichts verfangen die oben in Contrarium angeführte Dubitandi ratio, geſtalten zur Genügegezeiget, daß ſo wenig es dem Teſtatori an der Macht ein Fideicommiſs zu ſtifften gefehlet, ſo wenig es auch an ſeinem Willen berührte Stücke mit einem Fideicommiſſo familiæ zu afficiren ermangle, ſondern derſelbe von ihm klar und deutlich genug in dem
21 Teſtament erkläbrt ſey, ob er gleich nicht das Wort Fideicommiſs gebrauchet, welches eben nicht nöthig geweſen, indem genug, ut de ipſius teſtatoris voluntate ex verbis, quibus uſus, conſtet & appareat,

quæ igitur ſequenda & attendenda, quia illa in fideicommiſſis dominatur, adeò, ut mens teſtatoris non ſolum expreſsa, ſed etiam ex conjecturis apparens in fideicommiſſis præſertim familiæ magis, quam verba attendi debeat

per l. 15. C. de teſtam. l. 35. §. 3. de her. inſtit. l. 3. C. de liber. præter. Gail. *2. O. 125. n. 5.*

Et voluntatem teſtatoris etiam præſumptam & conjecturatam tanquam reginam in fideicommiſſis prædominari, eique omnem verborum proprietatem cedere, omnemque juris communis interpretationem ad eam flecti, & ejus veſtigia pedetentim ſequi ſicut canis venaticus veſtigia feræ 22

per l. pen. C. de neceſſ. ſerv. hered. Inſt. ſcribit Author Conſil. ap. Beſold. *p. 1. Conſ. 6. n. 159. & Conſ. 7. n. 2. Conſ. 9. n. 82.*

Zumahlen in fideicommiſſis familiæ, welche für favorabel gehalten werden, maſſen die Dd. alle einmüthig ſtatuiren 23

quod benignior interpretatio pro iisdem facienda

ut videre eſt ap. Cephal. *Conſ. 137. n. 38. in fin.* Decian. *vol. 3. Conſ. 1. n. 317.* Menoch. *4. præſ. 67. n. 19.* Mantic. *de C. U. V. lib. 7. tit. 1. n. 44.* Petra *q. 5. n. 67.* Cothman. *v. Conſ. 80. num. 89.* Knipſchild *cap. 7. num. 85.*

quia ſpectant ad familiarum conſervationem & favorem publicum, quæ autem ad publicum favorem ſpectant, omnino favorabilia ſunt, lateque interpretari debent.

Gloſſa *in l. 19.* verb. *alia cauſa. C. de SS. Eccleſ.* Decius *Conſ. 372. n. 8.*

Ob alſo ſonſt wohl in dubio nicht præſumirt 24 wird, daß ein Fideicommiſs ſey auffgerichtet, ſo wird doch insgemein von den Rechts-Gelehrten ein anders in den Fideicommiſſis familiarum ſtatuirt, daß wann von ſolchen die Frage, vielmehr zu præſumiren, daß ſolche geordnet ſeyn, die Güter bey der Familie und dieſe durch dieſelbe in beſtändigem Flor und Auffnehmen zu erhalten.

ut videre eſt ap. Cephal. *Conſ. 137. n. 38. in fin.* Petra *q. 9. n. 222.* Vincent. Fuſar. *de fideicomm. ſubſtit. q. 291. n. 3.* Menoch. *Conſ. 220. n. 49.* Mantica *l. 7. t. 1. n. 44.* Beſold. *Conſ. 133. n. 23.* Knipſchild. *c. 7. n. 98.*

Folget

Die andere Frage:

Ob das Fideicommiſs nur jederzeit auff den Seniorem, folglich auf des Lorentz Schwahnen, dermahligen ältern Sohn Stephan Schwahnen, mit Ausſchlieſſung ſeines jüngern Bruders, des Lorentzen Handelsmanns, kommen und gelangen ſolle?

Welche wir kürtzlich mit Nein beantworten. 25 Denn obwohl in §. 3. des Schwahniſchen Teſtaments verordnet, daß wann die ordentliche über das von dem Teſtatore geſtifftete Stipen-

dium führende Rechnung Jährlich auf den Tag Stephani abgehört wird, darzu jederzeit auch der älteste Schwahn oder Anverwandte erfordert und gezogen werden solle. Deßgleichen in §. 22. versehen, daß von dem Jährlich fallenden Interesse deß der Schützen-Gesellschafft zu Urach legirten Capitals von 60. fl. dieselbe auf sein des Testatoris Nahmens-Tag Stephani mit Zuziehung jederzeit des Aeltern oder nächst Anverwandten Schwahnischen Bluts-Freunds 1 Rthlr. zu verschiessen gegeben, den Uberrest aber jedesmahl zum Christlichen Angedencken in Fröhlichkeit mit einander verzehren sollen; So läßt sich doch darauß kein Majoratus erzwingen, noch behaupten, daß der älteste des Stammens und Nahmens allein die Succession in den gestifften Fideicommiss-Gütern mit Ausschliessung seiner übrigen Brüder haben solte, denn weder in dem §. 3. noch §. 22. die Rede von der Succession in dem gestifften und verordneten Fideicommisso familiæ, sondern in jenem allein von der Beywohnung in Abhör der Rechnungen, so über das von dem Testatore gestifftete Stipendium geführet werden sollen, in diesem aber von Austheilung und Verzehrung des Jährlichen Interesse aus dem der Schützen-Gesellschafft legirten Capital der 60. fl. nur geredet wird, daß darzu allezeit der Aelteste der Schwahnischen Bluts-Freunde oder Verwandten solle beruffen und gezogen werden, daß er sehe, daß die Stifftung recht beobachtet und observiret werde, davon sich aber auf die Succession in den verordneten Fideicommiss-Gütern, und Geniessung derselben, nicht schliessen läßt, daß dessentwegen auch der Aelteste allein, mit Ausschliessung der mit ihm in gleichem Grad der Bluts-Freundschafft stehenden Verwandten, in dem geordneten Fideicommiss succediren solte.

26 Fieret enim illatio à plane separatis contra regulam: Separatorum separata est ratio, nec in iis ab uno ad aliud infertur, fundatam

in l. fin. ff. de calumn. l. 2. §. argento. ff. de aur. & arg. legat. l. 17. ff. de aq. & aq. pluv. arc. l. 10. C. de probat. l. 20. ff. de minor. l. 12. §. 1. ff. de acq. possess. Dan. Otto *in Dial. Jur. lib. 1. c. 11. de Disparatis.* Everhard *in Top. Legal. loc. à Separatis.*

27 Denn es ist bekandt, daß in den gestifften Fideicommissis familiæ, wann der Fundator und Stiffter nicht ausdrucklich publicam legum provisionem in seiner letzten Willens-Verordnung geändert, diejenige succediren, die sonsten in andern eignen Gütern à Lege ad successionem intestati beruffen werden, doch so, daß allein die agnati Masculi, exclusis fœminis & per has cognatis, zur Succession in his Fideicommissis familiæ vel agnationi relictis zugelassen werden.

quia soli masculi agnati, non etiam fœminæ & per has cognati familiam & agnationem conservant. 28

l. 195. §. fin. l. 196. ff. de verb. signif. post infinitos alios Knipschild *de fideicomm. fam. nobil. cap. 8. n. 1. seqq. n. 127. seqq.* Dn. Stryck. *de success. ab intest. Diss. 7. Cap. 2. th. 9. seqq.* Struv. *Ex. 36. th. 19.*

Inde si quis per ultimæ voluntatis elogium Fideicommissum familiæ suæ reliquit, nullâ speciali provisione & expressione super certis quibusdam personis factâ, ex conjecturâ naturalis inclinationis ad successionem omnium primi vocantur, qui vel ex eo vel ex illo, qui ab eo honoratus & simul gravatus est fideicommisso familiæ, sunt geniti h. e. liberi, 29

arg. l. 3. pr. l. 8. §. 1. ff. de codicill. l. 32. §. 6. ibi: *qui ex his primo loco procreati sunt. l. 69. §. 3. ff. de legat. 2. l. ult. C. de verb. signif.* Struv. *d. l.* Dn. Stryck. *d. Diss. 7. cap. 3. th. 12. & th. 17.*

Et cum hos natura æquales fecerit, æqualiter quoque ipsi admittuntur ad successionem, nec unus præ cæteris prærogativam habet, nisi appareat publicæ utilitatis causa, cui privata commoda cedere omnino æquum est, alicubi jus primogenituræ vel majoratum legitime introductum. Quicunque ergo vi juris primogenituræ vel majoratus solus ad successionem aspirare, & alios in eadem agnationis linea & gradu pari secum existentes a successionis commodo excludere contendit, eum jus primogenituræ vel majoratus a fundatore fideicommissi ordinatum & introductum esse, probare oportet, alias in eadem linea & pari gradu constituti fundatam contra ipsum intentionem habebunt. 30 31

arg. Nov. 118. c. 1. 3. 2. F. 26. §. Omnes filii. Dn. Stryck *d. Diss. 7. c. 3. th. 12.*

Derowegen weil nec vola, nec vestigium ullum von eingeführtem jure primogenituræ vel majoratus in der Succession der gestifften Fideicommiss-Güter in des Fundatoris Seel. Steffan Schwahnen Testament zu finden, massen er bey der Verordnung des Fideicommiss in dem §. 7. des Testaments nicht das geringste specialiter von der künfftigen Succession in den Fideicommiss-Gütern disponirt, tacite also Juris communis provisionem ratificirt und approbirt, so kan des ersten Fiduciarii Lorentz Schwahnen itztmahliger ältester Sohn Steffan Schwahn in successione keine prærogativ vor seinem jüngern Bruder, Lorentzen Handelsmann prætendiren, sondern es hat dieser fundatam intentionem zugleich mit seinem ältesten Bruder zur Succession in den Fideicommiss-Stücken admittirt zu werden, so lang und viel biß jener darthut die Fundation 32

dation des juris primogeniorum oder Majorats, und kan jener ſich in keiner Obſervantz gründen, weil ſich noch kein Caſus ergeben,
33 dadurch einige Obſervantz inducirt hätte werden können; Sintemahl ihr Hr. Vatter ſeel. der Legatarius geweſen, der von ſeinem Vettern, Steffan Schwahnen mit dem Legato der Behauſung bey dem Marck-Brunnen in Urach, dem Schwahnen-Gardten, zwiſchen den Thoren und dem Schwahnen-See zuerſt honorirt, und zugleich mit dem Fideicommiſſo familiæ onerirt worden, bey deſſen Söhnen ſich alſo itzo der erſte caſus Succeſſionis Fideicommiſſariæ ergiebt, daß man deme nach keine Obſervantz in Succeſſions-Fällen von vorigen Zeiten hier allegiren kan, da es dergeſtalt beobachtet worden, daß der Aelteſte allein wäre admittirt worden.

Die dritte Frage

iſt:

Ob dieſes auch von dem in dem §. 15. huius teſtamentariæ diſpoſitionis ihm vermachten Reſt der Leinwands-Handlung zu verſtehen, und dahin zu extendiren ſey?

34 Welche wir gleichfalls anders nicht, dann negative reſolviren können. Es heißt zwar in §. 15. beſagten Teſtaments: Den Uberreſt ſolcher Wahren, (wann nemlich davon des Teſtatoris Schulden bezahlt ſeyn, und deſſen Tochtermann, Johann Georg Kieffer, die ihm verſchaffte 2000 fl. bekommen,) es ſeyn viel oder wenig, nichts nicht ausgenommen, alle Waagen und Gewicht, klein und groß, und was zu der Handlung dienlich, verſchaff ich dieſem meinem Vetter, wie bey dem 7 Puncten, zu einem Voraus, ſo auch ſein eigen ſeyn und bleiben ſolle ꝛc. und referirt ſich alſo dieſer 15 §. auff obigen §. 7. ejusdem Teſtamenti, daher irgends geſchloſſen werden möchte, weil dieſer §. ſich auf den vorgehenden §. 7. beziehet, und referiret, die aber in §. 7. zum Voraus legirte Stücke mit einem fideicommiſſo familiæ afficirt, ſo folge, daß der Teſtator alſo auch habe wollen haben, daß dieſe in §. 15. zum Voraus verſchaffte Wahren mit eben dem Fideicommiſſo afficirt ſeyn ſollen,

quia relatum eſt in referente cum omnibus ſuis qualitatibus

l. 77. de hered. inſtit. l. 31. l. 38. de condit. & dem. l. 5. §. 1. de rejud. l. 14. de dot. præleg.

referens enim accipit interpretationem ex relato, & relationis vigore quicquid continebatur in relato, dicitur quoque contineri in referente

d. l. 77. de hered. inſtit.

ac referens regulatur ſecundum naturam relati

Auth. ſi quis in aliquo. C. de edend.

Wir halten aber, ſalvo cujusvis aliter ſentientis judicio, beſtändig dafür, daß die Relatio auf obigen §. 7. allein in dem beſtehe, daß wie er der Teſtator dem Lorentz Schwahnen ſeinem Vetter, als Patri ſuo heredi inſtituto ſubſtituto heredi die in §. 7. benandte Stücke zum Voraus legirt, oder als ein Prælegatum verſchafft, alſo und gleicher geſtalt er demſelben auch den Uberreſt der Wahren, ſo bleibt nach Bezahlung der Schulden und Abſtattung der ſeinem Tochtermann Johann Georg Kieffern legirten 2000 fl. legirt haben wolle, daß wann er gleich vi ſubſtitutionis ſein Erbe werden ſollte, mit und neben ſeiner zur Erbin inſtituirten Frauen, dennoch den Uberreſt der Wahren als ein Prælegatum hinweg nehmen ſolle. Das denen in §. 7. zum Voraus legirten Stücken angehengte onus fideicommiſſi kan auf den zum Voraus legirten Uberreſt der Wahren nicht extendiret werden, 1) weil der Teſtator in §. 15. von dieſem onere fideicommiſſi keine Meldung gethan. 2.) Die qualitas objecti repugni- 35
ret, denn in §. 7. ſind die legirte, und mit dem onere fideicommiſſi beſchlagene Stück bona immobilia, quæ conſtituunt adæquatum objectum fideicommiſſi familiæ.

Cum enim bona fideicommiſſo familiæ affecta perpetuo in familia durare & permanere ac ſucceſſivo ordine de uno in alium tranſire debeant, in bonis vero mobilibus, qua talia perpetuum & durabile quid effici nequeat, conſequens eſt quod fideicommiſſum familiæ tantum in immobilibus, quæ his æquipollent & adhærent, conſtitui queat,

Knipſchild *de fideicomm. fam. nob. cap. 5. n. 2. ſeqq.*

In §. 15. aber ſind die zum Voraus verſchaff- 36
te Stück allein bewegliche Güter, in denen eigentlich kein fideicommiſſum familiæ de jure kan conſtituirt werden.

Bona enim mobilia ex dicta ratione fideicommiſſum familiæ reſpuunt

Knipſchild *d. cap. 5. n. 95. ſeqq.*

Nec obſtat, quod mercatorem tabernam 37
publicam mercibus inſtructam poſſidentem pro poſſeſſore immobilium habeat, ſicque tabernam ejusmodi rei immobilis jure cenſeat

Mevius *p. 8. dec. 304.*

Hoc enim tantum ad effectum liberationis 38
a ſatisdatione vel cautione per fidejuſſores præſtanda procedit, ulterius non extendendum eſt quoad alios effectus, cum nec quoad illum aliter obtineat, quam ſi adſint plura alia requiſita, de quibus

vid. Esbach ad Carpzov. *p. 1. c. 5. d. 19.* ibique alleg. Joh. Marquard *de Jur. mercator. lib. 3. cap. 7. n. 35. seq.*

Relatio ergo in §. 15. testamenti a Stephano Schvvanen conditi facta ad §. 7. præcedentem ibique relictum Prælegatum, restringenda est ad naturam Prælegati, ad adjectum illi onus fideicommissi nequaquam extendenda.

39 Und gesetzt den ohngestandenen Fall, es wäre auch das denen in §. 7. dem Lorentz Schwahnen zum Voraus verschafften Stücken anhangende Fideicommiss auf den in §. 15. ebenmäßig ihm zum Voraus verschafften Rest der Leinwands-Handlung zu extendiren, und propter relationem in §. 15. ad præcedentem §. 7. factam dafür zu halten, daß der ihm zum Voraus vermachte Rest der Handlung gleich den ihm in §. 7. verschafften Stücken mit dem Fideicommisso familiæ afficirt, so wäre doch solch Fideicommissum durch die von ihme Lorentz Schwahnen beschehene Aufhebung der Handlung, distrahir- und Veräusserung der Wahren, bereits erloschen und extinguirt, könnten auch dessen Söhne anitzo contra factum Patris nicht mehr kommen, und solches impugniren, weil sie dessen Erben worden seyn, und also tanquam heredes Patris factum illius zu præstiren haben, per late deducta

à Dn. Collega D. Harpprechto & D. Scheinemanno *in Disp. de Transact. sup. fideicommiss. inter person. ad illud vocat. th. 38. & seqq.*

Womit dann nicht nur die dritte, sondern auch zugleich

Die vierte Frage:

40 Ob nicht, casu quo, solches Fideicommiss propter alienationem harum mercium ab ipso Parente adhuc vivo factam per ea quæ traduntur in Dissert. Harpprechtiana de Transactione super fideicommisso inter personas ad illud vocatas th. 38. seqq. vor verloschen zu halten?

ihre Erledigung bekommen, ohne Noth erachtende dieser Quæstion Resolution weitläuffiger zu deduciren, weil die Fundamenta und Rationes in angezogener Disputation zur
41 Gnüge ausgeführt zu haben seyn, jedoch setzen wir der dritten und vierten Frage Resolution noch diese limitation zu: Es wäre dann daß weyland Lorentz Schwahn seel. von dem Vetter, so das Fideicommissum familiæ gestifftet, seine Intention selbst dahin verstanden, daß sein Fundatoris Will und Meynung gewesen, damit so wohl den Rest der Handlung, als die unbewegliche Stück zu afficiren, und hätte deßwegen auch der seel. Lorentz Schwahn, da er die Handlung verkaufft, das draus erlöste Geld an ein besonders Capital gelegt, daß solches die heredes und Successores fideicommissarii geniessen sollten; Und dieses könnte also von seinen des Lorentz Schwahnen Söhnen evidenter docirt und beygebracht werden, deßfalls könnte das dahin von Testatore gemeynte Fideicommiss durch die Alienation der Wahren nicht vor verloschen geachtet werden, sondern möchte das davon gemachte Capital mit Recht eo nomine in Ansprach genommen und gefordert werden. Wann aber diß nicht kan erwiesen werden, bleibt es bey voriger Decision der dritten und vierten Frage. Wenden uns itzo zur vorgelegten

Fünfften Frage:

Ob ein oder anders annoch besitzendes 42
Vätterliches liegendes Gut neben dem aus der Leinwands-Handlung erlößten Geld einem oder beeden von meinen Söhnen bey meinen Lebzeiten mit Hindansetzung der Nutznessung und Ausschliessung meiner Tochter hinaus zu geben schuldig?

die wir gleicher gestalt kürtzlich dahin beantworten, daß die consulirende Frau Mutter das jenige, was mit dem Fideicommisso familiæ afficirt, in allwege, nach ihres seel. Eheherrn Lorentz Schwahnen Todt, bey ihren Lebzeiten, ihren Söhnen, als legitimis Successoribus a B. Stephano Schvvahnen ad ordinatum Fideicommissum familiæ præsumptive ante omnes alios vocatis, mit Ausschliessung der Töchter, als die in Fideicommissis familiæ kein Recht zu succediren haben, so lang masculi von der Familie vorhanden,

Knipschild *de fideicomm. fam. nob cap. 8. n. 127. seqq.* Dn. Stryck *de success. ab Intest. Diss. 7. th. 9.*

hinaus zu geben schuldig, und solches ihnen 43
nicht vorenthalten kan, intuitu prætendirender Nutzniessung, als die ihr darin durchaus nicht zukommt, gestalten sie zwar das den Söhnen anerstorbene Vätterliche Gut ad dies vitæ so lang sie lebt, zu nutzen und zu niessen hat, Krafft Landrechtl. Disposition, was aber das Vetterliche mit dem Fideicommisso familiæ afficirtes anlangt, darin kan sie mit Recht keine Nutzniessung prætendiren, sondern muß solches den Söhnen ausfolgen lassen, vi textus expressi

Landrecht *p. 4. tit. 9. §. Was aber denen Kindern &c. p. 460.*

Weil nun, unsers Erachtens, allein die in §. 7. des Schwahnischen Testaments, ihrem seel. Mann zum Voraus verschaffte liegende Güter

Güter mit dem Fideicommisso familiæ afficirt, und zwar ohne von dem Testatore verordneten Majorat, ist sie selbige liegende Stück beeden Söhnen zu ihrem vollkommenen Genuß abzutreten, und ihnen völlig einzuraumen schuldig, wann man den Rechten nach die Sache schlechter Dingen ohn sondere Umstände, wie
44 sie in facti specie fürgestellet, ansihet. Wann man aber selbige, nach dem von der Fr. Consulentin jüngst durch Schreiben an Hand gegebenen Umständen consideriret, da sie berichtet, daß sie ihre Kinder vor 4 Jahren ohngefähr inständig ersucht, weil sie als eine Witfrau den besitzenden liegenden Gütern ohn grosse Mühe, Sorg und Ungelegenheit doch nicht nachkommen könnte, möchte sie selbige ihnen biß ans Haus und Schwahnen-Garten, die sie vor sich behalten, nutzen und niessen könnte, und mit ihrem guten Belieben sollte, übergeben und abtreten, wordurch sie sie persuadirt, daß sie endlich darein aus Guthertzigkeit gegen ihre Kinder gewilliget, und ihnen biß an solche 2. Stück, die die Kinder itzo in Besitz zu lassen, sich willig erklärt, nicht nur alle liegende Güter abgetreten und eingeraumt, sondern auch noch dazu von dem Vätterlichen ein schönes an baarem Geld, an Capitalien, Wein und anderm gegeben und überlassen, und sich der itzo davon ad dies vitæ gebührenden Nutznieſſung willig begeben, und solche ihren Kindern cedirt, wann man, sagen wir, diese Umstände considerirt und selbige sich dergestalt verificiren, daß die Ubergebung der übrigen unbeweglichen Güter, Capitalien, baaren Gelds, Wein und anders gegen willige Uberlassung der beeden Stück hauptsächlich geschehen, so würde von der Frau Mutter nicht unbillig prætendirt, daß wann sie den Söhnen solle die ihnen fideicommisso familiæ afficirte Stücke itzo hinausgeben, sie itzo vorher die andere ihnen mit der Nutznieſſung übergebene Güter wieder zuruck geben, weil sie ihnen solche nicht würde gegeben haben, wann sie itzo nicht die zwey Stücke dagegen zu lassen, sich erboten und erklärt hätten.

Knipschild *de fideicomm. famil. cap. 19. n. 1. seqq. cap. 11. per tot.*

Die sechste Frage ist:

45 **Ob sie Brüder ihrer Schwester auf diesen Fall keine anderwärtige** Satisfaction **von den übrig zugegen seyenden Gütern angedeyen zu lassen verbunden?**

Welche wir mit Nein beantworten, denn weil sie Brüder diese Stück und Güter nicht vom Vatter oder aus Vätterlicher Erbschafft, sondern von dem Vetter fideicommissi jure bekommen, und es ohne dem damit die Bewandniß hat, daß sie zwar der Fideicommiss-Güter verum dominium, dennoch in so weit dabey gebundene Hände haben, daß sie nicht pro arbitrio davon disponiren, noch dieselbe vel inter vivos, vel mortis causa alieniren können,

sondern selbige in gutem Wesen erhalten, ad dies vitæ nur nutzen, niessen und gebrauchen, nach dem Todt aber restituiren müssen, so sind sie nicht verbunden, ihren Schwestern von der Vätterlichen Verlassenschafft anderwärtige Satisfaction angedeyen zu lassen.

Siebendes wird gefragt:

Falls sie Brüder darzu nicht gehalten, ob nicht sie die Frau Mutter befugt sey, mittelst einiger Disposition inter vivos **oder** mortis causa **ihro von ihren eignen Gütern dergleichen anzuschaffen?**

da kürtzlich die Antwort, daß freylich die Frau 46
Mutter die Freyheit habe, der Tochter von ihren eigenthumlichen Gütern und Vermögen dagegen vel per donationem inter vivos vel per ultimam voluntatem was zu geben oder zu vermachen, wann nur den Söhnen ihr gebührender Pflicht-Theil ungeschmälert verbleibet, und sie darinn nicht verkürtzt werden, denn an demselben Pflicht-Theil sollen sie die Kinder keines wegs ohne sonder erhebliche Ursachen auf einigerley Weyse verkürtzt und vernachtheilet werden, weder durch Testament oder andern letzten Willen, noch auch bey Leben durch übermäßige Schenckungen oder Heyraths-Geding oder in andere Wege.

Fürstl. Würt. Landr. *p. 3. tit. 14. §. vvir sezen und ordnen. Nov. 18. c. 1. Nov. 115. c. 3.*

Was aber über den den Kindern von Natur- 47
und Rechts-wegen schuldigen Pflicht-Theil ist, darinn haben die Eltern freye Disposition, und können davon unter Kindern und andern Fremden die Verordnung machen, wie sie wollen.

d. Nov. 18. præfat. verbis: *reliquum vero jacet in voluntate parentum. & cap. 1.* ibi: *licebit enim ei reliquum octuncium forte aut sexuncium habere & largiri sicut voluerit filiis ipsis aut cuilibet extraneorum.*

Die achte und letzte Frage:

Ob nicht wegen des künfftigen Ruckfalls 48
bey ein oder des andern Sohns expirirenden **Männlichen Stammens und Geschlechts sie, um aller besorglicher Veräusserung desto kräfftiger hierdurch vorzubiegen, zu vorläuffiger** Præstirung **gnugsamer Bürgschafft oder** Caution **möchten angestrenget werden?**

149 Wann sie dahin gemeynt ist, ob die Töchter zu ihrer Versicherung könnten von den Brüdern die Caution de non alienando fordern, resolvirt sich ex dictis ad quæstionem 2dam von selbst negativè, denn weil die Töchter a Testatore & Ordinatore Fideicommissi ad fideicommissum a se ordinatum nicht vocirt seyn, sondern solches vor die Schwanische Agnation constituirt, so behält der ultimus masculus und Besitzer des Fideicommissi die freye Hand, daß er dasselbe libere & licite verschaffen, vermachen und veräussern könne, weme er wolle

per l. 77. §. 27. l. 78. §. 3. de legat. 2. Knipschild *de fideicomm. famil. cap. 11. n. 440.* Fusar. *de substit. fideicomm. q. 51. n. 1.* Peregrin. *de fideic. art. 14. n. 50. ac art. 52. n. 2.*

Und werden die fœminæ allein zugelassen, 150
deficientibus masculis, wann der letzte masculus nichts zu ihrem Præjudiz disponiret hat, per tradita

Dn. Stryckii *de succes. ab intest. Diss. 7. cap. 2. th. 14.*

Sind daher nicht befugt zu vorläuffiger, gnugsamer Caution die masculos agnatos anzustrengen.

Wollten solches, salvo semper rectius sentientium judicio, zu verlangter Rechts-Belehrung auf die uns vorgelegte Fragen dienstlich nicht verhalten.

Actum in Collegio nostro d. 5. Julii Anno 1700.

CONSILIUM XCIII.

DE

Rei vindicatione ab Actore quidem instituta, sed per sexagenariam præscriptionem, ut & rei traditionem, ex prævio justo, ad dominium acquirendum, titulo, habili, factam, iterum in totum planè elisa.

SUMMARIA.

Præmittitur Sententia sub num. 1. & 2.

3. Quænam actio in substrato sit instituta ostenditur.

4. Rei vindicatio describitur, ejusque requisita ostenduntur.

5. Quæ duo requisita actor probare debet.

6. Et quidem dominium de præsenti.

7. Item acquisitionem ex titulo.

8. Cur probatio hæc sit difficillima hic continetur.

9. Dominium sensus externos non incurrit.

10. Modi dominium probandi varii hic exhibentur.

11. Ratio cur & quando actore Rei vindicationem instituente possessio quoque sit probanda.

12. In substrato possessionis probatio Actori non incumbebat & quare?

13. 14. & 15. E contrario autem dominii probatio.

(α) *Possessor plus juris, quam qui non possidet, habet.*

(β) *Hinc contra petitorem, si probare non potest, rem suam esse, semper judicandum.*

(γ) *Est enim possessoris melior quam petitoris conditio.*

(δ) *Et possessio pro possidente præsumptionem facit.*

(ε) *Hinc possessionis suæ titulum allegari cogi nequit.*

(ζ) *Ne quidem à Principe ullo modo.*

(η) *Bona quippè fides in tali præsumitur.*

16. Sententia quam quis pro se habet à pœna temerè litigantis liberat.

17. usque 31. Adducuntur plures rationes & fundamenta, ob quæ Rei vindicatio contra Reum instituta cesset.

32. Præscriptionis titulus Reum securum planè reddit.

33. Immobilium rerum dominium quotnam annis & à quibusnam personis præscribatur?

34. Sexagenaria præscriptio præsumptionem ponit emtionis venditionis titulum intervenisse, licet reverà haud intervenerit.

35. 36. & 37. Adducuntur rationes cur possessor domus nulla præscriptione opus habuerit.

38. Injuriæ ex processu ortæ Judicis arbitrio dirimuntur.

1 ALs uns denen zur Juristen Facultät bey gemeiner Hochf. Würtemb. Universität Tübingen verordneten Decano und andern Doctoribus hiebey wieder zuruckgehende, in Sachen Rechtens sich haltend, zwischen Johann Christoph H. Burgermeistern der Hochf. Marggräfl. Residentz-Stadt O., und Andrea W. Silberbothen daselbst, Klägern eines; Entgegen und wider Johann Leonhard F., Bürgern und Becken zu gedachtem O., Beklagten andern Theils, po. einiger strittigen Cammern, Stall und Höfflein, ausgeübte Acta vorlängst zugesandt worden, hätten wir nichts liebers wünschen mögen, denn daß wir selbige gleich unter Handen nehmen und expediren können, es ist aber eine Hindernisse über die andere bey Vielheit der obhabenden Geschäffte darzwischen kommen, so die Expedition remoriret; Nachdem aber deßwegen itzo ein Expresser anhero geschicket worden, so haben wir nicht ermangelt, mit Beyseitsetzung anderer wichtiger Affairen, dieselbe a capite ad calcem mit behörigem Fleisse zu durchgehen und zu durchlesen, alles reifflich zu erwegen, und in versamletem Collegio davon nach Nothdurfft zu deliberiren, da wir dann in darüb sorgfältig gepflogener Consultation einmüthig dafür gehalten, daß in dieser anhangenden Rechtfertigung nachstehende Urtheil den Partheyen zu eröffnen, und mittelst derselben der obschwebenden Sach ihre Entscheidung zu geben, gestalten wir sothane Urtheil den Actis und der Sachen Beschaffenheit durchaus gemäß erachten, und im Fall selbst tragenden Richterlichen Amts kein Bedencken haben wollten, dieselbe zu publiciren und zu exequiren.

Urthel.

2 IN Sachen Rechtens sich haltend zwischen Johann Christoph H., Burgermeistern zu O., und Andrea W., Silberbothen, Klägern Eines, Entgegen und wider Johann Leonhard F., Burgern und Beckern daselbst, Beklagten andern Theils, wird auf erhobene Klage, Antwort, eingenommenen Augenschein und geführten Beweiß, auch all ander Gerichtliches Fürbringen, nach gethanem Rechtsatz, genommenen Bedacht und gehabten Rath auswärtig ohnpartheyischer Rechtsgelehrten, mit Urtheil zu Recht erkandt, daß beklagter F. denen Klägern um ihre gethane Klag nichts zu thun schuldig, sondern davon zu absolviren, und zu entledigen, immassen dann wir ihn hiemit davon absolviren und entledigen, die Unkosten aber aus Bewegniß gegen einander compensiren und vergleichen.

RATIONES DECIDENDI.

DIe Ursachen, so uns bewogen zu Abfassung vorstehender Urtheil, bey auffwartendem Bothen u. vielen andern obhabenden Geschäfften mit wenigem nur zu berühren, bestehen selbige fürnemlich darinn,

3 daß 1.) beede Kläger, Herrn Johann Christoph H., Burgermeister und Andreas W., Silberbothe, des beklagten Johann Leonhard F., Becken, bey seinem Hauß habende Höfflein, samt der darüber erbaueten Cammer, hinterm Stall und Heuboden, als zu ihren Häusern gehörige Stücke und Pertinentien, die er F. bißher unberechtigt ingehabt habe, und deßwegen ihnen solche mit den erhobenen Nutzungen einzuraumen und abzutreten schuldig sey, angesprochen, und ihn zu deren Restitution anzuhalten gebeten, welches zu erlangen sie kein anders Juris remedium als Rei vindicationem haben,

4 quippe quæ est actio realis, competens rei corporalis & singularis domino, contra ejusdem possessorem vel detentorem, ad hoc, ut actor rei Dominus declaretur, & res cum omni fructu & causa eidem restituatur; ad quam proinde fundandam requiritur à parte actoris dominium, ceu causa ejus efficiens proxima, ex qua immediate oritur, à parte verò Rei possessio

per *l. 25. ff. de oblig. & act. l. 9. l. 23. pr. junct. l. 36. & l. ult. ff. de rei vind.*

Et hæc duo requisita non tantùm in libello alleganda & exprimenda, sed posteà in Processu etiam probanda veniunt ab Actore, si obtinere velit 5

l. 2. l. 21. ff. de probat. junct. dd. ll.

Non enim in hac actione poterit pro actore ferri sententia, nisi ipse 1) probaverit Dominium suum, (ceu quod substantiale hujus act. requisitum est,) & quidem de præsenti, non de præterito 6

Carpzov. *p. 1. c. 16. d. 24.*

nec titulum tantùm, sed & acquisitionem ex illo, quæ fit accedente possessione 7

Mev. *part. 3. dec. 291.*

Cujus probatio itaque est difficillima eo, quod non tantum titulum seu causam, sed etiam authoris dominium, id est, ejus, à quo quis rem accepit & dominium consecutus est, probare oporteat. Etenim si Authors non fuit dominus, non potuit quoque dominium in alium transferre. 8

Cæsar Contard. *ad l. un. C. si de moment. possess. n. 12.*

9 Deinde dominium consistit in jure, & in sensus exteriores non incurrit, atque ita difficulter probari potest

Mascard. *de probat. vol. 1. concl. 536. n. 2. 3. & 4.* Carpzov. *lib. 1. Resp. 76. & 77.*

10 Valet tamen & admittitur probatio ejusdem, quæ fit per Instrumentum emptionis, in quo non tantùm fit mentio celebrati contractus, sed etiam soluti pretii, vacuæ possessionis, hujusque factæ traditionis, per indicia & conjecturas, per librum censualem, per confessionem partis adversæ, per famam in antiquis, per testes, per lapsum longissimi aut immemorialis temporis &c.

vid. Mascard. *de probat. vol. 1. concl. 537. seqq.* Gilhausen *in arb. judic. civil. cap. 6. part. 1. §. 191. seqq.*

11 2.) Probanda est quoque ab actore possessio rei conventi, si de eâ aliàs non constet, aut reus ipse eandem non confiteatur, hoc siquidem est fundamentum intentionis & causa vindicationis, quod reus possideat rem, quam actor suam esse asserit, probandum igitur omninò est ab Actore, si obtinere velit sententiam, ni alias de eo constet.

l. 9. ff. de rei vind. l. un. C. de alien. jud. mut. causa fact.

12 Weil nun hier beklagter F. der Possession der angesprochenen Stücke, als des Höffleins, der drüb erbaueten Cammer, hinterer Stallung und Heu-Bodens, selbsten geständig ist, ja sein Haupt-Fundament in sein und seiner Antecessorum langwührigen Possession der ihm von Klägern strittig gemachter Stücke setzet, auch die Stadt-Obrigkeit und die zum Augenschein Deputirte von des Beklagten Besitze aller strittigen Stücke vielfältig in Actis testirt, haben Klägere nicht nöthig gehabt, sich mit dessen
13 Beweiß zu beladen. Das erste Substantial-Requisitum aber, nehmlich das auf diesen Stücken prætendirte und anmaßlich suchende Eigenthum oder Dominium, wäre ihnen Klägern angezogenen Rechten nach in allewege obgelegen gewesen, zu Rechtlicher Genüge zu erweisen, wann sie hätten haben wollen, daß mit Urtheil und Recht erkannt werden solte, daß ihnen als wahrhafften Eigenthums-Herren die strittige Stück Jure Dominii zuständig, und daher der beklagte F. ihnen dieselbe mit den erhobenen Nutzungen abzutretten und einzuraumen schuldig und verbunden sey, welches sie
14 aber so gar nicht præstirt, daß klagender Silber-Both W. auch nicht den geringsten apicem producirt, wodurch beglaubiget werden könte, daß er oder seine Vorfahren das Dominium deren von ihm prætendirten Stücke jemahls erlangt, acquirirt und gehabt, oder als Pertinentien des von ihm pro 166. fl. und 1 Rthl. Leykauff erhandelten H. halben Hauses je gehabt, gebraucht, genutzt und genossen, Burgermeister H. aber, ob er wohl einige Kauff-Brieffe sub Num. 36. 37. 38. & 39. vorgeleget, und mittelst selben erweisen wollen, daß seinem innhabenden Hauß darinn die gantze Stallung und der Heu-Boden zugeeignet worden, folglich der beklagte F. solche bißher unberechtiget halb ingehabt, und zu seinem Hauß genutzt und genossen, daher ihm billig mit den erhobenen Nutzungen zu restituiren schuldig sey; So hat er doch auch nichts wenigers denn 15 dieses damit zu recht erwiesen; daß vielmehr der beklagte F., der doch jure damit keineswegs zu oneriren gewesen, (in Betrachtung

quod quilibet possessor, hoc ipso, quod possessor est, plus juris habeat, quam ille, qui non possidet α

l. 2. ff. uti possid. §. 4. Inst. de interdict.

Hinc etiamsi ejus res non sit, qui possidet, β si modo Actor non potuerit suam esse probare, remanere debet in suo loco possessio, ac pro possessore quolibet, ceu qui jure possidere præsumitur, donec adversarius contrarium legitime probaverit, contra petitorem judicandum

d. §. 4. Inst. de interdict. ibique Dd.

Possessoris enim multo melior conditio est γ quam petitoris, nam Possessor non cogitur probare rem ad se pertinere, sed petitori incumbit necessitas probandi rem suam esse, alioqui res apud possessorem remanebit, licet ipse nihil probaverit.

l. 2. C. de probat. l. ult. C. de rei vindic. l. 4. C. de edend. j. l. 128. de reg. jur.

Ratio est quia possessio facit præsumptionem δ pro possidente, & ideo ipse ab onere probandi relevatur, illudque in adversarium transfertur

C. 18. de restit. spoliat. c. 3. de probat. c. 6. de præscript. l. 14. l. 20. ff. de probat. l. 2. l. 15. l. 23. C. eod.

Deinde etiam nemo, ut possessionis suæ titulum alleget ac probet, cogi possit vel debeat. ε

l. 11. C. de hered. petit. l. 7. C. de test. l. 4. C. de edend. Barbos. *lib. 14. cap. 44. ax. 6.* Carpzov. *p. 2. c. 8. d. 4.* Mev. *p. 3. dec. 205. p. 4. dec. 357.*

ne quidem si à Principe sub Pœna confiscationis id injunctum. ζ

Brunnem. *c. 1. dec. 71.* Bertazoll. *lib. 2. cons. 486. n. 4.*

Sicut enim bona fides, ita quoque titulus η præsumitur, adeò, ut etiam ad partis instantiam præceptum, ut vel doceat de jure suo & titulo possessionis, vel hanc dimittat, fieri nequeat, factumque haud relevet.

Cardin.

Cardin. Tuſch. *voc. Præceptum. concl. 492. & verb. Poſſeſſio. concl. 439.* Bald. *vol. 1. Conſ. 339. n. 2.*)

weit beſſer nicht 'nur zu rechtlicher Genüge, ſondern gantz überflüßig ſein und ſeiner Anteceſſorum langwührige über die 70 Jahr continuirte juſtam titulatam & ad dominii acquiſitionem qualificatam poſſeſſionem, auch folglich das mittelſt derſelben rechtmäßig erworbene und acquirirte Dominium und Eigen-
16 thum dergeſtalt erwieſen, daß wann nicht klagender W. den Beſcheid vom 29. Julii 1698. vor ſich gehabt, darzu noch einig andere Urſach kommt, wir nicht angeſtanden wären, ſie Klägere als temere litigantes in die Expenſas zu condemniren.

17 Geſtalten 2.) die Acta klahr geben, daß Cordula K., Bierbrauerin, beede des F., ehe dem H. und St., ſo dann das H., jetzo W. Hauß beyſammen gehabt und beſeſſen, nach dero Abſterben aber ihre Erben An. 1625. das vordere jetzo F. Hauß an Samuel R. geweſenen Mahler und Raths-Verwandten pro 1000. fl. ſamt 57. fl. Leykauff verkaufft, Num. Act. 18. und Käuffern daſſelbe mit allen dieſen jetzo ſtrittigen Stücken und Pertinentien tra-
18 diret; von welchem es auf deſſen Ehe-Succeſſorem Martin H., Crämern, der die hinterlaſſene Wittib 5 Jahr nach Samuelis R. Todt geheurathet, und zu ihr eingefreyet, gekommen, der es biß in annum 1639. alſo mit allen den jenigen Stücken und Zugehörungen, welche jetzo der F. innen hat, in dem Stande, wie es jetzo iſt, beſeſſen, genutzet, genoſſen und gebrauchet, ohne jemandes Contradiction, wie ſein Samuelis R. Tochter, Wandelbar S. 69. Jährige Wittib, ſo ihr Leben, welches ſie nechſt in GOttes Hände reſigniren werde, drauff zum Pfande ſetzen will, daß es ſich gewiß alſo verhalte, mediante corporali juramento ausſaget, und atteſtirt, daß ſie es mit gutem Gewiſſen ausſage, denn ſie es gantz wohl wiſſe, daß ihre Mutter ſeel. die Stücke gebrauchet, und in den Kriegs-Zeiten die Cammern andern Leuthen verliehen, auch ſie Zeugin öffters drinnen herum geloffen, und niemahlen gehört, daß jemand die Stück ihro anzuſprechen begehrt.

vid. ipſius ceu Teſtis 1. Depoſitio *ad Art. Prob. 1. & ſeqq. eorumque Interrog.*

19 In beſagtem 1639ſten Jahr hat ermeldter Martin H. diß F. Hauß alſo mit allen und jeden dieſen jetzo ſtrittigen Stücken und Pertinentien an Friedrich Jacob B. vertauſchet, der ihm dafür ſein in der obern Vorſtadt gehabtes Haus gegeben, und weil des H. Haus wegen habender Wirthſchafft und beſſerer Gelegenheit am Werth ſein Jacoben Haus weit übertroffen, Num. Act. 19. hat er ihm 400 fl. und 25 Rthl. Leykauff auffgegeben, wie dann er Friedrich Jacob es wieder alſo gantz ruhig und mit allen dieſen jetzo ſtrittig gemachten und angeſprochenen Stücken, wie bißhero der F., gebrauchet, genutzt und genoſſen, nach aydlicher Ausſage ſeiner Tochter Anna S. Wittib, und ſeines Encklins Margaretha Pfl.

ceu Teſtis 6. *ad Art. Probat. 13. 14. eorumque interrog.*

Item Anna Barbara N. die eine Frau von 76. Jahren, und in ihrem 15. Jahr darinn als Magd gedienet, daher in dem Haus geſchaltet und gewaltet, und alles mit Augen geſehen

ad Prob. 14. ſeqq.

Von beſagtem Friederich Jacob B. iſt es 20
alſo auf ſeine drey Kinder, den Sohn Philipp Jacob, und zwey Töchter des Georg Nicolai H. Glaſers, und Johann S. Becken, Ehe-Frauen erblich erwachſen, der Sohn Philipp Jacob aber hat ſein ererbtes Drittheil gedachten ſeinen beeden Schwägern um 200. Rthlr. und 10 fl. Leykauff zu kauffen gegeben, unter denen alſo hernach Anno 1676. diß Haus vertheilet worden, beſage Lit. E. Num. Act. 21. da die ſtrittige Cammer ausdrücklich mit in die Vertheilung gekommen, alſo bey dieſem Hauß geweſen ſeyn muß, das Höfflein aber haben ſie gemeinſchafftlich behalten, und haben dieſe beede Beſitzere wiederum, ſo lang ſie das Haus inngehabt und bewohnet, mit allen denen jetzo ſtrittig gemachten Stücken völlig genoſſen, ohn jemands Contradiction, wie aydlich atteſtiren Johann Friedrich H. ceu Teſtis 4tus, ſeine Schweſter Margaretha P., die in dem F. Haus 29 Jahr alt geworden, biß ſie ſich daraus verheurathet, prævio juramento, und ferner ſchrifftlich deren übrige zwey Brüder, Johann Andreas H. des Raths in W., und Hanns Georg H., Glaſer in L., die alle darinn gebohren und erzogen worden, demnach alles wohl wiſſen,

vid. illorum depoſitio *ad Prob. & Num. Act. 92. 93.*

Der Georg Nicolaus H. hat nachmahls 21
ſein Theil ſeinem Tochtermann Johann S. pro 500 fl. und 5 Rthlr. Leykauff zu kauffen gegeben, Num. Act. 42. endlich hat itzo beklagter Johann Leonhard F. Beck, erſt von Anna Str. ihr Theil pro 1125 fl. und 45 fl. Leykauff erhandelt, Num. 43. hernach auch von ermeldtem Johann S. Glaſern, ſein obern Theil pro 900 fl. und 40 fl. Leykauff, mit all den Stücken und Pertinentien, mit allen den Rechten und Gerechtigkeiten, wie es die vorigen Beſitzere ingehabt, genutzt und genoſſen, erkaufft, Num. 44. iſt demnach daraus klar und offenbar, daß ihm F. die unbefugter Weiſe ſtrittig gemachte und ohne Fundament angeſprochene Stücke zugehören, und ſeines beſitzenden Hauſes Pertinentien von Alters geweſen ſeyn und noch ſeyn, die er ihm höchſtbillig vindiciret, und liegt zugleich juſtiſſimus titulus, quo tam illius Anteceſſores quam ipſe has ipſas pertinentias domus hactenus poſſederunt, gantz klar am Tage.

22 Hergegen haben 3.) der besagten Cordulæ K. Erben in dem 1625sten Jahr das hintere itzo W. Haus ohne diese itzo angefochtene Stücke Jacob W., Burgern und Goldarbeitern pro 450 fl. und 50 fl. Leykauff verkaufft, Num. 28. Jacob W. Goldarbeiter hat es A. 1627 wieder| Niclaus W. Schneidern, pro 500 fl. und 22 fl. Leykauff zu kauffen gegeben, Num. 29. von dieses Erben ist es Anno 1652. an Christoph E. Goldschmieden, und Georg H. pro 150. und das H. halbe Theil Hauses endlichen Andreas W. Silberbothen, wiederum ohne die angesprochene und in Streit gezogene Stück verkaufft worden, Num. 22. dann wann die itzo von W. ansprechende Stück mit diesem Hauß allemahl verkaufft, und tradirt worden wären, würden ja nicht die vori-
23 gen Possessores dieses W. Hauses von anno 1625 biß zu diesem von W. erregten Streit die Besitzer des F. Hauses allein dieselbe Stuck so ruhig und unperturbirt immerdar haben gebrauchen, nutzen und niessen lassen, sondern würden sich auch derselben angemasset haben, so aber nie geschehen, wie einmüthig jurato deponiren alle sieben aydlich abgehörte Gezeugen, die| ex propria scientia einhellig und umständlich attestiren, daß vor 40. 50. 60. Jahren, und so lang sie immer dencken können, das F. Haus, die Cammer, Höfflein, Stallung und halben Stadel gehabt, alles in dem Stande gewesen, wie es noch sey, und nichts geändert worden, also von gedachter Zeit dieselbe je und allwege zum F. Hause gehöret, und darzu quiete sine cujusquam contradictione gebraucht worden.

24 Ingleichem ist 4.) das H. Haus, von Sophonia E., Pfarrherrns zu W. Ehefrauen, Georg A. Wundartzten und Hanß Andreas B. Crämern, pro 500. fl. verkaufft, Num. 30. 36. ohn die itzo von dem Burgermeister H. prætendirte, zum F. Haus jederzeit gehörig geweßte Stücke, denn wenn diese wären denselben mit verkaufft worden, würden sie deren Gebrauch und Nutzung nicht den Inhabern des F. Hauses gestattet und gelassen, sondern ihnen selbst vindiciret haben, so aber nie geschehen, laut gesamter Zeugen aydlichen Aus-
25 sagen. Georg A. hat sein Theil nachgehends Georg B. Methsiedern, Anno 1649. pro 282 fl. und 18 fl. Leykauff verkauffet, Num. 37. von welchem es auf sein hinterlassenes Eheweib, die hernach Heinrich H., Hochf. Marggräffl. Lacqueien geheyrathet, erblich
26 kommen, Num. 39. und von dieser Anno 1686 Hrn. Burgermeister Johann Christoff H. pro 550. fl. verkaufft worden, des Hanß Andreas B. anderer Theil Num. 38. ist Anno 1670 an Leonhard H. Borthenwürckern pro 250 fl. und 2 Rthlr. Leykauff verkaufft, den itzo Herr Burgermeister H. ebenmäßig innhat und besitzt. Zu diesem H. Hauß nun gehört nicht mehr denn der halbe Stadel, so er unstrittig hat, hergegen hat das F. Haus und dessen Besitzer allezeit, wie itzo noch die Stallung und halben Stadel ohn jemands Widerrede ingehabt und gebrauchet, uti deponunt Testes omnos *ad art. 15. ejusque Interrog.* 27 bezeugts auch gnugsam die Scheidwand, so das F. Haus, und was darzu gehört, von dem H. Haus absondert, so zwar nur durch den Stall biß an den Stadel gehet, doch haben, der Zeugen Aussage nach, die Besitzer der beeden Häuser diese statt einer Scheidwand auch in dem Stadel gebraucht, und selbigen allezeit zur Helffte mit einander genutzt und genossen, und mehrentheils Holtz darinnen liegend gehabt.

dd. Testes *ad art. Prob. 9. hujusque Inter. & ad cit. art. 15. ejusque Interrog.*

Demenach Herr Burgermeister H. wider 28 Hanß Leonhard F., nicht zu statten kommen kan, daß in dem von ihm producirten Kauff-Brieffen seinem Hauß die gantze Stallung und der Heu-Boden zugeschrieben worden. Denn es ist zu consideriren, daß in denen Kauff-Brieffen allen das H. Hauß, so wie Herr Burgermeister H. es itzo besitzet, vorhin in zwey Theil vertheilet gewesen, und dem einen Theil die gantze Stallung und Heu-Boden, so zu dem Hause gehörig, und durch obgedachte Scheidwand, von der Stallung und Stadel, so zu dem F. Hauß jederzeit gehört, unterschieden gewesen, zugeschrieben worden, so daß der Inhaber des andern Theils davon 29 nichts participiren sollen, es können aber die Worte der Kauff-Brieffe: die gantze Stallung und Heu-Boden, nicht auf den Theil Stallung und Stadels, so dem F. Hauß zugehört und jederzeit dabey gewesen, auch von dessen Inhabern ruhig genutzt und genossen, darzu von des H. Hauses Theil durch die Scheidwand abgesondert worden, gezogen werden, weil was zu dem F. Hauß gehört, nicht hat können unter den Inhabern des H. Hauses mit in die Theilung kommen, um willen solche 30 pro objecto nicht das F. Hauß und dessen Pertinentien, sondern allein das H. Hauß und dessen Zugehörungen gehabt, und die dividentes nicht die Besitzere des F. und H., sondern die Inhabere des H. Hauses gewesen, deswegen nichts von jenem, sondern allein dieses zwischen denen in den Kauffbrieffen benannten Personen vertheilt worden, hat also Burgermeister H. bereits in Anno 1686 mit Erkauffung 31 des von der H. an sich gebrachten Theil seines Hauses die gantze zu dem Theil Hauses gehörige Stallung bekommen, kan dahero mit Recht so wenig die von dem F. zu seinem Hauß erkauffte und jederzeit darzu gehörig gewesene Stallung auch ansprechen, als der W. die andere Stück mit Fug prætendiren.

So weniger 5.) als der F. und seine An- 32 tecessores per tam diuturnam ultra sexaginta annos continuatam possessionem justissimo titulo acquisitam das dominium solcher Stücke sammtlich vier, fünff und mehrfach præscribirt hätten, also præscriptionis titulo

titulo ſicher ſtunden, wann ſie es nicht vorhin per traditionem ex emptionis venditionis titulo factum ſchon erlangt hätten.

33 Conſtat quippe rerum immobilium dominium inter præſentes, in una eademque civitate vel Præfectura quoque commorantes & degentes, decem annis præſcribi, & mediante præſcriptione acquiri, per poſſeſſionem non præciſe in unâ, eademque perſona continuandam ſed a diverſis quoque ſibi ſuccedentibus perſonis eo usque productam, etiamſi ſingulari titulo ſibi ſucceſſerint.

pr. §. 7. & 8. Inſt. de uſucap. l. 13. §. 1. 10. & ſeq. ff. de acquir. poſſeſſ. l. 5. l. 14. ff. de diverſ. & temp. præſcript.

34 Quanto magis ergo tutus erit hic F., cum ipſe, ejusque anteceſſores has domus ſuæ pertinentias jam per ſexaginta & plures annos quiete poſſederint bona fide, quæ ex tanti temporis lapſu præſumitur, & juſto emptionis venditionis titulo, qui licet revera quoque non interveniſſet, tamen ex juſta cauſa interveniſſe creditum fuiſſet, quod ſuffeciſſet, ita, ut opinio juſti tituli præſcriptioni non obſtitiſſet

l. 11. l. 13. §. 1. pro empt. l. ult. §. ult. pro ſuo.

35 Welches wir alſo zum Uberfluß nur ſetzen, revera aber davor halten, daß die Beſitzer des F. Hauſes keiner Præſcription vonnöthen gehabt, ad acquirendum dominium der itzo ſtrittig gemachten Stück, ſondern ſolches per traditionem illarum ex prævio juſto ad dominium acquirendum habili titulo factam erlangt, indem ſie ſelbige mit dem Hauß gekaufft, und ohne Zweiffel intuitu deren allezeit duplo majus pretium für das F. Hauß geben und bezahlen müſſen, als die Käuffer des W. und des H. Hauſes für ihre gegeben, welches gnugſam anzeigt, daß weit mehr und beſſer Gelegenheit zu jenem als zu dieſem gehört und verkaufft worden, daher auch die 37 vorige Poſſeſſores des H. und W. Hauſes ſich dieſer Stück qu. angemaſſet, ſondern die Beſitzer des F. Hauſes damit gantz ſicher und ruhig ſchalten und walten laſſen, wie die Gezeugen aydlich atteſtiren durch den gantzen Rotulum wider die Klägere zwar einige, aber ſat frivolas exceptiones opponiren, die nicht würdig, daß man ſich damit länger auffhalte. Haben dem allen nach nochmahls anders nicht, ſalvo cujusvis melius ſentientis judicio, erachten können, denn daß in principali Beklagter von angeſtelleter Klage zu abſolviren compenſatis expenſis. Der Neben-Punct ratione injuriarum kan von Hochf. Cantzley mit Dictirung einer Geldſtraffe von 10. 20 oder 30 Rthlr. und Auffhebung der ausgegoſſenen Injurien pro arbitrio ausgemacht werden.

36

38

Welches wir alſo zu verlangter Rechtlichen Nachricht dienſt-gehorſamſt anfügen ſollen und wollen.

Actum in Collegio noſtro d. 9. Auguſt. 1700.

CONSILIUM XCIV.

DE

Injuriarum actione tum Recantatoria, tum & Extraordinaria Criminali Perſecutione ab Actore in uno eodemque libello valide inſtituta.

SUMMARIA.

Præmittitur Sententia ſub num. 1.

2. uſque 6. Caſus ſuccinctè narratur.

7. Petitum inquirendæ actionis norma dicitur.

8. In ſubſtrato actio recantatoria in judicium eſt deducta.

(*) Quæ deſcribitur.

(**) Fama quomodo ab injuriante dicatur læſa?

9. Ut & criminalis extraordinaria perſecutio.

10. Quæ validè in eodem libello cumulantur.

11. 12. 13. & 14. Ceu rationibus hic ſubjunctis.

15. Negatio & contradictio prolatarum injuriarum Reum ab actione contra ipſum intentata & pœna non liberat.

16. Modo actor intentionis ſuæ fundamentum, uti in ſubſtrato factum, probet.

(*) Exceptio Rei contumacis teſtes ad ipſius interrogatoria non fuiſſe examinatos haud attenditur.

17. & 18. Ex verbis ſua natura injurioſis injuriandi animus in doli capacibus omninò præſumitur.

19. Quid ſi in continenti proteſtatio ſit adjecta?

20. & 21. Injuriarum pœna à Judicis arbitrio dependet.

22. *Declaratio honoris ab injuriante erga honoratum vel ante vel in Litis Cont. facta injuriarum actionem & condemnationem præcludit.*

23. & 24. *Quod tamen in substrato, ex ratione hic subnexa, plane non attenditur.*

25. *Natura actionis injuriarum condēmnationem in expensas semper involvit.*

26. *Facta vel non facta honoris reservatio quid in uno & altero casu, ad Rei condemnati personam respectu habito, operetur.*

27. 28. 29. & 30. *Quotiescunque aliquid, dictum fuerit non ea intentione & fine, ut existimatio, & dignitas alterius lædatur, tunc injuriarum actio cessat.*

Urthel.

1 IN Sachen Con- & Reconventionis sich haltend, zwischen Peter J. Notario Publ. und Land-Schreibern Klägern und Wieder-beklagten Eines; entgegen und wider Friederich G., Weinschencken in Stargardt, Beklagten und Wieder-Klägern andern Theils po. Injuriarum erkennen und sprechen von GOttes Gnaden Wir Friedrich der Dritte, Marggraff zu Brandenburg, des Heil. Röm. Reichs Ertz-Cämmerer und Chur-Fürst, in Preussen, zu Magdeburg, Gülich, Cleve, und Bergen, Stettin, Pommern, der Cassuben und Wenden, auch in Schlesien zu Crossen und Schwibus Hertzog, Burg-Graf zu Nürnberg, Fürst zu Halberstatt, Minden, Camin und Rugen, Graf zu Hohen-Zollern, der Marck und Ravensperg, Herr zu Ravenstein, und der Lande Lauenburg und Bütow, ꝛc. allem Fürbringen nach, auf eingeholten Rath auswärthiger unpartheyischen Rechts-Gelehrten, vor Recht, in conventione, daß Beklagten nicht geziemet noch gebühret, Klägern mit den geklagten injurien anzugreiffen, und also zu schmähen, sondern er daran zu viel und unrecht gethan, derenthalber er thm forderist wegen solch zugefügter Schmach eine Christliche Abbitt zu thun, sodann 50. Rthlr. Straffe zu milden Sachen, in specie zu St. Johannis Kirche in Stuttgardt zu bezahlen, beneben Klägern alle in dieser Sach nothwendig aufgewandte Gerichts-Kosten, auf Richterliche Mäßigung, zu erstatten schuldig und verbunden, jedoch dieses thme an seinen Ehren nicht nachtheilig seyn solle; So dann in Reconventione, daß Wieder-Beklagter von angestelleter Wieder-Klage gestalten Sachen nach zu absolviren; Inmassen wir hiemit respectivè den Vorbeklagten in conventione condemniren, den Wieder-Beklagten in Reconventione aber absolviren.

Daß diese Urtheil den Actis und Rechten gemäß, bekennen wir Decanus und andere Doctores der Juristen-Facultät bey gemeiner Hoch-Fürstl. Würtembergischen Universitæt Tübingen uhrkundlich unserer Eacultæt gewöhnlichen Innsigels Actum in Collegio d. 11. Augusti 1700.

RATIONES DECIDENDI.

DJe Ursachen, so uns in dieser Con- und Reconventions-Sach zwischen ermeldten Partheyen also zu sprechen bewogen, bestehen kürtzlich in folgendem:

2 1.) Hat Vorkläger J. in Conventione geklaget, wie daß er den 6. Nov. Anno 1697. Sonnabends früh zwischen 8. und 9. Uhr in Vorbeklagten Haus und Stube gekommen, ein Quart Sect zu trincken, desgleichen Christian S. mit seinem Tochtermann Daniel N. ihnen ein Stop Bitter- und Spanischen Wein geben lassen, und als gedachter S. das Glas an den Mund gesetzt, zu Beklagten G. gesagt: Bruder, du hast den Jungen nicht recht gelehret Bitterwein zuzurichten, drauff Beklagter geantwortet: Ist es nicht süsse genug, worauff Vorbeklagtens Frau, so hinter dem Schirm gewesen, gesagt: Kindechen, du magst wohl keinen Spanischen Wein mehr im Keller haben;

3 auf welches Vorbeklagter repliciret: Es ist ein Schelm, ein Hundsfoth und Bernheuter geweßt, der hat gesagt, G. hat keinen Wein mehr im Keller, weil nun Vorkläger gesehen, daß Vorbeklagter sich sehr geeyfert, hatte er selbigem zugeredet: Er thäte nicht wohl, daß er 4
sich dißfalls den Eyfer überwältigen liesse, es würde besser seyn, wann ers demjenigen, so es gesaget haben solte, gütlich vorstellete, vielleicht verhielte sich die Sach nicht also, und ex abundanti noch dieses hinzu gethan, vor sich selber wäre er in seinem Gewissen versichert, daß er niemahlen wider Beklagten was ungeschicktes gehandelt, sonsten da er dessen in seiner Seel überzeuget wäre, er bereit wäre, da er noch selbigen Tag des Heil. Beichtstuhls sich gebrauchen wollen, Beklagten die Hand zu bieten, und sich mit ihm auszusöhnen. Solcher guten 5
Worte aber ungeachtet, hätte beklagter G. mit grosser Vehemenz ihm ins Gesicht gesagt: Du bist eben der Hundsfoth, Schelm und Bernheuter, ders gesagt, ein solcher ꝛc. ein solcher Lumpenhund, der wohl nicht ein Faß Wein zu bezahlen hat. Welche ihm angethane atroces 6
injurias er so fort tieff ad animum revociret, und deßwegen Gerichtlich gebeten, zu erkennen,

nen, daß Beklagter ihm damit zu viel und groß unrecht gethan, und deßwegen ihme nicht allein eine offentliche Abbitt zu thun, sondern auch
7 200 Rthlr. Straffe, welche ad pios usus, in specie zu St. Johannis Kirche zu verwenden, zu erlegen schuldig seyn solle. Hat demnach, wie aus diesem petito, quod norma inquirendæ intentionis unde finus institutæ actionis æstimandum

Angel. *in §. omnium. num. 9. Inst. de act.* Schneidwin. *ibid. n. 117.* Gail. *1. obs. 61. n. 13.*

8 (*) zu sehen und zu judiciren, actionem injuriarum recantatoriam, (quâ quippe injuriatus petit, ut injurians dicta famosa vel reclamet, vel publice deprecetur, & à se injuste prolata fateatur, læsamque adeo quadammodo (ex vulgi opinione) existimationem actori apertè restituat,

** vid. B. D. Lauterbach. *Diss. de act. injur. recant. th. 3.*)

9 Und zugleich extraordinariam persecutionem criminalem, qua injuriatus petit, ut injurians officio judicis extraordinariâ pœnâ, pecuniariâ fisco civili vel Ecclesiastico applicandâ, aut carceris & relegationis, vel alia graviori, coërceatur, juxta

l. fin. ff. de injur. §. 10. Inst. de injur. Hahn ad Wesenbec. *de injur. num. 3.* Carpzov. *p. 2. qu. 94. n. 32. seq.*

10 Allhier Herr Vorkläger J. intentiret, propter atroces sibi illatas injurias, welche beede Juris remedia und actiones gar wohl in uno eodemque libello, wie hier geschehen, cumuliret werden können.

11 Quamvis enim ambæ actiones ex uno eodemque descendant delicto, ad diversos tamen tendunt fines. Altera namque, recantatoria scil. est quasi rei persecutoria, ceu quæ ad hoc datur, ut fama & existimatio per alterius calumnias atque injurias quodammodo vulgi opinione secundum illud: Calumniare audacter, semper aliquid hæret, læsa, per revocationem aut deprecationem publicam, reparetur atque redintegretur.

Franzk. *Ex. 12. q. 8. n. 4.* Treutler. *v. 2. D. 30. th. ult.* ibi Bachov. Wesenbec. *de injur. n. 18.* ibi Hahn. Mev. *ad Jus Lub. p. 4. tit. 4. art. 16. n. 9.*

12 Altera verò merè pœnalis est

d. §. 10. Inst. de injur. d. l. fin. ff. eod.

13 Quotiescunque verò duæ actiones ex uno delicto veniunt, quarum una est rei persecutoria, altera pœnalis, cumulari illæ benè possunt, nec una alteram consumit vel tollit.

l. 7. §. 1. de condict. furt. l. 130. de reg. jur.

14 Quemadmodum hinc & hasce duas actiones in uno eodemque libello recte conjungi ac cumulari posse docent, quotidieque cumulari testantur

Frantzk. *d. q. 8.* Carpzov. *p. 4. c. 42. d. 2. & Pr. Crim. qu. 96. n. 33.* Mev. *p. 3. dec. 33. & ad Jus Lub. d. l.* Struv. *Ex. 48. th. 61.*

Ob wohl aber vorbeklagter (§. 2.) in seiner 15
Litis contestation der geklagten injurien durchaus nicht geständig seyn wollen, noch deren überwiesen zu werden verhoffet, sich verwunderend, daß ihn Vorkläger als sein guter Freund und Bruder po. injur. belangen wolle, da er sich doch nicht erinnern könne, daß er denselben jemahlen mit ehrenrührigen Worten sollte angegriffen haben, könte es auch nicht thun, weil er sein besonderer guter Freund wäre, als von dem er sonst nichts als was den Ehren gemäß sey, zu reden wüste, welches er an seiner Seiten hoffentlich auch thun würde ꝛc.; So 16
hat doch Hr. Vorkläger in dem übernommenen und ihm zuerkandten Beweiß solcher seiner instituirten actionum Fundament zu Rechtlicher Gnüge beygebracht, und durch die zwey aydlich abgehörte Zeugen, Christian S., und dessen Tochtermann Daniel N., so dabey gesessen, und alles aus des Vorklägers und Vorbeklagten Munde, was utrinque geredt worden, mit angehöret, (wider die er nichts (*)
weiters excipiret, als daß sie nicht über seine Interrogatoria auch examiniret worden, woran er aber selbst per contumaciam suam schuldig, indem er citatus in termino nicht erschienen, und die verfertigte Interrogatoria übergeben, deswegen es ihm selbst zu imputiren, daß sie darüber nicht examinirt worden, woran aber nichts sonders gelegen, denn ihre Aussage und Deposition über die Articul umständlich und klar genug,) so daß dadurch gnugsam erwiesen, daß alles fast also ergangen, geschehen und geredt worden, wie es Vorkläger in seiner Gerichtl. Klage vor- und angebracht, ohne Noth erachtende, ihre vollständige Aussage aus dem Rotulo Examinis hieher zu setzen, und verbotenus zu referiren, sondern uns geliebter Kürtze halben auf das Examen *In Actis primæ Instantiæ pag. 48. seqq.* beziehend, allwo ihre jurata Depositio fast durchgehends mit der Klage gantz überein kommt. Wann dann nun die von R. dem A. gethane 17
und durch der Zeugen Aussage erhärtete Vorwürffe und bezüchte offenbarlich injurios und ehrenrührig seyn, auch von keinem vernünfftigen Menschen anders interpretiret, und in alium sanum & dextrum sensum ac intellectum gezogen werden können, so fließt von selbst ferner daraus daß sie injuriandi animo proferirt und ihm vorgeworffen seyn.

Nam ex verbis ejusmodi sua natura injuriosis in doli capacibus animus injuriandi præsumitur, eique præsumptioni tamdiu 18
statur, donec contrarium a reo probetur, & hæc præsumptio aliis fortioribus ac magis stringentibus præsumptionibus elidatur.

l. 5. C. de injur. Wesenbec. *de injur. n. 8.* Gail. *2. O. 106. n. 1.* Berlich. *p. 5. concl. 60. n. 3. 4.* Carpzov. *qu. 97. n. 4.* Klock *vol. 3. Conf. 186. n. 20. 21.* Mauritius. *Conf. Kilon. p. 1. Conf. 16. n. 19.*

quod in tantum procedit, ut nec protestatio verbis injuriosis etiam in continenti ad- 19

jecta, aut præcedens, de non injuriando, hanc præsumptionem excludat aut elidat. *arg. l. 21. de acq. vel omitt. hered. c. sollicitudinem. X. de appellat.* Maurit. *Cons. Kilon. p. 1. Cons. 17. n. 2.* Mev. *Cons. 13. n. 48.* Farinac. *qu. 105. n. 312.* Harpprecht *ad §. 1. de injur. n. 77.*

20 Folglich hat in Conventione nicht anders gesprochen werden können, als daß Vorbeklagter wegen solch zugefügter Schmach dem Vorklägern gebetener massen offentlich eine Christliche Abbitt zu thun schuldig, und an statt der gebetenen 200 Rthlr. Straffe, weil solche allerdings zu hart seyn würde, die zuerkandte 50 Rthlr. Straffe zu milden Sachen, und in specie zu St. Johannis Kirche, zu bezahlen verbunden.

21 Pœna namque injuriarum certa legibus non est constituta, sed ejus determinatio judicis arbitrio relicta, qui non opus habet juxta petitum actoris pronunciare, sed ab eo discedere valet, alia eaque leviori dictata. Mev. *p. 3. dec. 31.* Cothman. *vol. 1. R. 16. n. 99. seqq.* Hahn *ad Wesenb. de injur. n. 3.*

22 Gestalten ob wohl 3.) Vorbeklagter sich in seiner litis contestation dahin erklärt, daß er von Vorklägern, als seinem besondern guten Freunde, nichts als was den Ehren gemäß sey, zu reden wisse, und dergleichen Declaration a R. geschehen, daß er nichts denn alles Liebes und Gutes von Klägern zu sagen wisse, also nichts injuriandi animo wider ihn geredt habe, sonsten, wann sie ante vel in ipsa litis contestatione geschehen, die Würckung hat, ut actionem injuriarum & condemnationem in ea præcludat, ut notat Klock. *vol. 3. Cons. 184. n. 43.* Sanden. *dec. Fris. lib. 5. tit. 8. d. 7.* Carpzov. *qu. 97. n. 12.* Mev. *ad Jus Lub. lib. 4. tit. 4. art. 7. n. 8. seq.*

23 So mag doch hier diese des Vorbeklagten gethane Erklärung ihn weder von der gebetenen öffentlichen Abbitt, noch von der zuerkandten Straffe der 50 Rthlr. liberiren, weil es gar zu harte und atroces injuriæ seyn, die Vorbeklagter wider Klägern ausgestossen.

24 Quod enim vulgo dicitur, declarationem rei, quod nihil quicquam turpe aut contra boni viri officium de actore sciat aut dixerit, nec dicta malo animo seu animo injuriandi protulerit, ante litis contestationem factam, operari, ne actor ad ulteriorem Processum admittatur, vel ut reus condemnationem ad palinodiam & pœnam effugere queat; ad leviores tantum injurias, quæ sanum & dextrum admittunt intellectum, pertinet, non vero ad valde atroces extendi debet, quæ enim ejus conditionis sunt, ut in bonum sensum accipi nequeant, quales sunt hic in actorem effusæ, declaratione tali, quam non admittunt, extingui haud valent, ideoque illarum vindicatio integra est, & merito sequitur rei condemnatio tam ad deprecationem, quam ad pœnam, sed ideo tanto magis moderandam & temperandam prudenti judicis arbitrio.

Carpzov. *d. qu. 97. n. 16.* Mev. *d. l. n. 13.*

Die Condemnationem in expensas trägt 25
4.) die natura actionis injuriarum auf dem Rücken, & si in ulla actione certe in hac locum invenit vulgata illa juris regula, quæ vult, quod victus victori in expensas condemnari debeat, derowegen Vorbeklagter auch in alle expensas Klägern müssen condemniret werden. Die Reservationem honoris, qua non facta alias injuriarum condemnatum infamiam ipso jure sequi constat

ex l. 1. l. 4. §. fin. ff. de his qui not. infam. l. 7. de injur. l. 10. l. 18. C. ex quibus caus. infam. irrog.

haben wir 5.) expresse mit angehengt, weil 26
solche Judici, inprimis superiori, in condemnatione ob injurias, arbitraria ist, und hier rationes verhanden, daß selbe geschehe, gleichwie sie, die Unterthanen, so viel möglich bey Ehren zu erhalten, gar frequent in andern judiciis pflegt geschehen, und beobachtet werden, ut videre est

ap. Gail. *1. Obs. 65. n. 6.* Mev. *p. 3. dec. 32.* B. Lauterbach. *in Diss. Jur. Comm. & Würt. Disp. 1. th. 103.* ibique alleg. Wesenb. Carpzov.

In Reconventione hat Vorbeklagter und 27
Wiederkläger 6.) zwar klagend angebracht, daß Hr. Vorkl. gesagt, Wiederkl. hätte keine Weine mehr im Keller, weil nun solches zu seiner höchsten Verkleinerung und Schmählerung seiner Nahrung und Credits gereiche, so habe er solches tieff zu Hertzen und Gemüth gezogen, und halte es vor eine grosse injurie, wolte auch lieber 200 Rthlr. verliehren als solche böse Blasme haben, daß er als ein Weinschencke keinen Wein im Keller haben solle, derentwegen er gebeten ihn in die 200 Rthlr. zu condemniren. Allein deponiren die zu Probirung dessen von Wiederklägern producirte Zeugen, daß solches sine ullo injuriandi animo aus lauter Vexation geredt worden, insonderheit referiret u. sagt bey seinem abgelegten Ayde aus der junge Hr. C. zu dem ers geredt

ceu Testis 2. *ad Art. Reprobat. 1. in Actis 2dæ instantiæ pag. 31.*

daß wie er auf das Hoffgericht ins Archivum 28
gekommen, wäre J. und R. auch darin gestanden, und hätten eine Proposition mit angehört, da nun Zeuge nach seinem Hrn. Vatter gefraget, hätten sie sich mit ihm vexirt, fragend, ob er wollte zum Wein gehen, und in seinem Weggehen aus Schertze mit lachendem Munde gesagt: Ja, ja, er gehe nur nicht nach G., er hat keinen Wein mehr.

Et ad art. reconvent. *1. in Actis 2da Inst. pag. 31.*

Es hätte Hr. J. nebenst Advocato R. die 29
Worte nur im Schertz geredet, wie es Zeuge denn nicht anders auffgenommen

Idemque ad art. reconvent. *2. ibid.*

Zeug

Zeug hätte nicht anders gemeynet, als daß J. und G. gute Freunde wären, deßhalben er den Schertz G. hinterbracht, welcher es auch mit lachendem Munde angehört, und anders nichts geantwortet als: Ja, Ja, ich habe noch wohl mehr Wein im Keller, als sie bezahlen können. Wann Zeuge gemercket hätte, daß G. einen Unwillen darüber empfinden würde, hätte er ihm so fort gesaget, daß alles Schertz wäre, er hätte es aber nur mit lachendem Munde als Schertz aufgenommen. Dessen Aussage auch confirmirt sein Hr. Vatter, der alte Hr. D. C. ceu Testis *1. ad art. reprob. 1. in act. 2dæ Inst. pag. 29.* und Hr. Advocat R. *in Actis 2dæ Inst. pag. 25.*, Woraus also erscheinet, daß wie es absque animo injuriandi aus blossem Schertz geredet, also auch Anfangs von Wiederklägern nicht pro injuria aufgenommen, noch pro tali ad animum revocirt worden, deswegen die Actio injuriarum eo nomine nicht statt findet.

Ubi enim aliquid dictum fuerit non eo
30 animo, eaque intentione & fine, ut alterius fama, existimatio vel dignitas lædatur, ipseque ludibrio habeatur, pro injuria haberi nequit, injuria enim ex affectu facientis æstimatur,

l. 3. §. 1. ff. de injur.

nam non sensus in patiente sed affectus in faciente injuriam facit, ubi ergo hic non est, nec injuria est

d. l. 3. §. 2. Mev. *p. 7. dec. 112.* B.D. Lauterbach. *Diss. de Injur. th. 22.*

ubi non injuria, ibi nec injuriarum actio locum sortitur.

Und das ist also die Ursach, warum wir den wiederbeklagten J. in reconventione von der angestellten Wieder-Klage, gestalten Sachen nach, da auf ihn keine Injuria erwiesen, absolvirt haben.

Welches wir zu verlangter Rechtl. Nachricht dienstlich anfügen sollen, und diß alles den Rechten und der Sachen Beschaffenheit gemäß zu seyn, unter unserer Facultät gewöhnlichen Insiegel bekräfftigen wollen.

Actum in Colleg. d. 10. Aug. 1700.

CONSILIUM XCV.

DE

Cautione à Matre, pro filio absente, publica quidem Magistratus autoritate, absque tamen Curatore ad Litem, insimulque ex bonis Liberorum paternis, præstita, per Exceptionem vero SCTI Vellejani iterum infirmata & sublata.

SUMMARIA.

Præmittitur sententia sub num. 1. 2. usque 8. Casus breviter delineatur.

9. 10. 11. 12. & 13. Bona liberorum paterna Mater, ceu horum usufructuaria, oppignorare non potest.

14. Pater bonorum adventitiorum plenissimam & liberrimam administrationem habet.

15. In illis facere potest tanquam in rebus suis.

16. Tamen horundem alienatio ipsi est interdicta.

17. Repugnaret enim fini administrationis legitimæ.

18. Hinc hujusmodi alienatio illegitime & nulliter facta semper retractari à filio, etiamsi patris hæres extiterit, potest.

19. An & quando, circa hanc alienationem, præscriptionis ratio habeatur?

20. Prohibitio hujus alienationis Patri multo magis Matri facta censetur.

21. De quo in Jure Lubecensi expresse tavetur.

22. Cum quo conveniunt statuta Civitatis Stolpensis.

23. Ratio specialis, cur cautio à Matre, ex bonis liberorum paternis, facta, in substrato non valeat, hic adducitur.

24. Mulier pro alio valide se obligare nequit.

25. Obstat enim Senatus Consultum Vellejanum.

26. Quod omnibus, pro quibus intercessio facta, absque personarum discrimine opponi potest.

27. Hinc etiam Patri vel filio mulier illud opponit.

28. Quod applicatur ad casum propositum.

29. & 30. Cautio à Muliere in Instrumento publico vel Magistratus autoritate confecto, vel ad minimum tribus testibus subsignato est quidem valida, sed per Exceptionem SCti Vellejani iterum infirmatur. Cum è contrario Fœminæ privatim intercedentes SCTI Vellej. auxilio non indigent.

31. Ratio valde notabilis differentiæ in quonam consistat?

32. Exceptio SCTi Vellej. validissime opponitur, si fœmina sine Curatore ad litem Cautionem præstiterit.

33. De Jure Lubecensi in quantum fœmina, quæ non est Mercatrix absque Curatore cautionem præstare valeat?

34. & 35. Explicatio dispositionis hujus ex Mevio adducitur.

36. & 37. Curatoris autoritas adeo neneſſaria est, ut illa deficiente ne quidem jurata mulieris beneficiorum renuntiatio injudicio facta, valeat.

38. & 39. In substrato regulæ communi, ob cessantem exceptionem, meritò inhærendum.

Urtheil.

1 IN Restitutions-Sachen Joh. T. Intervenienten und Imploranten, Eines, entgegen und wider Elias F. Klägern und Imploraten andern Theils, erkennen und sprechen von GOttes Gnaden Wir Friedrich der Dritte, Marggraf zu Brandenburg, des Heil. Römischen Reichs Ertz-Cammerer, und Chur-Fürst ꝛc. ꝛc. allem gerichtlichen Fürbringen nach, auf eingeholten Rath auswärtiger unpartheyischen Rechts-Gelehrten, mit Urtheil zu recht, daß, da Imploranten Schwieger eydlich erhält, daß sie ihrem Sohn Ernst R. auf sein Vätterliches Erbtheil schon in die 443. Rthlr. 24. Schil. hergegen Imploranten und dessen Frauen in dotem oder sonst noch nichts gegeben, wie sie sich solches zu thun in Actis erboten, des Imploranten beygebrachte Gravamina erheblich, die von seel. E. R. hinterlassener Wittib für ihren Sohn E. R. geleistete Caution, und daher wider sie formirte Prætension durch die eingewandte Exception des Senatus Consulti Vellejani in so weit entkräfftet, daß derentwegen die Execution und Immission, der dem Klägern und Imploraten den 9. Febr. 1699. zuerkandter 72. Rthlr. 19. Schil. Capital und à tempore motæ litis daraus verfallener Zinsen halber, samt 10. Rthlr. zugesprochenen Unkosten, nicht in der R. Wittib besitzende Güter, zu des Imploranten Frauen Præjudiz und Nachtheil, zu verhengen, sondern in des beklagten Sohns eigne Güter, wann deren vorhanden, zu verrichten, demnach der Behörs-Bescheid vom 9. Febr. in tantum zu reformiren, als wir ihn hiemit in tantum reformiren, die Unkosten aber aus Bewegnis compensiren.

Daß diese Urtheil den Actis und Rechten gemäß, bekennen wir Decanus &c. d. 23. Aug. 1700.

RATIONES DECIDENDI.

2 DJe Ursachen so uns zu dieser Reformatoria bewogen, bestehen kürtzlich darinn, daß der Haupt-Schuldner nicht des E. R. Wittib, sondern deroselben Sohn E. R. welcher von Klägern 7. Stein-Wachs und 4. und halb. Schock roh flächsen Leinwand in 5. Stücken bestehend empfangen, und dafür die zuerkandte 72. Rthlr. 29. Schil. samt den zugesprochenen Zinsen à tempore motæ litis und 10. Rthl. Unkosten schuldig worden, den Kläger auch erstlich zu Dantzig, hernach zu Stolp, und endlich als einen fugitivum Debitorem bey dem Hochpreißlichen Chur-Fürstlichen Hof-Gericht in Ansprach genommen, mit personal-Arrest belegen lassen, und der Bezahlung halber gerichtlich belanget; Nachdem aber seine Mutter, die sub
3 Lit. C. fol. Act. 24. beyliegende Caution mit Verhafftung all ihrer Güter an Haus, Scheun-Hof, Gärten und Aecker, so viel dazu nöthig, sub Sigillo Civitatis Stolpensis d. 26. Maji 1697. von sich gestellet, und der arrestirte Debitor darauf des Arrests entlassen, und wieder auf freyen Fuß gestellet worden, hat Kläger den Beklagten Debitorem gleichsam von freyen Stücken fahren lassen, und in dessen Abwesenheit wider die R. Wittib als seine Fr. Mutter ex dicta Cautione agirt, von ihr seine Satisfaction vor das Wachs und Leinwand neben den Zinsen und Unkosten urgiret, und Mandata Executorialia ac Immissorialia wider sie ausgewürcket, worüber Ritt- 4
meister Anton von Geßler seel. Gerd von Pirchen nachgelassene Wittwe, die Provisores des Hospitals zu Stolpe, und J. T. der R. Wittwen Tochter-Mann aufgewachet, und sich jene wegen ihrer verschriebenen Hypothecken, der letztere aber nomine uxoris wegen ihres bey der Mutter nutznießlich stehenden Vätterlichen zu moviren angefangen, welche also sämtlich neben dem Kläger F. und der R. Wittib zum Behör auf den 12. Januarii 1699. citirt worden, da jene mittelst producirten Ob- 5
ligationen ihre Hypotheck und dahero habende potiora Jura vorgestellet, dieser aber aus dem exhibirten Groß-Vätterlichen nach seel.

Hrn.

Hrn. Burgmeister E. R. Tod aufgerichteten Inventario gezeiget, daß die meiste von seiner Schwieger besitzende Güter von seiner Frauen Großvatter Vätterlicher Linie und Vatter herrühren, also ihnen den Kindern eigenthumlich zugehören, die Mutter aber selbige allein nutznießlich besitze, folglich nicht befugt dieselbe zu der Kin-
6 der Nachtheil zu veräussern, zu oppignoriren, und damit zu caviren; Zumal da er T. oder seine Frau, weder zum Heyrath-Gut, noch sonst ullo alio titulo, das geringste wenigste vom Vätterlichen nicht bekommen, ausser daß sie bis dato bey der Mutter im Hause gewohnet, der bekl. Bruder E. R. aber auf sein Erbtheil bereits in die 443. Rthlr. 24. Schil. empfangen, wann sie nun demselben gleich gestellt werden, und auch so viel empfangen, wie höchstbillig, beneben die mit der Hypotheck versicherte Schulden, die meist des E. R. halber
7 gemacht worden, bezahlet werden sollen, so werde wenig übrig bleiben, zu dieser des Klägers Prætension Entrichtung, worzu sie R. Wittib aus von ihr für den Sohn geleisteter Caution cum effectu nicht angehalten werden möge, obstante omnino Creditori exceptione SCti Vellejani, die so wohl sie R. Wittib selbst, als der Tochtermann T. starck, so münd- so schrifftlich urgiret, auch dieser, weil selbige in dem Behörs-Bescheid vom 9. Febr. 1699. in keine Consideration gezogen worden, dawider restitutionem
8 in integrum gesucht, und sein vornehmstes Gravamen darinn gesetzt, daß er mit seiner vor illiquid gehaltenen Prætension ad conventionem verwiesen, und ferner erkandt worden, daß die vorhin erkandte Immission durch die opponirte Exceptionem SCti Vellejani nicht removiret werden könne, sondern die Inhibition aufgehoben seyn, und Mandatum de procedendo ergehen solle, womit er unsers Ermessens
9 in allweg zu hören.

10 Denn pro primo ist Acten-kündig und notorium, daß T. der R. Wittib Tochter, so er den 10. Febr. 1698. geheyrathet, zur Ehe habe, 2) wird auch als notorium angeführt, daß sie R. Wittib nach ihres Ehemanns Tode in dessen gantzen Verlassenschafft und Gütern besitzen geblieben, und dieselbe als den Kindern von ihrem Vatter erblich angefallene Bona paterna bis-
11 anhero genutzt und genossen, also selbe nicht jure proprietatis, sondern nur jure ususfructûs innhabe und besitze; Welches klar vor Augen legt, daß in Actis *pag. 46. seqq.* enthaltene Inventarium weyland Hrrnn Ernst R. gewesenen Burgermeisters in Stolpe seel. worinn bald alle von der Frau R. innhabende und besitzende Güter als ihm Burgermeister R. zugehörig gewesene und hinterlassene erbliche Güter beschrieben und consigniret seyn, sind demnach von ihm auf den Sohn des jetzo bekl. Lieutenant E. R. Vatter seel. E. R. erblich erwachsen, und
12 nach dieses Tod wieder auf dessen Kinder gefallen, bey der Mutter aber bishero nutznießlich bestehen geblieben, so auch bestättiget wird durch das von Burgermeister und Rath der Stadt Stolpe unter der Stadt Siegel ertheilte Attestatum *pag. Act. 139.* welches mit dem besagten Inventario durchaus übereinstimmet. Daher miteinander plenissimam fidem machen, und zu rechtlicher Gnüge probiren, daß Frau R. die besitzende unbewegliche Güter nur als Bona paterna liberorum jure usûsfructûs in iis à Lege sibi constituti besitze und innhabe, folglich selbige keines weges veräussern und alieniren, noch für jemanden damit caviren könne. 13 14

Constat enim, quod licet Pater à Lege habeat plenissimam & liberrimam Maternorum aliorumque adventitiorum bonorum liberorum suorum administrationem, atque vi illius administrationis omnia ita agere possit, ac si solidum perfectumque illorum dominium, ei acquisitum esset, ut ait Constantinus

in l. 1. C. de bon. matern. add. l. 6. §. 2. C. de bon. quæ liber. 15

ita ut ex proprio animo cum illis, quid velit, facere possit tanquam in rebus suis.

dd. ll. junct. l. 21. C. mand. 16

Attamen alienatio rerum adventitiarum eidem sit interdicta. Cum enim proprietas bonorum adventitiorum Patrifam. per leges subducta & in liberos translata sit, usufructu tantum eorundem cum administratione relicto, communes juris regulæ non possunt non obtinere, quibus dispositum, quod usufructuarius proprietatem rei usufructuariæ ne deteriorem quidem facere debeat, nedum ut alienare queat. Et cum administratio omnis introducta & constituta non ad dissipandum aut diminuendum, sed conservandum, etiam in iis, qui domini loco habentur, ut tutoribus, Curatoribus.

l. 27. l. 46. §. 7. ff. de admin. tut. l. 56. §. 4. ff. de furt. l. 7. §. 3. ff. pro empt. 17

Repugnaret omnino hoc fini administrationis legitimæ Patri concessæ, ad hoc introductæ, ut officium suum nulla pravitate corruptum liberis præbeat, maxime ut eorum bona tueatur & augeat.

l. fin. §. 2. C. de sentent. pass.

Alienatio ergo eorundem ipsi interdicta & adempta est

d. l. 1. C. de bon. matern. Ludwell. *de ult. volunt. ad d. l. 1.* Gœdd. *vol. 1. Cons. Marp. 27. n. 40.* 18

in tantum, ut illegitime & nulliter facta semper retractari possit, & bona à Patre contra legis prohibitionem alienata filius, tam vivente, quam mortuo Patre, vindicare queat, etsi Patris heres factus sit, paternæque hereditati sese immiscuerit; & ut 19 illa alienata revocandi facultas, durante Patris administratione, nulla, ceu à lege præclusa, eâ vero finita, non nisi tricennali præscriptione excludatur.

d. l. 1. C. de bon. matern. l. 4. in f. C. de bon. quæ lib. l. 1. §. fin. C. de ann. except. B. D. Frommann. *de admin. Advent. legit. th. 77. seqq.* Faber. *in Cod. Sabaud. lib. 6. tit. 34. d. 2.*

20 Si ergo Patri interdicta est alienatio horum bonorum, quanto minus sibi mater bonorum paternorum alienationem vendicare poterit.

Cothman. *vol. 2. Cons. 96. n. 35.*

21 Welches auch expresse also Jure Lubecensi, so in Hinter-Pommern passim observirt wird, versehen ist.

p. 2. tit. 2. art. 8. da es ausdrücklich also lautet: Haben Mann und Weib Kinder miteinander, stirbet der Mann, die Frau bleibt besitzen in allen Gütern, sie mag aber NB. derselben keine weder verkauffen, versetzen, noch vergeben, ohne der Erben Erlaubniß, es wäre denn, daß sie dieselben bedürffte zu Unterhaltung ihres Leibes, welches sie zuvor aydlich erhalten muß ꝛc. ibi Mevius.

22 Womit übereinkommen die Statuta Civitatis Stolpensis, quorum tenor refertur in Actis *pag. 119.* & hic est:

Würde aber der nachbleibende Vatter oder Mutter sich anderwärts nicht befreyen, und die Güter wohl verwalten, solle er oder sie den Kindern keine Vormünder auszubitten, oder auch Erbschichtung zu thun schuldig seyn; Es wäre dann, daß der Vatter oder Mutter die Güter übel verwaltete und verstünde ꝛc. so geschehe wann sie die Güter veräussern oder beschwehren wolten.

23 Und wie dieses ausser allem Zweiffel gesetzt ist, daß das Uberlebende von dem vom verstorbenen Ehegatten hinterlassenen, und den Kindern angefallenen, bey ihm nutznießlich stehenden Gütern und Vermögen zu der Kinder Præjudiz nichts zu veräussern, consequenter auch nicht damit für jemand zu caviren befugt sey, welches hier anschlägt, ohnerachtet der Sohn, vor den hier die Caution geschehen, an der Proprietät der Güter, womit cavirt worden, participirt, daher es das Ansehen haben möchte, daß ob intervenientem ipsius consensum die Caution wohl bestehen könte; Denn weil er schon in die *443.* Rthlr. auf sein Erbtheil empfangen, die Tochter hergegen noch nichts bekommen, (wie Implorant T. und dessen Schwieger die R. Wittib beständig vorgibt, und beyde solches aydlich zu bestärcken sich erbieten, worzu sie anzuhalten, gereichte die præstirte Caution zu der Tochter offenbahren Præjudiz, und könte derenthalben, ob intervenientem licet filii, ut proprietarii, consensum, nicht bestehen.

24 Also ist 3) nicht minder unstrittig, daß sich kein Weibsbild vor einen andern verbinden und obligiren könne eo cum effectu, daß sie aus solch ihrer Obligation wircklich belangt und Satisfaction zu geben angehalten werden möge.

25 Subvenit enim Mulieribus Senatus-Consultum Vellejanum ob Sexus imbecillitatem & inconsideratam facilitatem, ne, dum ex fragilitate & imprudentia alienam obligationem in se suscipiunt, ac pro aliis reæ fiunt, ex sua intercessione efficaciter conveniantur, sed conventis exceptionem SCti Vellejani indulget, mediante qua actionem contra se institutam summo jure fundatam elidere & enervare queant, quæ exceptio etiam post sententiam, qua fœminæ jam condemnatæ, & post rem judicatam ad impediendam executionem, adhuc jure opponi potest.

t. t. ff. & Cod. de SCto Vellej. l. 11. ff. ad SCT. Maced. Struv. *Ex. 21. th. 7.* B. D. Lauterbach. *ad tit. ff. de SCt. Vell. §. 2. n. 5.*

Competitque hæc exceptio fœminis pro aliis intercedentibus absque discrimine personarum, pro quibus intercedunt, cujuscunque illæ sint vel fuerint conditionis 26

l. 1. pr. ibi: *ne pro ullo. ff. de SCt. Vellej.*

in tantum, ut etiam pro Patre vel filio intercedentes SCto de Intercessionibus gaudeant, seque tueri queant. 27

l. 3. C. l. 2. §. 5. ff. d. t. ubi notantur JCtus ita: *sed & si mulier defensor alicujus extiterit, procul dubio intercedit, suscipit enim in se alienam obligationem, quippe cum ex hac re subeat condemnationem, proinde neque maritum, neque* filium *neque* patrem *permittitur mulieri defendere.* In quibus verbis ferè in terminis, ut ajunt, terminantibus præsens noster casus expresse definiri videtur.

Weil nun diese von der Frau R. für ihren Sohn gethane Caution und dessen gerichtliche Defension in seiner Abwesenheit indubitato vi textus modo allegati auch eine Species intercessionis SCto Vellejano prohibitæ ist, so können wir nicht sehen, warum ihr nicht auch solte die Exceptio SCti Vellejani zu statten kommen können, ohnerachtet die von ihr geleistete Caution eine publica Magistratus authoritate gethane Caution ist, denn dieses 28 29 nicht hindert, daß sie sich deßwegen nicht möchte oder könte darwider mit der Exceptione Senatus Consulti Vellejani schützen, sondern ist vielmehr nothwendig gewesen, daß sie authoritate Magistratus interveniente cavirt hat, weil, wann die Intercessio nicht in Instrumento publico Magistratus authoritate confecto, aut ad minimum tribus testibus subsignato, quod illi æquipollet, geschehen selbige ipso jure nulla ist, und haben die fœmi- 30 næ privatim intercedentes Senatus Consulti illius Vellejani auxilio nicht von nöthen.

l. 23. §. fin. C. ad SCt. Vellej. ubi Brunnemann.

Probe

31 Probe enim ſeparandi ſunt caſus, ubi fœminæ ipſo jure tutæ, ab iis, ubi SCto opus habent, utut enim utrobique ob interceſſionem ſuam non teneantur, hoc tamen intereſt, quod illo caſu, licet mulieres beneficium SCti Vellej. non oppoſuerint, Judex tamen nihilominus eas abſolvere debeat. Hoc caſu verò non aliter niſi oppoſita exceptione SCti Vellej. quod ſi enim hanc non opponant mulieres, judex eas ut naturaliter & civiliter obligatas condemnat, cum tacite beneficiis ſuis renunciaſſe cenſeantur, utpote quæ mulieribus invitis nunquam obtruduntur à judice.

Frantz. *in Comm. ff. tit. ad SCt. Vellej. n. 34.* Brunnemann. *ad l. 2. ff. h. t. n. 8. & ad d. l. 23. C. eod.* Stryck. *de cautel. contract. ſect. 2. c. 6.* Bocer. *cl. 2. Diſp. 87. th. 34. 35.* Sand. *lib. 3. dec. Friſ. tit. 11. d. 2.*

32 Und kommt hier dieſe Exceptio der Frau R. ſo mehr 4) zu ſtatten, indem ſie die Caution absque Curatore ad litem gethan, da doch das Lübeck. Recht ausdrücklich vermag,

p. 1. tit. 10. art. 1.

33 daß keine Frau höher Bürge werden möge ohne Willen der Vormunder den vor 2½ Pfenninge, auſſerhalb derer, welche Kauffmannſchafft, Handel und Wandel treiben, was dieſelben geloben, daß müſſen ſie gelten und bezahlen.

34 Quem textum rectiſſime Dn. Mevius ibid. *in Commentario ſuo num. 63. ſeqq.* ita interpretatur, ut dicat, Jure Lubecenſi perinde, ut Jure Communi, fœminas ex fidejuſſione & interceſſione ſua pro aliis regulariter ita haud obligari, ut efficaciter conveniri poſſint, ſed juvari easd. beneficio SCt Vellejani, id quod confirmet textus ejusd. juris *l. 1. tit. 5. art. 7.* verbis: Es wäre dann ꝛc. Quando vero in *d. tit. 10. art. 1.* dicatur, fœminam non poſſe fidejubere ſine Curatoris voluntate, non ea ſit mens ſtatuti, quod hac ſola accedente fidejuſſio valeat, ſed quod in iis caſibus quibus jure communi interceſſiones muliebres validæ ſunt, (quos latè proſequatur

Hering. *de fidejuſſ. cap. 7. n. 412. ſeqq.* Zanger. *de except. p. 3. c. 11. n. 120. ſeqq.* Franc. *de fidejuſſ. cap. 2. n. 163. ſeqq.* add. B. D. Lauterbach. *ad tit. de SCt. Vellej. §. 2. n. 6.*)

35 Jus Lubecenſe præterea Conſenſum Curatoris exigat ac deſideret, ad integrandam perſonam mulieris, ita, ut ſine conſenſu Curatoris intercedens mulier nihil agat, nec exinde obligetur ulla ratione, ſed actus fidejuſſorius mulieris ſine adhibito Curatore ſit ipſo jure nullus.

Mev. *d. l. n. 32.*

Ipſum autem Jus Lubecenſe duos excipere caſus, quibus Curatoris conſenſus non deſideretur, ſed mulieribus libera ſit fidejubendi licentia etiam absque Curatore, primò nim. ſi ſumma admodum exigua ſit, duos & dimidium nummum non excedens; ſecundò ſi mulier fidejubens mercatrix ſit, die Kauffmannſchafft, Handel und Wandel treibet, hanc Jus Lubecanum ex fidejuſſione ſua efficaciter obligari vult ex ſingulari commerciorum favore, quod proinde etiam extra ea, quæ intuitu mercaturæ fiunt, non extendendum, ſed in his fidejubentes mulieres mercatrices beneficio SCti Vellej. omnino quoque frui tradit.

Laud. Mev. *d. l. n. 78.* inde in terminis inferens, *quod ſi mulier, utut mercatrix, de judicio ſiſti & judicatum ſolvi pro aliquo intervenerit, non teneatur, cum id ad commercia non ſpectet.*

Addit idem Mevius notanter, nonnullos 36
tertiò excipere quoque caſum, quando mulier in judicio fidejubet, juratoque beneficiis ſuis renunciat, & tunc etiam ſine curatoris authoritate renunciationem valere velle

Eman. Suaretz. *in comm. opin. lit. M. n. 248. 250.* Hering. *de fidejuſſ. d. c. 7. n. 514.*

De cujus tamen ratione ipſe non immerito dubitet, quia ſolennitas ſtatutaria difficulter omittitur, omiſſa vitiat 37

cum Pruckmanno *in l. in multis. p. 2. art. 15. n. 25.*

Derentwegen denn bey uns kein Zweiffel 38
waltet, daß der Frau R. die, quantum ex Actis videre eſt, keine Kauffmannſchafft, Handel und Wandel treibt, alſo keine Mercatrix iſt, ut eam deſcribit

Mev. *lib. 1. tit. 5. art. 7. n. 115. ſeqq.* 39

Und da ſie für ihren bekl. Sohn cavirt, mit keinem Curatore verſehen geweſen, alſo cum Conſenſu Curatoris nicht cavirt, wie das Lübeckiſche Recht es haben will, nicht ſolte eben der Urſach deſto eher die eingewandte Exceptio SCti Vellejani zu ſtatten kommen, zumal da ſie ſich deren, auf vorhergegangene Erinnerung und Certioration, cum conſenſu Curatoris, ut Jure Lubecenſi requiritur, durchaus nicht begeben und ſelbige renunciret hat, muß alſo dieſelbe ihr und ihrem Tochtermann itzmaligen Imploranten in allwege zu gute kommen, ſo daß die Execution und Immiſſion der den Klägern und Imploraten d. 9. Febr. 1699. zuerkandten 72. Rthlr. 19. Schil. und à tempore motæ litis verfallenen Zinſen halber ſamt den 10. Rthl. zugeſprochenen Unkoſten nicht in der R. Wittib beſitzende Güter, zu des Imploranten Frauen Præjudiz und Nachtheil, verhenat werden, ſondern in des bekl. Sohns eigne Güter, wann er deren noch hat, beſchehe, wie vorſtehende Urtheil dahin gehet.

Welches wir dannenhero den Actis und Rechten gemäß zu ſeyn hiemit nochmals bezeugen, ſalvo quorumvis aliter ſententium judicio, und ſolches mit unſer Facultät gewöhnlichen Inſiegel bekräfftigen.

Actum in Coll. noſtro d. 23. Aug. 1700.

CONSILIUM XCVI.

DE

Juramento Judiciali à Filia hujusque Marito, alimenta Matri, animo ex futura hujus hæreditate repetendi & compensandi, subministrata fuisse, præstando.

SUMMARIA.

Præmittitur sententia sub num. 1. 2. usque 5. Explicatur sententia.

6. Actoris facta confessio cur in substrato ipsi nil noceat?

7. & 8. Cardo litis per testes probari debet, alias ipsorum depositio, licet unum vel alterum affirment non attenditur.

9. Omissa liberorum protestatio præsumptionem parit, alimenta parentibus, donandi animo, & ex filiali pietate, fuisse subministrata.

10. Item taciturnitas per longum imo ultra illud planè tempus facta.

11. 12. & 13. Ut & aliæ conjecturæ hic recensitæ.

14. & 15. Testi injurato cujuscunque sit dignitatis non creditur.

16. & 17. Quod in animo consistit & difficulter probari potest, per juramentum debet decidi.

18. Jurare recusans, alter absolvitur.

19. Judex ante actualem juramenti præstationem, inprimis quando lis inter consanguineos & affines versatur, omnia pro amicabili compositione obtinenda prius tentare tenetur.

Urthel.

1 IN Sachen Rechtens sich haltend zwischen Heinrich Christoph Kracken, Klägern Eines, entgegen und wieder Hanß Bethmann im Namen seines Ehe-Weibes Margarethen Elisabethen Krackes Beklagten andern Theils, erkennen wir Burgermeister und Rath der Kayserlichen Freyen und des Heil. Römischen Reichs-Stadt Goßlar allem gerichtlichen Fürbringen nach, auf eingeholten Rath auswärtiger unpartheyischer Rechts-Gelehrten vor Recht, daß weder Kläger sein vorgegebenes Anlehen des prætendirten doppelt Ducatens zu dessen zu erkennender Wiedererstattung, noch auch Beklagter zu rechtlicher Gnüge erwiesen, wie ihm zu thun obgelegen, daß seine verstorbene seel. Schwieger von ihm und seiner Ehe-Frauen, ohne dagegen von ihr ihnen gethane allerdings gleichgültige Arbeit, gantze vierzehen Jahr dergestalten von dem ihrigen alimentirt worden, daß sie an dero hinterlassene Erbschafft vor Kost-Geld itzo mit Recht eine Forderung vor 210. Rthlr. oder 378. fl. machen, und solche ihnen darauf zugesprochen werden könten, wolte aber Beklagte nebst seiner Ehe-Frauen den ihnen von Klägern deswegen deferirten Eyd zu GOtt abschwehren, und vermittelst dessen eydlich erhalten, daß sie ihre resp. Schwieger und Mutter gantze vierzehen Jahr beständig mit nothdürfftigem Unterhalt oder Kost versehen und alimentirt, und zwar nicht aus Kindlicher Pietät und Affection, sondern in Gemüth und Meynung solche ihro præstirte Alimenta künfftig von ihr oder ausser ihrer Verlassenschafft wieder zu erfordern, sie auch durch ihre ihnen gethane Arbeiten solche ihr præstirte Alimenta nicht verdienet, sollen sie damit gehöret, und ferner in der Sach darauf ergehen was recht ist. Im übrigen bleibt es bey vorigen in rem judicatam bereits erwachsenen Urtheilen, und hat demnach nunmehro Beklagter und dessen Ehe-Frau eine beständige Specification des gantzen verhandenen Elterlichen Nachlasses an beweg- und unbeweglichen Gütern, Juribus & nominibus, tam activis, quam passivis, wie sie solches eydlich zu erhalten sich getrauen, zu ediren, und die Partheyen so dann darauf nach Maßgab deren die Theilung wircklich anzugehen und zu treffen.

Daß diese Urtheil ꝛc. ꝛc.

RATIO-

RATIONES DECIDENDI.

DJe Ursach so uns zu Abfassung vorstehender Urtheil insonderheit bewogen, mit wenigem beyzufügen, bestehen solche kürtzlich in folgendem:

2 Erstlich haben wir die Urtheil sonderheitlich über den starcken Post der von Beklagten geforderten, von Klägern aber widersprochenen Alimentations-Gelder à 210. Rthlr. abgefaßt, weil wir ex Actis, die wir von Anfang bis zu End, unser Gewohnheit nach, mit behörigem Fleiß durchgelesen und erwogen, gefunden, daß die übrige zwischen den Partheyen strittig gewesene Puncte, durch die vorhin publicirte Urtheilen vom 30. Jun. 1697. und vom 22. Jun. 1698. so nunmehro in rem judicatam erwachsen, abgethan und erörtert seyn, dieser Punct aber hauptsächlich unter den Partheyen noch controvertiret, Zeugen darüber geführet, und eydlich abgehöret, beneben auch einige schrifftliche Attestata oder Testimonia deswegen produciret

3 worden, daß also jetzo die gantze Sache principaliter darauf ankommt und beruhet: Ob Beklagter, wie sich zu Recht gebührt und ihme durch die den 22. Jun. 1698. eröffnete und in rem judicatam ergangene Urtheil auferleget worden, probirt, daß er und seine Frau ihre respect. Schwieger und Mutter gantze 14. Jahr de suo animo repetendi alimentirt, und sie die ihro exhibirte Alimenta mit ihrer ihnen dagegen geleisteten Arbeit, mit Waschen, Mahlen, Spinnen, Kinder warten, und dergleichen, nicht verdienet, also sie Beklagte mit Recht befugt seyn solcher Alimenten halber eine Forderung von

4 210. Rthlr. zu machen? Den Kläger die ihm per eandem sententiam injungirte Beweisung wegen seines prætendirten doppelt Ducatens, so ihm die Mutter seel. in compensationem der auf der Tochter Verlöbnis gegangenen Kosten einist gegeben, von ihm aber hernach wieder entlehnet und nicht restituirt, deswegen er dessen Wiederstattung jetzo nachgesuchet, ohnerachtet er zu deren Fahrung in integrum restituirt worden per Decretum vom 14. Septembr. 1698. von freyen Stücken nachgesehen und negligiret, also sich damit selbst von dessen Wiederforderung excludirt, so wir zuforderist vel tribus in der Urtheil angezeigt und gedacht.

5 Wir haben aber 2) nicht dafür halten können, daß Beklagter zu rechtlicher Gnüge, wie ihm zu thun de jure & vi sententiæ d. 22. Jun. 1698. publicatæ rei judicatæ vires nactæ obgelegen, erwiesen, daß er und seine Frau die seel. verstorbene respect. Schwieger und Mutter völlige 14. Jahr hindurch, ohn dagegen von ihr ihnen geleistete allerdings gleichgültige Arbeit mit Kinder-warten, Waschen, Mahlen, Schroden, Spinnen und dergleichen, von dem ihrigen mit Kost versehen und alimentirt, dergestalten, daß sie, weil es von ihnen nicht nur ex pietate parentibus debita animo donandi, sondern animo ut proposito aliquando repetendi geschehen, derentwegen jetzo mit Recht an dero hinterlassene Erbschafft eine solche Forderung von 210. Rthlr. oder 378. fl. machen können, also, daß auf solche Probation denen Beklagten die vor Kost-Geld geforderte 210. Rthlr. könten zugesprochen werden. Beklagter hat sich 1) auf des Klägers eigne Geständniß in seiner 6 den 28. Jan. 1698. exhibirten Exception-Schrifft *pag. Act. 82. seqq.* bezogen. Allein hat Kläger daselbst durchaus nicht bekennet, daß Beklagter und dessen Ehe-Frau seiner Mutter gantze 14. Jahr über die Alimentation geleistet, sondern bloß so viel gestanden, daß sie ihr dann und wann wenige und geringe Alimenta gegeben, welche die Mutter durch ihre fleissige Aufsicht, unermüdete Emsigkeit in Spinnen, Waschen und andern häußlichen Verrichtungen, so sie Beklagten dargegen inn und ausser Haus gethan, mehr denn gedoppelt verdienet, findet also Beklagter in hac propria Actoris confessione, ad probandam intentionem suam hoc in puncto, ein schlechtes, ja gar kein Præsidium. 2) Durch die eydlich ad articulos & 7 Interrogatoria abgehörte Gezeugen ist wohl etwas erwiesen, daß nemlich Beklagter und seine Frau der Schwieger und Mutter, in der Zeit, da sie auf dem gemeinen Hoffe in des Hanß Beddigs Hause gewohnet, im Sommer dann und wann i. e. bisweilen aus dem Wag-Hauße durch ihre Kinder zu essen geschickt;

vid. Depos. *Test. ad Art. 1. 2. 3. & hor. Interr. 1.* & imprimis *ad art. 6. Int. 7.*

Dagegen sie aber auch der Tochter, wie dem Sohn, so bey ihr im Hause gewesen, in Waschen und dergleichen geholffen, wann sie auch was zu schroten oder zu mahlen gehabt, mit des Wagmeisters Kindern nach der Mühle gangen, und mit zugesehen, juxta depositionem Testis *ad Prob. 6. Int. 4. 5.*

Allein ist dieses durch die Gezeugen durchaus 8 zu rechtlicher Gnüge nicht probirt, daß beklagte Eheleute ihre respect. Schwieger und Mutter gantze 14. Jahr über beständig veralimentirt, und sie die ihr gereichte Alimenta keines weges mit dem dagegen im Haus und sonst geleisteten Arbeit und Verrichtungen verdienet; Inmassen die Gezeugin *ad Int. 7. art. Prob. 6.* ausdrücklich aussaget: Das könte sie nicht saaen, daß Producent seine Schwieger über 14. Jahr veralimentiret ꝛc. wie sie auch von allem deme, was die alte Krackische in dem Waghause bey Beklagten vor Arbeiten gethan, nicht reden könne, deponente ipsa *ad Art. 4. Int. 3. & art. 6. Int. 4.* Weniger ist rechtlich dargethan oder mit sufficientibus præsumptionibus bestärcket, daß sie, der Schwieger und Mutter die gereichte Kost nicht ex filiali pietate & affectu, animo donandi, vel præstita officia ac servitia compensandi, sondern animo & proposito repetendi, submini-

ministeriis, contra intentionem & mentem matri & socrui præstita alimenta repetendi vorhanden, und theils von Klägern in Actis an-
9 gezogen, als 1) daß Beklagte nie einige Protestation interponiret, daß sie einnigst die der Mutter und Schwieger suppeditirte Alimenta wolten in den Anschlag bringen und repetiren, cujusmodi protestatio si non ex necessitate, saltem ex utilitate exigi videtur ab ejusmodi personis, quæ ex pietate ad alendum tenentur, uti sibi invicem ad alimenta submin-istranda obstringuntur liberi & Parentes.

arg. l. 34. ff. de negot. gest. ibi: *si protestata est (mater) se filium ideo alere, ut aut ipsum aut tutores ejus conveniret.*

Quia protestatione tali omissa animo liberali ex pietate alimenta subministrata præsumuntur.

arg. d. l. 34. j. l. 11. C. eod.

10 2) Daß sie nicht nur per decennium, quod sufficere judicavit ad inducendam præsumptionem animi repetendi alimenta exclusivam,

Mev. *p. 4. dec. 317. n. 7.*

sondern per 14. Annos still geschwiegen, und nie nichts ihnen nomine præstitorum Matri ac Socrui alimentorum zu refundiren ver-
11 langt und begehrt. 3) Den præstitum victum oder dessen Æstimation oder dafür einiges Kost-Geld niemalen in Rechnung gegen die Mutter und Schwieger gebracht, da sie doch zerschiedenes indeß mit ihr zu thun und zu verrechnen gehabt, ja laut *pag. Act. 117.* die Tochter der Mutter etliche zu zerschiedenen malen und Zeiten gegebene halb Pfund Butter, Ohle und Fett verrechnet, dessen sie durchaus nicht bedürfft hätte, wann sie ihre Alimentation von ihren Beklag-
12 ten gehabt. Insonderheit 4) daß sie An. 1686. ohnerachtet, daß sie der Zeit, diesem ihren Vorgeben nach, die seel. Mutter und Schwieger bereits einige Jahr veralimentiret, derselben, doch ohne Abzug einiger schuldiger Kost-Gelder, 100. fl. restirenden Kauff-Schillings baar bezahlt, besage Kauffs-Instrumenti, so Beklagte vermuthlich nimmer würden gethan haben, wann die Mutter und Schwieger ihnen nomine præstitorum alimentorum, wäre zu einigem Kost-Gelde obligirt gewesen, sondern würden deßfalls ohne Zweiffel das verfallene und an die Mutter und Schwieger zu fordern gehabte Kost-Geld von den verflossenen Jahren daran abgezogen
13 haben. Desgleichen hätte 5) Bekl. nicht nöthig gehabt in die allererst An. 1696. nomine seiner Schwieger, kurtz vor deren Tode, von Hn. Notario Rundenio ausgefertigte und ihm eingehändigte Quittung über die noch restirende 100. fl. Hauskauff-Gelder, (als wären selbige von ihm der Schwieger bezahlt, so doch, krafft seiner eigenẽ ex dictamine conscient. geschehenen Geständnis, revera nicht bezahlt, sondern noch restiren,) einzuwilligen, sondern hätte ja sagen können, daß es sich solcher Simulation nicht bedürffte, indem, ob er gleich seiner Schwieger noch 100. fl. von Kauff-Schilling restirte, er doch dagegen ein weit mehrers an selbige præstitorum alimentorum ratione zu erfordern, wolte demnach die ruckständige 100. fl. des Kauff-Schillings von solcher seiner Gegenforderung abkürtzen. Er hat aber sonder Zweiffel nicht getrauet gegen die Schwieger-Mutter davon ich twas zu gedencken oder zu sagen, daher dann die jetzo post mortem Socrus erst formirende Prætension des Kost-Gelds vor die ihr gereichte Kost so weniger gegründet zu seyn nicht unbillig scheinet, als dawider so viel Præsumptiones animum repetendi excludentes vorhanden.

Argum. eorum, quæ in simili tradit Mev. *p. 4. dec. 317.*

In deren Ansehung wir dann um so mehr, als 14
die von Bekl. zu Erweisung seiner Intention *pag. Act. 125. 126. 127.* producirte Attestata, ceu testimonia summaria, scripta, & injurata, die leichtlich erschlichen und expracticirt werden können, in keine Consideration ad fidem faciendam gezogen werden mögen;
cum tralatitii sit juris, testi injurato non cre- 15
di, quantæcunque etiam dignitatis præfulgeat honore, quia à juramento procedit testimonii fides tanquam à radice, sicut mors procedit ex lethali inflicto vulnere, & juramentum est anima & spiritus fidei.

l. 9. C. de testib. Farinac. *qu. 46. n. 51. & qu. 61. n. 42.* ubi dicit *hanc conclusionem tam de J. Can. quam Civili receptam esse, & contradict. non habere.*

Und da zumalen uns nicht nur das vorgegebene 16
factum alimentationis Socrûs ac matris reorum, so von Klägern die gantze Acten hindurch beständig widersprochen, und per testes juratos durchaus nicht dergestalt, wie es angegeben, probirt worden, sondern auch insonderheit die Intention und der animus, quo, quæ subministrata alimenta, sunt suppeditata, gantz unbekandt, bewogen worden, dem Beklagten und seiner Frauen das von Klägern ihnen *pag. Act. 187.* hierüber deferirte Jurament. judiciale per sententiam zu confirmiren, und ihnen zu injungiren, mittelst Abschwehrung dessen zu erhalten, daß sie ihre respect. Schwieger und Mutter, gantze 17
14. Jahr beständig mit nothdürfftigen Unterhalt und Kost versehen und alimentirt, und zwar in Gemüth und Meynung solche ihre præstirte Alimenta künfftig von ihr oder ausser ihrer Verlassenschafft wieder zu erfordern, sie auch durch ihre ihnen gethane Arbeiten solche ihr præstirte Alimenten nicht verdienet. Wägern sie sich nun 18
dieses Jurament abzuschwören, fället die Prætension gäntzlich hinweg und wird Kläger von selbiger in totum absolvirt. Erbieten sie sich aber das ihnen deferirte und per sententiam zuerkandte Juramentum abzulegen, wird ihnen das Gewissen wohl zu schärffen und sie ernstlich zu erinnern seyn, daß sie sich vorher wohl prüfen und erwegen sollen, wie weit sie salva & illæsa conscientia darinn gehen und schwehren können, und würde fast, unsers Ermessens, das beste, sicherste und verträglichste Mittel und expediens seyn, 19

wann

wann dieser strittige Punct, ohne Abnahm des deferirten und zuerkandten Juraments, durch rentirenden gütlichen Verglich unter so nahen Anverwanden und Schwägern gehoben werden könte, nach Befinden den u. des Orts löbl. Obrigkeit besser als uns bekandten Dingen, so daß beederseits die Billigkeit darinn beobachtet würde.

Welches wir also zu verlangter rechtlichen Nachricht dienstlich anfügen, und solches den Rechten und Actis gemäß zu seyn bezeugen wollen, urkundlich unser Facultät gewöhnlichen Insiegels.

Actum in Collegio nostro d. 26. August. 1700.

CONSILIUM XCVII.

DE

Restitutione Decimarum, sine causa perceptarum, juramento judiciali &c.

SUMMARIA.

Sententia.

2. Facta publicatione Examinis testium, & didicitis testificatis, reque super iisdem vel directo contrariis articulis eosdem vel alios testes amplius producere non licet, propter metum subornationis.

3. Ita ut etiamsi per errorem quidam testis omissus sit, nec hic postea admittendus dicatur.

4. De fallentiis hujus regulæ, remissivè.

5. Quando juramentum judiciale delatum & susceptum est, acceptans illud præcise præstare tenetur, nec deferens id revocare probationibus ordinariis uti potest.

6. Antequam ille, cui hoc delatum, illud acceptavit, licet huic id declinare, si alio modo, testibus nempe vel instrumentis suam intentionem probare velit.

7. At secus, ubi jam fuerit acceptatum; nisi nova instrumenta, vel aliæ probationes supervenerint, aut in continenti ostendi possit, alterum esse pejeraturum. ibid.

8. Mevii sententia, etiam juramentum tale post acceptationem à deferente posse revocari, ex ipso refellitur.

9. Juramentum judiciale ab ipso Principali, coram actis, & præsente adversario vel ejus procuratore præstandum est.

10. Si tamen ab initio Procuratori delatum, vel deferens postea consentiat, tunc per Procuratorem etiam præstari potest.

10. Doctores tanquam personæ egregiæ, non tenentur ipsi in judicium venire, & juramentum ab ipsis in ædibus eorum excipiendum est.

11. Præsens & tacens, ubi agitur de ejus præjudicio, consentire non videtur.

12. Requisita actionis injuriarum.

Wohl-Edle, Veste Wohlgelährte,
Hoch-Gräflich-Nassau-Saarbrückische wohl-verordnete
Herren Beamte!
Gg. Hoch-Geehrte Herren!

Als uns Decano und übrigen Doctoribus der Juristen Facultät bey gemeiner Hoch-Fürstl. Würtembergischen Universität Tübingen hiebey wieder zuruckkommende Acta in Sachen Rechtens sich haltend zwischen Hrn. D. Johann Heinrich Feurbachen Klägern Eines, entgegen und wider Johann Christian Rupperten, Johann Wilhelm Peppelern, Balthasar Schwalen & Consortes zu Wißmar Beklagte andern Theils pcto. decimarum zugesandt worden, um unser Rechtliches Gutachten darüber zu erstatten und zu communiciren; So haben wir nicht ermangelt, so bald es anderer unter Handen gehabten Geschäffte halber immer seyn können, selbige zu Bezeugung schuldiger Dienst-Geflissenheit und Beförderung der lieben Gerechtigkeit unter die Hand zu nehmen, mit Fleiß zu durchlesen, reifflich zu erwegen, und in versammleten Collegio darüber sorgfältig zu deliberiren, da wir dann nach Erwegung aller Umstände per unanimia geschlossen, daß nachstehende Urtheil in der Sache zu publiciren, und selbige mittelst deren beyzulegen und zu erörtern, als die wir den Actis uud Rechten gemäß erachten, und im Fall obhabenden Richterlichen Amts selbst zu eröffnen kein Bedencken tragen wolten.

Urthel.

IN Sachen Rechtens sich haltend zwischen Hrn. D. Johann Heinrich Feurbachen Klägern Eines, entgegen und wider Johann Christian Ruppersten, Johann Wilhelm Peppelern, Balthasar Schwaln und Consorten Beklagten andern Theils, wird auf Klag, Antwort, geführte Kundschafft, und all anderm gerichtlichen Fürbringen, nach gethanen Rechtsatz, genommenen Bedacht, und gehabten Rath auswärtiger unpartheyischen Rechts-Gelehrten, mit Urtheil zu Recht erkandt, daß der Beklagten Suchen wegen Verführung des angemaßten Gegen-Beweißes nicht statt habe, sondern sie sich an ihrem Beweiß nunmehro verspätet, deßwegen wann Hr. Kläger den ihm deferirten und bereits acceptirten Eyd in Person oder durch seinen gevollmächtigten Anwald wird abschwören, und mittelst dessen erhalten, daß er Peter Krecken und Johann Ludolph Arends keine Commission gegeben, den Zehenden zu verleyhen, sondern daß sie sich in Wißmar um Feldverständige und des Zehendens-erfahrne Leute bewerben, und umthun solte, welche ihnen in Erhebung und Einziehung dessen um billigen Lohn assistirten und an Hand gehen möchten, sie also wider den Befehl gethan, so sind Beklagte die Zehend-Früchte unter einer eydlichen Specification neben den verursachten Gerichts-Kosten auf Richterliche Mäßigung Hrn. Klägern zu restituiren schuldig und verbunden, von der erhobenen Injurien-Klag werden sie hiemit absolvirt.

RATIONES DECIDENDI.

1 DJe Ursachen so uns also zu sprechen bewogen, mit wenigem beyzufügen bestehen selbige fürnemlich in diesem:

Daß wir erstlich erkandt, daß Beklagte sich mit dem den 7. Junii 1700. erst angemaßten Beweiß der offerirten articulorum probatoriorum exceptionalium verspätet und damit nicht zu hören, darzu hat uns bewogen, daß gleich am ersten Rechts-Tag den 28. Aug. 1699. Beklagten per Interlocutoriam auferlegt worden innerhalb acht Tagen gebührend zu erweisen, daß Hr. D. Feurbach den Peter Krecken und Joh. Ludolph Arends den Zehenden verliehen, und diese also Fug und Macht gehabt denselben denen Beklagten zu afftervertleyhen, welchem zu Folge Beklagte des Kreckers und Arends eigenhändige Affter-Verleyhung producirt, mit Bitte, daß Gegentheil angehalten werde, selbige zu agnosciren oder jurato zu diffitiren, wodurch denn zwar das Factum der Afftervertleyhung des Zehenden erwiesen, nicht aber probirt, daß er ihnen verliehen, und sie also befugt gewesen, ihn zu afftervertleyhen, so Beklagten, weil selbiges Hr. D. Feurbach in Disput gezogen und contradicirt, zu docciren injungirt gewesen, deswegen er darauf nochmals angezeigt, daß die Affter-Verleyhung ohne seinen Befehl, Consens und Genehmhaltung geschehen, daher ihm keines weges præjudiciren könne, inmassen er selbige auch keinesweges agnoscire, sondern im Gegentheil erbiethig sey, dieselbe jurato zu diffitiren, zu dem Ende er seinem Procuratori specialen Gewalt Act. Num. 4. gegeben, den Eyd in seiner Seele abzuschwehren, welches zu thun dieser auch übernommen, und sich darzu wircklich offeriret den 18. Sept. 1699. Es sind auch Krecker und Arends per Procuratorem erschienen und angezeigt, daß sie den Zehenden absque jussu, consensu & mandato Hrn. D. Feurbachs verliehen und zur Affter-Leyhe aus Furcht lahm oder gar todt geschlagen zu werden gezwungen worden, so sie, da es nöthig, mit einem leiblichen Eyde betheuren wolten und könten. Welches zu erweisen Hr. D. Feurbach gewisse Articulos probatoriales cum nominibus testium & Directorio übergeben und gebeten, dieselbe dem Gegentheil ad interrogandum zuzustellen, und dann die ernandte Zeugen darüber zu examiniren; so geschehen, hätten nun Beklagte das widrige wollen probiren, das sie jetzo durch die exhibirte Articulos probatorios exceptionales intendiren, wäre ihnen obgelegen gewesen solches intra eundem terminum, oder wenigst ante publicata & didicita attestata testium ab Actore productorum werckstellig zu machen, weil sie aber solches nicht gethan, sondern sich beederseits den 29. Martii 1700. auf ausgelassene Citation ad publicationem Rotuli Examinis testium keine Zeugen mehr in dieser Sache verhören zu lassen erkläret und Abschrifft oder Communication der Zeugen Aussage verlangt, so auch beeden Theilen verwilliget besage Num. Act. 18. Kommen Beklagte jetzo mit ihrer contra priorem declarationem post publicata & didicita jam attestata testium ab Actore productorum gesuchten Zeugen-Verhör zu spath, und können nicht mehr darzu gelassen werden.

Constat enim facta publicatione Examinis testium & didicitis testificatis, regulariter super iisdem vel directo contrariis articulis eosdem vel alios testes amplius producere 2

ducere non licere, idque propter ſubornationis timorem.

c. fraternitatis. & c. ſeq. c. conſtitutis. 46. verſ. mandamus. X. de teſt. clem. 2. & ibi *gloſſ. eod.*

3 Et hoc adeo verum eſſe volunt, ut etiamſi per errorem quidam teſtis omiſſus ſit, poſtmodum tamen admitti non poſſit.

Rutger. Ruland. *de Commiſſ. & Commiſſ. p. 1. libr. 6. cap. 2. n. 8. ſeqq.* ubi cum peteretur tali caſu teſtes examinari, denegatam fuiſſe petitionem refert in cauſa *Clauß Fledern* contra *Alledorff* 12. Junii An. 1568. add. Berlich. *p. 1. Concl. 40. n. 1. ſeqq.* Brunnemann. *in Proc. Civil. cap. 20. n. 80. ſeqq.*

Es hat zwar dieſe Regul gar viele fallentias

4 relatas

à Berlichio *d. concl. 40. n. 2. ſeqq.* Brunnem. *d. 1.*

Es läſt ſich aber deren keine ad caſum noſtrum præſentem appliciren, deswegen wir der Regul hier ſo mehr inhæriren, als Bekl. ohnedem gleich ſub initium litis Hrn. D. Feurbach das Juramentum litis deciſorium deferiret, welches er auch acceptiret, und in ipſius ani-

5 mam abzulegen ſeinem Procuratori Gewalt gegeben, deswegen Bekl. ſolches zu revociren, und ſich der ordinar-Probation zu bedienen, nicht mehr frey ſtehet, ſondern müſſen Klägern das ihm deferirte und acceptirte Juramentum laſſen ablegen.

Effectus enim Juramenti judicialis delati & ſuſcepti eſt, quod ille, cui iſtud delatum eſt, & idem acceptavit, præciſe præſtare teneatur, nec deferens illud revocare & ordinariis probationibus uti poſſit,

arg. l. 5. C. de oblig. & act. Carpzov. *p. 1. c. 12. d. 3. & ſeq. 4.* it. *Proceſſ. tit. 11. art. 1. n. 54. ſeqq. 132. ſeqq.*

6 nam etſi illi cui hoc juramentum delatum eſt, antequam acceptavit & ſuſcepit, ejusdem præſtationem declinare liceat, ſi alio modo, teſtibus ſcil. vel inſtrumentis, intentionem ſuam probare velit, eoque caſu haud jurare cogatur, ſi intentionem ſuam aliter plene probaverit,

arg. C. 2. X. de probat. l. 30. pr. ff. de jurejur. Carpzov, *d. p. 1. c. 14. d. 14.* Franzk. *de jurejur. n. 60.*

7 attamen ſi jam ſemel jusjurandum delatum acceptaverit is, cui delatum, ipſe præciſe illud præſtare tenetur, nec ipſe conſcientiam ſuam aliis probationibus exonerandi licentiam habet, nec deferens etiam revocare iſtud amplius, & ad alias probationes confugere aut ſe offerre poteſt, niſi nova Inſtrumenta vel probationes aliæ ſupervenerint,

l. 11. C. de reb. cred. Carpzov. *p. 1. c. 12. d. 4. & d. tit. 11. art. 1. 135. ſeqq.* Moller. *3. Semeſtr. c. 3. n. 6.* Berlich. *p. 1. concl. 32. n. 3.*

aut in continenti alterum pejeraturum eſſe oſtenſurus ſit.

l. fin. de jurejur. Mev. *p. 2. dec. 93.*

Ac licet modo laudatus Mevius 8

p. 4. dec. 296. n. 3.

tradat jurament. hoc à deferente, etiam poſt acceptationem, revocari poſſe, quanquam nihil cauſæ ſit, quam quod quis probatione legitima veritatem propalare confidit, adducens pro ſua ſententia.

Umm. *Proc. Diſp. 14. concl. 11. n. 65.*

Ipſemet tamen ſibi contrarius tenetur & approbat communem ſententiam

d. p. 2. dec. 93.

ſub iſta allata limitatione, ſi deferens probare velit, illum, cui delatum, pejeraturum.

add. Brunnem. *ad l. 11. C. & ad l. 5. §. fin. ff. de jurejur. n. 9. 10.*

Welches dann 2) die Urſach iſt, warum wir zum andern erkandt, daß wann Kläger den ihm deferirten und ſchon acceptirten Eyd werde in Perſon oder durch ſeinen Gevollmächtigten Anwald wircklich abſchwören, und mittelſt deſſen erhalten, daß er dem Peter Krecken und Johann Ludolph Arends keine Commiſſion gegeben den Zehenden zu verleyhen, ſondern daß ſie ſich in Wißmar um Feld-verſtändige und des Zehendes erfahrne Leute bewerben und umthun ſollen, welche ihnen in Erhebung deſſen an Hand gehen möchten, ſie alſo wider den Befehl gethan, Beklagte ſchuldig ſeyn die Zehend-Früchte unter eydlicher Specification Hrn. Klägern zu reſtituiren; Denn obwohl Herr Kläger in ſeinen Replicis angeführt, und dieſe per teſtes zu beweiſen übernommen, daß, nachdem auf vorgangenes offentliches Fayl-Both die Gemeinde Wißmar vor den Zehenden gar zu wenig geboten, und mehr nicht denn 102. Achtel Korn und Gerſten geben wollen, darzu ſie ſich dem eingezogenen Bericht nach vorher vereiniget, deswegen er, Hr. Kläger, von dem Capitain Oberg die drey Theil Zehenden zu ſeinem einen Viertel übernommen, und dagegen ſothane Summ Früchten zu zahlen verſprochen, als er nun auf ſolche Weiſe den gantzen Zehenden gehabt, hab er Hr. Arends, Hr. Krecker und andere Leut mehr zu dem Ende nach Wißmar abgeſchickt, und etliche ihrer bevorſtehenden Bemühung halber anticipando bezahlt, daß ſie daſelbſt Feld-verſtändige ehrliche Leute, die des Zehendens kundig, ihnen in Einziehung deſſen an Hand zu gehen, um billigen Lohn dingen, und auf deſſen Erhebung fleiſſige Aufſicht mit halten ſollten. Weil aber ſolches Bekl. ungern geſehen, haben ſie ſich zuſammen vereiniget, daß keiner von der Gemeinde ihnen an Hand gehen, widrigen falls ihm Thor und Thür verſperret, gemeiner Gebrauch verſaget, und er in groſſen Ungunſten bey allen ſeyn ſolte, danebenſt haben ſie die abgeſchickte Zehendheber grauſam geſchändet, geſchmähet und bedrohet, daß wann ſie nicht würden aus dem Felde weichen, ſie mit Stangen und Prügeln herausgetrieben und geſteini-

steiniget werden sollten, wodurch denn Krecker und Arends gezwungen worden minus malum zu eligiren, und der gemeinen Wuth und anscheinenden Gefahr der Bauren lieber zu weichen, und alles gehen zu lassen, wie es gewolt, als lahm oder gar todt geschlagen zu werden, wie davon ad Art. 38. Testis primus testirt, mithin seyn sie genothdringet worden, den Beklagten, was sie nur gewolt, zu accordiren, und ihnen den reichen Zehenden vor 75. Achtel wider Willen zu überlassen, ohnerachtet sie darzu weder Befehl noch Gewalt gehabt; Welche Vorgegebene durch beklagte beschehene Hindernis im Selbst-Einzug, und harte Bedrohung der von Klägern zu Erhebung des Zehendens nacher Wißmar geschickten Leute, samt der damit erzwungenen und abgedrungenen Verleyhung und Uberlassung des Zehendens, zimlicher massen durch die eydliche Aussage der Giesischen in Num. Act. 14. abgehörten Zeugen, die mehrers bestärcket ist per depositionem Testis. 4. & 5. ad Art. 5. 6. 7. 38. 39. 42. Num. Act. 12. ja allerdings plene probirt ist, so, daß es fast des abschwörenden Juramenti nicht bedürffte; Nichts destoweniger so haben wir doch zu mehrer Sicher- und Gewißheit der Sache, und wann man ja noch erachten solte, daß Klägers Intention annoch ichtwas am Beweis abgienge, solches durch das von Bekl. Actori gleich von Anfange selbst deferirte und von ihm bereits acceptirte Juramentum völlig ersetzt würde, ex abundanti Hrn. Klägern den vorhin schon acceptirten Eyd wircklich in Person oder durch seinen gevollmächtigten Procuratorem, adversariis in id consentientibus, abzuschwören auferleget, dazumal ja keiner besser als Hr. Kläger weiß und sub fide juramenti ipsi delati davon zeugen kan, ob er dem Krecker und Arends den Zehenden quæstionis zu Wißmar verliehen, oder ihnen Macht und Gewalt gegeben habe denselben zu verleyhen, oder nicht; Solte aber der Gegentheil nicht wollen drein willigen, daß es durch den von Hrn. Klägern constituirten und speciali mandato dazu instruirten Procuratorem abgelegt würde, müste es Hr. Kläger zwar
9 in Person abschwören,

Nam juramentum hoc ab ipso Principali, coram Actis, præsente adversario vel ejus Procuratore, præstandum est

l. 12. §. 4. C. de reb. cred. Setser. *de juram. lib. 4. c. 3. n. 23. seq. n. 42.*

10 Si tamen ab initio ipsi Procuratori delatum, vel deferens postea consentiat, tunc etiam per Procuratorem præstari potest.

l. 9. §. 6. ff. de jurejur. Brunnem. *in Proc. cap. 23. n. 21.* B. D. Lauterbach. *Tract. Synopt. de juram. §. 5. n. 88.*

Doch weil er als ein Doctor inter egregias personas referirt wird, welche darinn privilegirt seyn, ut non teneantur ipsæ in judicium venire, sed ad eas à judice quispiam mittendus sit, qui ab iis juramentum in propriis ædibus excipiat.

l. 15. ff. de jurejur. B. D. Lauterbach. *d. §. 5. n. 88.* Menoch. *de Arbitr. jud. quæst. lib. 2. cas. 70.* ubi pluribus declarat, quæ personæ egregiæ sint. De Doctoribus, Licentiatis post alios vid. Brunnemann. *ad d. l. 15. n. 2.* Setser. *de Juram. lib. 3. cap. 7. n. 8.* Harprecht. *ad §. 5. Inst. de jur. pers. n. 40.*

Würde hoc casu dieses auch beobachtet, und jemand zu Hrn. Klägern deputirt werden müssen, der das Juramentum von ihm in seiner Behausung abnehme. Legt er nun in Person oder durch seinen Anwald den Eyd ab, so kan ihm als Zehend-Herrn nicht denegirt werden, den mittelst solcher unverantwortlicher Proceduren durch dergleichen Gewalt extorquirten Zehenden von dem Bekl. zu repetiren, und wieder zu fordern, was sie von seinen abgeschickten Zehendhebern also per vim erpreßt haben, so mehr als er gleich, so bald die nach Wißmar geschickte Zehendheber ihme von dem, was geschehen, Relation erstattet, ihnen ihre Timidität und unbevollmächtigtes unbefugtes Verfahren verweisen, solches durchaus nicht gut geheissen, sondern dagegen quæcunque reservanda reservirt, auch dem Mit-Beklagten Joh. Wilhelm Peplern in Gegenwart ehrlicher Leute unter Augen gesagt, daß er dergleichen Gewaltthat via juris vindiciren, gehöriger Orten klagen und Satisfaction suchen würde, ingleichen gegen Hn. Pfarherrn von Wißmar und Johann Dietrich Feurbachen von Wißmar Sohn gemeldt, daß Bekl. nicht der geringste Halm verbleiben solte, sondern er den Zehenden in natura von ihnen restituirt haben wolte, weiter Protestationes bey den Bekl. einzulegen hat er nicht nöthig noch thunlich befunden, damit er nicht dadurch nur 11
zur Vertuschung der Zehend-Früchten Ursach und Gelegenheit ihnen geben thäte, ist auch darzu nicht verbunden gewesen, sondern hat wohl ohn einig ihm dadurch zuwachsendes Præjudiz. weil man zumal schon wircklich in der Ernd und Einzug begriffen gewesen, geschehen lassen können, daß Bekl. die Zehend-Früchte eingescheuret, salvo jure Domini Actoris.

arg. l. §. 25 ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solvit. l. 8. §. 1. de Procurat. l. 142. de R. J. Dn. D. Lauterbach. *Disp. de voluntat. th. 13. n. 9.*

Und sind, dessen ungeachtet, Beklagte schuldig und gehalten, die solch unbefugter Weise eingeheimßte Zehend-Früchte Hrn. Klägern, dem sie de jure gehören, zu restituiren, neben den ihm verursachten Gerichts-Kosten, darzu wir sie also billig condemniret durch obstehende Urtheil.

Hergegen haben wir sie 3) von der zugleich wider sie intentirten Actione injuriarum æstimatoria ad pœnam ducentorum Thalerorum, quibus injuriam sibi factam æstimavit 12
Dn. Actor, instituta absolvirt, weil wir nicht finden noch erachten können, daß diese solte fundirt und in suis requisitis, quæ sunt, ut 1. aliquid dictum vel factum sit

l. 1. §. 1. l. 15. §. 10. ff. de injur.

2. In

2.) in alterius actionem hanc intentaturi contumeliam vel contemptum, 3.) eo animo, eaque intentione & fine, ut ipsius fama, existimatio vel dignitas lædatur, ipseque ludibrio habeatur.

l. 3. §. 1. de injur. l. 34. pr. de oblig. & act.

probirt seyn, denn in Actis nichts erwiesen, daß in ipsius Dni Actoris contemptum & contumeliam injuriandi animo geschehen wäre, der Ursach wir Beklagte von dieser Action loßsprechen und absolviren müssen.

Welches wir zu verlangter Rechtl. Nachricht dienstlich nicht verhalten sollen, salvo de cœtero cujusvis aliter sentientis judicio, nechst Versicherung unserer stets bereitwilligsten Dienstgefliessenheit verharrende. Actum in Collegio nostro den 25. Sept. 1700.

Unserer groß. Hochgeehrten Herren

dienstbereitwillige

Decanus und andere Doctores der Juristen-Facultät bey Fürstl. Würtemb. Universität zu Tübingen.

CONSILIUM XCVIII.

IN

Puncto Actionis subsidiariæ in factum ex L. Aquilia. Item Expensarum Litis.

SUMMARIA.

1. Sententia.
2. Qui se pro commune coheredum Procuratore gessit, juste convenitur & condemnatur.
3. Quid requiratur, ut actio L. Aquiliæ in factum subsidiaria locum habeat?
4. seqq. Ea requisita ad factum applicantur.
8. Ad alienandum res tertii requiritur speciale mandatum.
9. Qui cum aliquo contraxit, non ignarus esse vel fuisse debuit conditionis ejus, cum quo contraxit, unde antequam contrahat, caute & diligenter agat in perscrutandâ conditione & qualitate alterius, an facultatem habeat contrahendi annon.
10. In iis, quæ scire possumus, & ignorare non debemus, factum cuique suum nocet.
11. Qui mutuum dedit filiof. ei petenti tamen obstat SCtum Macedonianum, etiamsi dicat se ignorasse, illum fuisse filiumf.
12. Itidem ille, qui minori, etsi ignorans, mutuum dedit, quod hic male consumsit, datum repetere non potest.
13. Pariter ille, qui contraxit cum aliquo tanquam socio mercatoris, cujus tamen societas jam est finita, sibi nocet.
14. Idem dicitur de creditore acceptante debitorem non solvendo existentem, vel admittente fidejussorem non idoneum.
15. Damnum quod quis sua culpa sentit, sentire non intelligitur.
16. Nec inde damni hujus nomine actionem aliquam habet adversus alium.
17. Victus victori regulariter in expensas condemnandus est.

Urtheil.

1 IN Sachen Rechtens Unsers Cam. Raths Ernst Friderichs von Flemming, Klägern eines; entgegen und wider Matthäus Christian Vahlen Beklagten andern Theils, erkennen und sprechen von GOttes Gnaden Wir Friedrich der dritte, Marggraff zu Brandenburg, des Heil. Röm. Reichs Ertz-Cämmerer und Chur-Fürst, ꝛc. ꝛc. ꝛc. auf geführte Klag, Antwort, und all ander Gerichtliches Fürbringen, auf eingeholten Rath auswärtiger unpartheyischer Rechts-Gelehrten, mit Urtheil zu Recht, daß Beklagter von der wider ihn erhobenen Klag (ausser den ersten Puncten, worinn er Satisfaction zu geben sich willig erklärt, dabey es also bleibe) lediglich zu absolviren und zu entbinden, Kläger auch dem Beklagten die in dieser Sache aufgewandte Unkosten Richterl. Mäßigung nach zu erstatten schuldig und verbunden sey. Als wir dann Beklagten hiemit von der wider ihn angestellten Klag absolviren und entbinden, hergegen Kläg. zu Erstattung der in dieser Sache aufgewandten Unkosten condemniren.

RATIONES SENTENTIÆ.

DJe Ursachen, so uns zu Abfassung vorstehender Urtheil bewogen, kürtzlich anzuführen, bestehen selbige hauptsächlich darinn:

2 Daß 1.) hier actio subsidiaria in factum ex Lege Aquilia von Herrn Klägern angestellet, indem er Beklagten belangt zu Ersetzung des Schadens, worinn er ihn gebracht dadurch, daß er sich bey der den 27. 28. August. 1697. zu Pempelow vorgewesten Commission, davon das Protocollum pag. Act. 36. seqq. beyliegt, pro Procuratore der Vanselowischen und Meyerischen Erben ausgegeben und ihme Klägern nicht nur sein eignes besessenes Drittheil, sondern auch der Vanselowischen und Meyerischen zwey Drittheil an dem Gut Pempelow als derselben Gewalthaber zugleich mit verkaufft, mithin also Ursach gewesen, daß er in den pag. Act. 2. & 19. seqq. specificirten Schaden gekommen, deswegen er ihm denselben billig zu ersetzen.

arg. eorum quæ tradit Mev. *p. 3. dec. 99.* ubi dicit, quod qui se pro communi coheredum suorum Procuratore gessit, justè conveniatur & condemnetur.

3 Diese actio in factum subsidiaria aber fundiret sich 1.) in damno pecuniario, quo alterius patrimonium diminuitur

l. 3. ff. de damn. infect. §. 4. 9. 13. Inst. ad L. Aquil.

2.) dolo vel culpa R. quomodocunque dato

§. 2. 3. seqq. Inst. d. t.

4 Welche requisita Herr Kl. zwar in seinen Vortragen hier vor gantz richtig und erwiesen hält, indem daß zu Pempelow gehaltene Protocoll pag. 16. seiner Meynung nach klar besage, daß nachdem er Herr Kläger dem Beklagten damalen exceptionem legitimationis opponiret und urgiret, daß sich Citati, so Beklagter, die Vanselowische und Meyerische, gebührend legitimiren sollten, Beklagter geantwortet: daß er nicht allein Principalis sondern auch vor sich und im Namen der übrigen Interessenten, wovon er allemal Vollmacht gehabt und noch habe, zugegen sey, und der Pastor Jacquetius gleichfalls bey seiner Abreise ihm alle gehabte Urkunde und Probationes gelassen, anbey aufgetragen alles bestens zu observiren. Welche Legitimation dann er Hr. Kläger acceptirt, und darauf sich ferner mit ihm in der Güte eingelassen, da Beklagter ihm nomine der gesammten Interessenten das gantze Gut pro 2900. fl. verkaufft auf Michaelis den Kauff-Schilling zu bezahlen, dagegen das Gut zu geniessen und die Pension davon zu heben ꝛc. Weil er sich nun bemühet den bedingten Kauff-Schilling zu Folge des Verglichs aufzubringen, solcher aber von den Vanselowischen und Meyerischen nicht angenommen werden wollen, habe er ihn im Gericht deponiret, und sey also von Beklagten, eo ipso, daß er sich pro communi Procuratore ausgeben, & tanquam talis ihm das gantze Gut verkaufft, hernach aber nicht gewehrt, wo nicht dolus, doch eine grosse culpa committirt, auch er Kläger dadurch in den specificirten Schaden gesetzt worden.

Allein obwohl das erste requisitum sich finden und in der Wahrheit also ergeben mag, 5
daß Hr. Kläger einigen Schaden und Nachtheil davon erlitten, daß er von dem im Gericht deponirten Geld keinen Nutzen gehabt, so er doch erlangen können, wann ers auf Zinsen ausgeliehen, oder daß er davon Zinsen zahlen müssen, wann ers entlehnet; So stehet es doch an dem andern Requisito gewaltig an, und ist durchaus nicht erwiesen, daß Beklagter ursach an dem erlittenen Schaden, oder daß selbiger ipsius dolo vel culpa causirt worden sey, massen sich aus dem Protocollo ergiebt, daß der Herr Kläger die Commission wegen des zwischen ihm und den Citatis gewesenen Grentz-Streits, so dann wegen Aufnahm einiger Ayde extrahiret, und darey sich jetziger Beklagter als Principalis suo nomine, im Namen der übrigen Vanselowischen und Meyerischen Interessenten aber Herr Jacquetius Pastor als bevollmächtigter Procurator præsentirt und legitimirt, denn die Worte in dem Protocoll also lauten: Die begehrte Legitimation anlangend, sey selbe unerheblich, weil nicht allein Herr Matthias Vahl Principalis, und Hr. Jacquetius vor sich und im Namen der übrigen Interessenten, wovon er allemal Vollmacht gehabt und noch habe ꝛc. & paulo ante: Obschon einige Articul gestern Abend spath, da schon der Herr Pastor Jacquetius als Gevollmächtigter der andern Interessenten wieder weggefahren, insinuiret ꝛc. Woraus klar und offenbar, daß sich Hr. Vahl bey solcher der Grantz-Strittigkeit halber ausgewürckten Commission weiter nicht als auf sein in dem Gute ihm zustehendes Drittheil in Person sistiret und legitimiret, wegen der Vanselowischen und Meyerischen, denen die übrigen zwey Tertien am Gut Pempelow gehört, Hr. Pastor Jacquetius Vollmacht gehabt, und sich in deren aller Namen dabey gestellet, aber dazumal schon wieder abgereiset gewesen, doch alle bey sich gehabte Urkunden und Probationes hinterlassen, solche durch den mit Hrn. Vahlen gemeinsam gehabten Advocatum in der Grentz-Strittigkeit produciren zu lassen, und alles bestens zu observiren, daß darinn nichts zu ihrem Nachtheil verhänget würde, so auch geschehen, und von Hrn. Vahlen fleißig beobachtet worden, weiter aber hat er sich nichts angemasset, dann nicht das geringste Wort im Commissions-Protocollo davon zu befinden, daß er sich als einen von allen bevollmächtigten Gewalthaber Procuratorem angegeben haben sollte.

Gestal-

6 Gestalten solches auch aus dem, daß in demselben von der Citatorum Advocato ad pennam gegeben, daß Hr. Jacquetius bey seiner Abreiß alle Urkunden und Probationes gelassen und Hrn. Bahlen aufgetragen alles bestens zu observiren, noch aus der gegentheiligen Advoti acceptation, nicht kan erzwungen werden, wie Hr. Bahl in seinem Exhibito vom 30. Jan. 1700. pag. Act. 6. und in seiner Conclusion pag. Actor. 31. zur Gnüge und überflüßig remonstriret, uns darauf geliebter Kürtze halber beziehend, folglich wird hier impertinenter applicirt decisio Mevii part. 3. dec. 99. ubi ipse loquitur de herede, qui omnium cæterorum coheredum nomine tanquam Procurator se liti obtulit, eamque susceptit, & Procuratoris instar per litis contestationem dominus litis semel factus est, rerumque hereditariarum possessionem & administrationem habuit; Deren allen keines hier von Hrn. Bahlen erwiesen noch gesaget werden mag.

7 Hätte sich nun Hr. Kläger mit Hr. Bahlen, von dem er doch gewußt, daß er nur das dritte Theil am Gut Pempelow habe, und der nie von den andern Vanselowischen und Meyerischen Interessenten kein Gewalt gehabt, noch das geringste von ihnen schrifftlich eo nomine aufweisen können, auch sich nie vor ihren Gewalthaber ausgegeben, so weit eingelassen, daß er mit ihm ohnhabenden Gewalt einen Kauff des gantzen Guts Pempelow geschlossen, so hätte ers ihm selber zu imputiren, daß er so unvorsichtig hineingegangen, und mit ihm einen Kauff über das gantze Gut getroffen, da er doch gewußt, daß ihm nur der dritte Theil daran gehört, auch wissen können und sollen, daß er der übrigen Interessenten zwey Drittel nicht alieniren und verkauffen mögen oder können, weil er dazu kein Gewalt von ihnen aufzulegen ge-
8 habt, ad alienandum aber ein speciale mandatum von nöthen gewesen, so Beklagter oder dessen Advocatus selbst bey der Commission gemeldt, da der Herr Commissarius von Verkauffung des Guts zu sprechen angefangen, deswegen auch Beklagter die Vorschläge ad referendum angenommen, wann er also mit ihm absque requisito mandato contrahirt, wäre es Herrn Klägers eignes unverantwortliches Ubersehen, und eine grosse Unvorsichtigkeit, daß er darauf die Gelder gleich Gerichtlich hinterlegt und die Vanselowischen und Meyerischen zwingen wollen, daß sie nolentes volentes ihm das Gut überlassen und abtreten sollen, hätte sich also in den Schaden selbst propria sua culpa gestürtzet.

9 Qui enim cum alio contraxit, non ignarus esse vel fuisse debuit conditionis ejus, cum quo contraxit, proinde antequam contrahat, cautus & diligens sit in perscrutanda conditione & qualitate ejus, cum quo vult contrahere, num facultatem contrahendi habeat vel non.

l. 19. ff. de reg. jur.

10 in iis namque quæ scire possumus & ignorare non debemus factum cuique suum nocet.

l. 3. ff. de SCt. Macedon. l. 48. ff. de fidejuss.

Eapropter propriæ alicujus negligentiæ & culpæ adscribitur, si male contraxit sine prævia perscrutatione & inquisitione conditionis secum contrahentis. Hinc dicimus quod 11
is, qui mutuo dedit pecuniam filiofamilias, mutuum non possit repetere, obstante ipsi SCto Macedoniano, etsi dicat, se ignorasse illum fuisse sub patria potestate, cum id scire potuit atque debuit.

l. pen. ff. de SCt. Maced.

Et idem dicimus de eo, qui minori mu- 12
tuo dedit, ut eadem ratione repetere nequeat pecuniam illi mutuo datam, si eandem male consumpsit.

Glossa *in l. Titius. ff. de fidejussor.*

Porro idem statuitur in eo, qui contrahit 13
cum socio mercatoris, quorum societas jam finita fuit, nam sibi imputare debet, quod non inquisiverit in qualitatem societatis, & se ex actis informaverit de istius conditionibus.

Paul. de Castro *in l. 1. §. non autem. vers. item alios consului. ff. de exercit. act.* Decius, Cagnol. & alii *ad d. l. 19. de reg. jur.*

Et simile est, quod subjungit Decius *ibid.* 14
n. 3. imputandum esse propriæ creditoris negligentiæ, qui acceptavit debitorem non solvendo existentem, quia debuit ejus conditionem perscrutari, idemque de recipiente & admittente fidejussorem minus idoneum facultatibus, sibi enim præjudicat, imputareque debet, quia idoneum probare videtur.

l. 3. ff. de fidejussor.

Weil aber moraliter einer keinen Schaden 15
zu leiden erachtet wird, wann er selbst in Schuld ist, so folgt, daß Hr. Kläger wegen des ihm propria sua culpa accersirten Schadens keine Action wider den Beklagten competire.

Damnum enim, quod quis sua culpa sentit, moraliter eum sentire non videri expresse ait JCtus Pomponius

in l. 203. de reg. jur. ibi Sanden. Mev. *p. 1. dec. 221. n. 7.*

Ex quo utique non potest non sequi, quod 16
damni hujus nomine, quod quis sibi propria sua culpa accersivit, actionem non habeat contra alium.

l. 11. pr. ff. ad Leg. Aquil. Sand. *d. l. in fin.*

Und zwar solches so weniger, als Besage des Commissions-Protocolli nicht einmal ein richtiger, vollständiger und perfecter Verkauff des Guts Pempelow getroffen und geschlossen worden, wie es unmöglich seyn können, weil niemand zugegen gewesen, der darzu von den Vanselowischen und Meyerischen wäre bevollmächtigt und speciali mandato versehen gewesen, sondern

nachdem der Herr Commissarius alle Mittel tentirt die zwischen den Partheyen entstandene Grentz-Strittigkeit, derentwegen hauptsächlich die Commission ausgebeten war, in der Güte zu heben und beyzulegen, und nichts anschlagen wollen, hat er endlich die Sache aus dem Grunde aufzuheben den in Ao. 1686. den 18. Dec. schon einmal in Vorschlag gekommenen Handel und Verkauff des gantzen Guts an den Hrn. Kläger wieder auf die Bahn gebracht, da dann bloß eventualiter ein Kauff auf 2900. fl. anstatt der vormals gebotener 2800. fl. sub spe rati & grati abgeredt worden, wie das Protocoll selbiges überflüßig bezeuget, und unmüglich anders kan angenommen werden. Daß nun hierauf Hr. Kl. so füreilig gewesen, und das anerbotene pretium der 2900. fl. vor völligem Schluß und Ratification des eventualiter abgeredten Contracts Gerichtl. hinterlegt, mithin die abwesende Parthey zum Verkauff ihrer Antheil an dem Gut par force zwingen wollen, hat er fürwahr niemand als ihm selber zu imputiren, und ist er einig und allein Ursach seines erlittenen Schadens, muß also denselben selbst tragen, und kan ihn an niemand anders suchen, folglich hat unmöglich von Uns eine andere als vorstehende absolutoria Sententia in hac causa abgefasset werden können. Und weil Hr. Kläger also sine actione ipsi de Jure contra Reum competente agiret und experiret, wir auch keine einige in Rechten gegründete Ursach expensas 17
compensandi gefunden, haben wir der gemeinen Rechts-Regul, quæ vult, ut victus victori in expensas condemnetur, proposita

in l. 13. §. 6. C. de judic. ibi Brunnem. Temmen. *de Expens. c. 8. Sect. 4. per tot.*

inhæriren und insistiren müssen.

Welches wir zu verlangter Rechtl. Nachricht, salvo meliori cujusvis judicio, dienstlich nicht verhalten sollen. Actum in Collegio nostro den 3. Febr. 1701.

CONSILIUM XCIX.

Ab Emptione perfectâ an & quomodo partes recedere possint?

SUMMARIA.

1. *Sententia.*
2. *Ab emptione venditione perfecta neutri parti sine consensu alterius recedere licet, quamvis etiam per Principis Rescriptum uni ex illis id permitteretur.*
3. *Neque etiam fiscus hic ullum habet Privilegium.*
4. *Nec, etiamsi venditor emptori duplum pretium offerat, hic id invitus acceptare, & à contractu discedere tenetur.*
5. *Nec si alter pœnam offerat & arrham relinquat pœnitentia unius hic contractus dissolvitur.*
6. *In alterius, qui ad pœnam agere potest, arbitrio est, an ad hanc, an vero ad implendum contractum agere velit.*
7. *Pœna adjecta conditionem & naturam conventionis non immutat, neque contractum suâ natura irrevocabilem facit revocabilem.*
8. *Instrumentum trium testium subscriptione munitum vim habet Instrumenti Publici.*
9. *Liberi contractus parentum viventium impugnare non possunt, ubi nullum habent jus quæsitum.*
10. *Ab emptione simpliciter perfecta partes mutuo dissensu, etiam tacito jure permittente recedere possunt.*
11. *Interest tamen an res adhuc sit integra, an non?*
12. *Priori casu sufficit nudus consensus ad dissensum, posteriori requiritur reductio causæ in priorem statum.*

Als uns Decano und andern Doctoribus der Juristen-Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Würtemberg. Universität Tübingen hiebey wieder zurückkommende wenige Acta in Sachen sich haltend zwischen Ahasverus Ketlern, Pauckern unter Hrn. Obristen von Göden Regiment Imploranten eines; entgegen und wider Engelhardt Hewershausen Bürgern und Schneidern zu Hertzberg Imploraten andern Theils zugesand worden umb unser Rechtl. Gutachten darüber zu erstatten; So haben wir nicht ermangelt solche Acta gleichbald unter Handen zu nehmen, mit Fleiß zu durchgehen und der Gebühr nach zu erwegen, da wir dann in Collegialischer Deliberation einmüthig dafür gehalten, daß in dieser Sach nachstehende Urtheil, die wir den Rechten und der Sach gemäß erachten, auch im Fall obhabenden Richterlichen Amts selbst zu eröffnen und zu exequiren kein Bedencken tragen wollten, zu publiciren.

Urth.

Urtheil.

1 IN Sachen Rechtens sich haltend zwischen Ahasvero Kettlern Pauckern unter Hrn. Obristen von Gœden Regiment Imploranten eines, entgegen und wider Engelhard Hewershausen Bürgern und Schneidern Imploraten andern Theils, wird auf Summarische Klag, Antwort, und all ferner Fürbringen, auf eingeholten Rath auswärtiger unpartheyischen Rechts-Gelehrten hiermitzu Recht erkannt, daß beede Contrahenten den geschlossenen und Obrigkeitlich confirmirten Kauff und Verkauff des Hauses und Gartens quæstionis, mit würcklicher Einraumung des Hauses und Gartens, auch Bezahlung des bedingten Kauff-Schillings zu vollziehen schuldig und verbunden, und kein Theil wider des andern Willen, davon abzugehen und den Contract zu widerruffen befugt sey. Wollten aber beede Theil mit einhelligem Belieben denselben wieder aufheben, und was bereits darauf gegeben, einander cum interesse restituiren, bleibt ihnen solches unverwehrt, und mögen sie selbiges gleichwol thun.

Die Ursachen so uns moviret also zu sententioniren, sind aus folgendem abzunehmen.

2 Daß wir 1.) erkannt, daß beede Contrahenten den Contract zu adimpliren und zu vollziehen schuldig, und keiner von ihnen wider des andern Willen davon abgehen, und denselben widerruffen möge, dessen ratio bestehet in communissimo & indubitato Juris principio,

Quod ubi Emptio venditio perfecta, & bona fide inita, quando nempe partes dolo haud inductæ, nec circa ipsa contractûs substantialia intervenientè errore deceptæ, sed integrâ, seriâ, ac liberâ voluntate, purè de certâ re pro certo pretio tradendâ consenserunt, neque emptor, neque venditor, altero invito, ab inito contractu discedere ac resilire possit, licet Principis rescriptum uni contrahentium, altero invito, ab emptione recedere permittat.

pr. Inst. de empt. vend. l. 3. l. 12. C. de rescind. vend.

3 Quod porro in tantùm verum est, ut nec Fiscus Principis à contractu jam perfecto, altero invito, recedere valeat

d. l. 3. C. de rescind. vend.

4 nec si venditor emptori duplum offerat pretium, id invitus acceptare & à contractu perfecto discedere cogatur

l. 6. C. d. t.

5 Ulterius emptione venditione semel perfectâ adeò non invenit locum pœnitentia unius, ut nec arrhæ amissione, aut mulctæ pœnitentialis solutione, emptor, invito venditore, à contractu resilire possit, ac contra.

6 Non enim alter invitus idipsum admittere tenetur, ut alter oblata pœna abeat, sed in ejus arbitrio est, an ex contractu ad eundem implendum agere, an vero pœnam accipere velit

arg. l. 10. §. 1. ff. de pact. l. 40. C. de transact.

Neque pœna adjecta conditionem & naturam conventionis immutat, neque contractum sua natura irrevocabilem facit revocabilem.

Mudæus *ad l. 71. ff. pro soc.* B. D. Lauterbach *Disp. de Pœna convent. c. 9. th. 66.* Carpzov. *lib. 5. R. 23.*

Daß aber der zwischen Ahasvero Ketlern und Engelhardt Hewershausen über diß Hauß und Garten umb 200. Rthl. in Beyseyn dreyer Zeugen getroffene Kauff ehrlich und aufrichtig also bona fide sine omni dolo & fraude, liberaque voluntate pure völlig geschlossen und zu seiner perfection gekommen zeiget beedes 8
des Hewershausen seine eigne Gerichtliche gutwillige Bekänntniß, und das darüber aufgerichtete und nicht allein von den Contrahenten, sondern auch von den dabey geweßten dreyen Zeugen zugleich mit unterschriebene Instrumentum, welches wegen der drey Zeugen Subscription quoad effectum einem Instrumento Publico allerdings gleichet, und also ob concurrentem præsertim rei confessionem contractum b. f. initum & perfectum plenissime probirt

per l. 11. C. qui pot. in pignor. & tradita Dd. *ibid.* add. Mev. *p. 5. dec. 157.* Vincent de Franchis *dec. 95.* Trentacinq. *lib. 2. var. resol. tit. de fid. instrum. resol. 12.*

Demnach das gemeine Juris Principium dabey unzweifflich anschlägt, daß die Contrahenten solchen zu vollziehen schuldig, und keiner davon wider des andern Willen weichen und abgehen könne; wird auch vergeblich der Kin- 9
der Præjudiz vorgeschützet, denn dieselben jetzo bey Lebzeiten der Eltern kein Jus quæsitum haben, deswegen sie den Contract über der Eltern Hauß verhindern können.

Daß wir 2.) in der Urtheil angehängt und exprimirt, daß wann sie beede Contrahenten mit einmüthigem Willen und Belieben den Contract aufheben wollen, solches ihnen frey stehe, wann nur Implorat dem Imploranten restituirt, was dieser jenem schon darauf bezahlt und sonst wegen des Contracts ausgelegt, dazu hat uns veranlasset, daß wir beobachtet, daß Implorant zuletzt geschienen auch selbst dahin zu incliniren, daß er von dem Contract wie- 10
der abgehen wollte, und gründet sich dieser Anhang in æque vero & notissimo Juris principio,

Quod partes contrahentes etiam à perfecta emptione venditione ceu contractu consensuali mutuo dissensu non tantum expresso, sed tacito quoque, jure permittente, libere recedere possint

l. 3. l. 5. §. 1. ff. de rescind. vend. & quand. licet ab empt. reced. l. 58. ff. de pact. l. 80. ff. de solut. l. 1. C. quand. lic. ab. empt. reced. §. fin. Inst. quib. mod. toll. oblig. Dd. ad *D. txx.* Joh. Petr. Surdus *Cons. 136.*

11 Interest vero num res adhuc sit integra, puta nec pretium solutum ex parte emptoris, nec res ex parte venditoris tradita, licet arrhæ datæ sint vel fidejussor intervenerit

l. 2. l. 3. ff. de rescind. vend. & qu. lic. ab empt. reced.

an jam integra esse desierit seu horum aliquid jam tum subsecutum sit. Priori casu 12
nudus consensus partium de venditione dissolvenda sufficit, cum nudo consensu contracta sit emptio venditio

arg. l. 35. ff. de reg. jur.

Posteriori vero casu oportet insuper accedere retrotraditionem illorum, quæ hinc inde præstita sunt.

l. 1. C. qu. lic. ab empt. reced. l. 58. ff. de pact. ibi Brunnem. & alii Dd.

Woraus sich also zur Gnüge die Urtheil selbst justificiret, welches wir zu verlangter Rechtlichen Nachricht salvo quovis meliori dienstlich nicht verhalten wollen. Actum in Collegio nostro den 8. Febr. 1701.

CONSILIUM C.

Juramentum judiciale an in causa testamenti, quod metu & importunis persuasionibus extortum dicitur, locum habeat? Item nuptiæ invitis parentibus & cum indignis personis initæ, an sint justa exheredationis causa? & de probatione causæ exheredationis.

SUMMARIA.

1. Sententia.
2. Quodlibet testamentum debitis cum solennibus & libera testantis voluntate factum esse præsumitur.
3. Juramendum judiciale est, quod pars parti in judicicio defert, judice combante, directe litis decidendæ gratia, ita ut deferens adversarium in propriâ causâ faciat testem & judicem.
4. Hoc si præstitum fuit, loco justæ probationis est, & sequitur id sententia juramento conveniens, quæ eandem, vel majorem, vim habet, ac res judicata.
5. Ab ea sententia neque perjurii prætextu appellare licet.
6. Quando tamen appellare ab ea liceat, & quo cum effectu?
7. Non omnis testatoris declaratio favorabilis pro institutis excludit exceptionem testamenti per importunas preces & persuasiones extorti.
8. Quilibet actor vel reus ad probandum obstrictus, si probare suam intentionem vel exceptionem nequeat, adversario juramentum judiciale cum effectu deferre potest, sive deferens nihil adhuc planè probaverit, neque ullâ præsumptione juris adjuvetur, sive probaturus in probatione defecerit.
9. Doctrina Carpzovii & aliorum Dd. in causa testamenti, quod metu & importunis sollicitationibus extortum dicitur, delationem juramenti non habere locum, refertur.
10. Rationes horum Dd.
11. Hæc Dd. sententia refellitur, & juramenti judicialis delationem in quibuscunque causis & actionibus civilibus, realibus & personalibus, rei persecutoriis & pœnalibus, petitoriis & possessoriis, reg. locum habere, asseritur.
12. Neque etiam ejusmodi causas, ex quibus & criminaliter & civiliter agi potest, esse exceptas, probatur.
13. Imo nec in causa merè criminali, modo pœna ibi sit pecuniaria, hanc juramenti delationem excludi.
14. Eorum superstitio non attentenda, qui malunt damnum pati, quam juramentum præstare, sed ratio habenda publicæ utilitatis, quæ suadet, ut lites per juramentum citò expediantur.
15. Effatum Justiniani Imp. in L. pen. C. delegat. Contra hereditatum alienarum vultures, & ultimarum voluntatum aucupes.
16. Subsistente Carpzovii doctrina, vix ullibi ad juramenti judicialis delationem apertum fore aditum, demonstratur.
17. A negatione relationis juramenti ad negationem delationis nullam esse consequentiam.
18. Juramenti delatio, in causis præsertim difficilis probationis, favorabilis est, & benigna interpretatione adjuvanda potius quam restringenda.
19. Brunnemannus & Kurrerus contra Carpzovium adducuntur.
20. Carpzovii alia sententia, de juramento purgationis, heredi suspecto à judice deferendo, semiplenam probationem prærequirente, notatur.

12. Nu-

21. Nuptiæ clandeſtinæ i. e. ſine conſenſu parentum, in quorum poteſtate ſunt contrahentes, & moribus hodiernis ac Jure Prov. Pomeran. Ulter. in genere parentum, ipſo jure nullæ ſunt.

22. Pater filiæ, quæ ipſo inſcio aut invito ante annum 25. ætatis nubit, dotem dare num cogatur? Negativa.

23. Negativa hæc probata in Jure Würtembergico.

24. Et Conſtitutione Brandenb. Pomer. de feudis & dotibus in eo caſu, quo filia nobilis viro nubit ignobili inferioris ſortis & conditionis.

25. Doctorum, qui quæſtionem num. 22. affirmant, communis limitatio: niſi filio indigno plane nupſerit contra familiæ dignitatem & honeſtatem.

26. Seqq. Ejuſmodi nuptias, invitis parentibus initas, non eſſe cauſam juſtam exheredandi tales liberos, probatur.

29. Quæ ſententia communiter eſt recepta, idque ſive filia invitis parentibus nubat digno, ſive indigno.

30. In Saxoniâ aliud conſtitutum.

31. Ubi ſpecialiter aliud non conſtitutum, ibi obtinet Jus Commune.

32. Cauſa exhæredationis alias juſta, teſtamento inſerta, etiam magna aſſeveratione à teſtatore ſit firmata, præterea legitime debet ab heredibus inſtitutis probari.

Urtheil.

1 IN Reſtitutions-Sachen ſich haltend zwiſchen Herman Heinrich von Lockſtadt Imploranten eines, entgegen und wider Gottfried Schliepen Bürgern und Materialiſten zu Camin und deſſen Ehe-Frau Imploraten andern Theils in puncto teſtamenti erkennen und ſprechen von GOttes Gnaden wir Friedrich der dritte König in Preuſſen, Marggraff zu Brandenburg des Heil. Röm. Reichs Ertz-Cämmerer und Churfürſt ꝛc. ꝛc. allem Gerichtlichen Fürbringen nach, auf eingeholten Rath auswärtiger unpartheyiſchen Rechts-Gelehrten, mit Urtheil zu Recht, daß Implorant ſammt ſeinem Bruder Ludwig Chriſtoph von Lockſtadt, als von der Mutter inſtituirte Erben auch Dero Frauen, den von Imploraten ihnen deferirten Ayd abzuſchweren, und vermittelſt deſſen zu erhalten, daß ſie die ſeelige reſpective Mutter und Schwieger nicht darzu beredt, noch mit ungeſtümmen Worten und Gewalt dazu vermögt, daß ſie das Teſtament quæſt. aufgericht, und die mitklagende Tochter erſter Ehe gäntzlich enterbet, beneben ſie Erben die von der Teſtirerin im Teſtament exprimirte Urſache der gäntzlichen Enterbung, nemlich die Anlegung der gewaltſamen Hände an ihre ſeelige Fr. Mutter Rechtlich zu erweiſen ſchuldig und verbunden ſeyn, ſie thun nun das oder nicht, ſoll nichts deſtoweniger in der Sach geſchehen und ergehen, was recht iſt. Der Punct deren von Imploranten durch gebetene Reſtitution ihm zu adjudiciren geſuchten Unkoſten und Satisfaction pro injurioſis imputationibus bleibt biß zur Sachen Ausgang ausgeſetzt.

RATIONES DECIDENDI.

DJe Urſachen, ſo uns commoviret den Behörs Beſcheid vom 23. Julii 1700. und die gefolgten Tags darauf beſchehene Declaration ſothanen Beſcheids in ſo weit zu confirmiren, daß Implorant und ſein Bruder, als à matre inſtituti heredes ex aſſe cum excluſione Sororis, neben ihren Ehe-Liebſten den ihnen von Implorato deferirten Ayd abzulegen und mittelſt deſſen zu erhalten, daß ſie die ſeel. Mutter und Schwieger nicht inducirt und importunis ſollicitationibus darzu gebracht, daß ſie das den 23. Jul. 1700. publicirte Teſtament gemacht, und die mit dem Implorato verheyrathete Tochter gäntzlich enterbet, auch die darinn exprimirte cauſam exhe-
2 redationis Rechts behörig zu erweiſen ſchuldig ſeyn ſollen, beſtehen hauptſächlich darinn: Daß ob zwar ein jedes cum debitis ſolennitatibus aufgerichtetes Teſtament liberâ Teſtatoris aut Teſtatricis voluntate geordnet und gemacht zu ſeyn præſumiret wird

per tradita Menochii *de præſumpt. lib. 4. præſ. 11. n. 1. ſeqq.* Mantica *de conject. ult. volunt. lib. 2. tit. 7.* folglich auch eben dieſes von dem gegenwärtigen der Fr. Herath von Woitken ſeel. Herrn Henning Chriſtian von Lockſtetten Wittwen den 4. Dec. 1696. vor 7. Zeugen aufgerichteten Teſtament vermuthet werden kan, ſo mehr als ſie ſolches den 18. Januar. 1697. judicialiter inſinuirt, auch ihr darüber ein Documentum factæ inſinuationis & receptionis ſub Sigillo Dicaſteriali ertheilet worden, beſage fol. Actor. 77. Jedennoch weil Imploratus pag. Act. 50. vorgiebt, daß die ſeel. Fr. Teſtirerin, da er Implorat ſie mit ſeiner Ehe-Frauen menſe Julio 1699. beſuchet, unter Vergieſſung vieler Thränen ihnen bezeugt und geklagt, wie ſie mit allerhand Bedräuungen und Ungeſtümmigkeit dahin gebracht worden wider ſie ein Teſtament aufrichten zu laſſen, ſo ſie in ihrem Gewiſſen ängſtige und nicht zu verantworten wiſſe, dannenhero Implorat bey ihren Lebzeiten ſo ſtarck darauf gedrungen, daß die ſeel. Frau ſelbſt perſönlich ab Inclyto Dicaſterio darüber vernommen werden möchte, um durch ihre eigne Auſſage die Erpreſſung des Teſtaments per importunas ſollicitationes Implo-

rantium & eorundem Conjugum zu erweisen, dasselbe aber wegen ihres geschwächten Verstands und entfallener memoriæ nicht verrichtet werden mögen, und er jetzo nach erfolgtem deren Todt und beschehener publication des Testaments gleichwohl noch darauf bestehet und beharret, daß ermeldtes Testament nur von ihr per immoderatas & importunas preces ac sollicitationes erzwungen, dieses aber, wie es ihm obgelegen, anders nicht probiren kan, so hat er ihnen Imploranten, als in dem Testament instituirten Erben, zugleich aber auch dero Ehe-Frauen, als die das meiste darzu contribuiret, und das dadurch erlangtes und zufliessendes commodum in der That mit geniessen, das Juramentum darüber deferiret, daß sie mittelst dessen selbst zeugen und sagen sollen, ob sie nicht die seelige Frau Mutter und Schwieger darzu ermahnet, beredt und mit ungestümmen Worten dahin vermögt, daß sie ein Testament aufrichten, und darinn mit Imploratin enterben solle? Es wird dis Juramentum 3 in Actis das Juramentum Calumniæ speciale genennet, es ist aber in der Wahrheit nichts anders als das Juramentum Judiciale, quod pars parti in judicio judice comprobante directe litis decidendæ causa defert, ita, ut deferens adversarium in propria causa faciat testem & judicem.

l. fin. C. de fideicomm.

4 Quia si præstitum fuerit, cedit pro justa probatione

l. 5. §. 2. l. 11. §. 3. de jurejur.

quam proinde sequitur sententia præstito juramento conveniens, quæ eundem, imo majorem habet effectum, quam res judicata.

Carpzov. *lib. 3. Resp. 40. n. 5.*

5 Unde nec appellare ab ea sententia, ne quidem perjurii prætextu licet.

l. 12. §. 3. C. de jurejur. arg. l. 56. de re jud. Carpzov. *p. 1. c. 15. d. 7. & de Proceſſ. tit. 11. art. 7. n. 48.* Mev. *p. 3. dec. 47.*

6 nisi pars Juramentum præstare recusaverit & judex eam tanquam confessam condemnarit

d. l. 12. §. 2. C. de jurejur.

quo casu ea ratione appellare permissum, ut judex secundæ instantiæ cognoscat & judicet, an justa adfuerit recusationis causa, an vero non

d. l. 12. §. 2. Brunn. *Proc. cap. 23. n. 18.*

Diß revera im Werck hier von Imploraten deferirte Juramentum Judiciale nun ist von dem Hrn. Richter im Behörs Bescheid und dessen Declaration vom 23. und 24. Julii 1700. 7 zu præstiren den Imploranten auferlegt worden, darwider sie restitutionem in integrum gesucht, und solches zu decliniren getrachtet, wie aber, daß sie damit verschonet bleiben, durchaus nicht würcken mögen die in Gravamnibus angeführte 1. 2. 3. und 4. ratio, angesehen die darinn angezogene Declaration der testirerin der Imploranten importunas preces & sollicitationes keines weges gäntzlich excludiret, sondern deren ungeachtet einen als andern Weg die exceptio, testamentum per importunas preces & suasiones testatrici extortum esse, opponiret werden mag, per tradita

Alciati *Conſ. 657. n. 3.* Grati *lib. 2. Conſ. 20. n. 4. ſeq.* Farinac. *qu. 161. n. 57.*

Und wann Imploratus solche opponirte Exception nicht anders erweisen kan, darüber dem Imploranten das Juramentum Judiciale Rechts erlaubt deferiren mag. 8

Cum quilibet actor aut reus ad intentionem aut exceptionem suam probandam obstrictus, si testibus vel instrumentis eam probare nequeat, adversario juramentum judiciale eo effectu deferre possit, ut nisi juret, aut jusjurandum referat, judex contra ipsum sententiam ferre & pronunciare valeat, & id quidem indistinctè procedat, sive deferens nihildum planè probaverit, nec ulla præsumptione juris adjuvetur, sive aggressus jam sit probationem, in suscepta autem probatione defecerit

d. l. 12. pr. C. de jurejur. l. 35. pr. ff. eod. l. fin. C. de fideicommiſs. l. 25. §. pen. de probat. l. 11. §. 1. ff. rer. amot. arg. l. 34. §. 6. l. 38. ff. de jurejur. Vinn. *lib. 1. ſelect. quæſt. c. 42.* Jerem. Setser. *de Jurament. lib. 4. cap. 2. n. 48. ſeqq.* Mev. *part. 9. dec. 77. 78.* Carpz. *p. 1. c. 12. d. 2. & lib. 1. R. 77.* Henr. Nebelkræ *dec. 12.* B. D. Lauterbach. *tr. Synopt. de Jurejur. §. 5. n. 79.*

Also kan eben so wenig in hoc puncto eine re- 9 formation des Behörs Bescheids die in 5ta ratione allegirte doctrina Carpzovii

p. 3. c. 5. d. 14.

in causa testamenti metu & importunis sollicitationibus extorti delationem juramenti locum non habere asserentis, zu wege bringen, etsi doctrinam illam etiam approbarint

Moller. *lib. 3. ſemeſtr. cap. 42.* Berlich. *p. 1. concl. 29. n. 52.* Lyncker. *in Comment. ad lib. 12. ff. tit. 2. th. 34.* Mantz. *de teſtament. valido & invalido tit. 3. q. 1. n. 64.*

existimantes heredem ab intestato successurum heredi instituto, à quo testatorem metu 10 & importunis sollicitationibus ad testamenti factionem compulsum dicit, etsi aliis probationibus destitutus sit, juramentum haud deferre posse, tùm quod is, qui ad testandum aliquem cogit, non civiliter saltem, sed & criminaliter puniri queat, quo in casu secundum receptissimam sententiam juramenti delatio cessare soleat; tum quod alioqui futurum esset, ut voluntates ultimæ defunctorum sæpe irritæ fierent multis nimirum existentibus, qui hereditate carere quam jurare malint; tum etiam, quod ejusmodi coactio proprium rei factum concernat, ac propterea juramentum delatum referri non possit.

Denn diese Doctrina und Sentenz des Carp- 11 zovii & aliorum eidem consentientium hat in Jure keinen Grund und Bestand, wann wie hier ob extortum importunis sollicitationibus testamentum nur civiliter agirt wird.

Certiſſi-

Certiſſimum enim eſt Juramenti judicialis delationem in quibuscunque cauſis & actionibus civilibus, realibus & perſonalibus, rei perſecutoriis ac pœnalibus, petitoriis & poſſeſſoriis, regulariter locum habere,

l. 3. §. 1. l. 9. §. 1 l. 11. §. 1. l. 34. pr. de jurejur. Carpzov. *de Proceſſ. tit. 11. art. 1. num. 18.* B. D. Lauterb. *d. tr. ſynopt. §. 5. n. 82.*

12 adeo ut nec iſtiusmodi cauſæ, ex quibus criminaliter æque ac civiliter agi poteſt, (qualem & hanc noſtram eſſe innuit

l. 1. C. ſi quis aliq. teſt. prohib.)

exceptæ reperiantur

arg. l. 6. §. 4. ff. de his qui not. infam. l. 13. §. 2. l. 28. §. 5. ff. de jurejur. l. 3. §. 2. l. 11. §. 1. & 2. ff. de act. rer. amot. l. 5. §. 8. l. 11. §. 1. ff. de injur. qui textus ſatis evidenter demonſtrant in cauſa etiam furti, rapinæ, & injuriarum, (quarum nomine criminaliter quoque reum conveniri poſſe, conſtat ex *l. fin. ff. de privat. del. l. fin. ff. de furt. §. 10. Inſt. de injur.*) huic juramento ejusque delationi locum dari.

13 Imo nec in cauſa mere criminali, cujus pœna tamen eſt pecuniaria, illud excludi veriſſimum eſt, ex doctrina

Julii Clari *in Pr. Crim. qu. 63. n. 3.* ubi de communi teſtatur. Brunneman. *ad l. 10. C. de ret. cred. & de Proceſſ. c. 23. n. 5.* B. D. Lauterb. *d. n. 82. in fin.* id qui pluribus firmat ipſe Carpzov. *Proc. d. l. 11. n. 1. n. 83. ſeqq. & lib. 3. Reſp. 44. n. 9. ſeqq. it. p. 3. dec. 231.*

14 Neque attendenda eſt ſuperſtitio eorum, qui malunt damnum pati, quam juramentum præſtare, ſed major habenda eſt ratio utilitatis publicæ, quæ ſuadet, ut lites per juramentum cito expediantur.

Brunnem. *d. l. num. 4.*

15 maximeque laborandum, ut tales alienarum hereditatum vultures, & iniqui ultimarum voluntatum aucupes, extortoresque detegantur, ac ſubinde bolus, cui inhiant, quemque illi alterius faucibus injuſte ſubtrahere laborarunt, ipſismet eripiatur, ſuam ſenſuris jacturam, dum aliis nocendum exſtimarunt, juxta effatum Imperatoris Juſtiniani

in l. pen. C. de legat.

16 Ut jam de eo nil dicamus, quod ſubſiſtente iſthac Molleri & Carpzovii ratione vix ullibi ad juramenti Judicialis delationem pateat aditus, cum in aliis quoque cauſis (ubi tamen & ipſi juramento huic latas undique pandunt feneſtras) juraturi nimio divini Numinis metu, ad ſuperſtitionem usque (prout loquitur JCtus

in l. 8. pr. ff. de condit. inſtit.

religioſi, perdere quod petunt malle poſſint, quam jurare: ſic autem hoc pacto ra-

17 riſſimus ſaluberrimo huic probandi medio relinqueretur uſus: Præterea infirmo plane ſtat talo deducta à negatione relationis juramenti ad negationem delationis conſequentia

per textum *in d. l. 11. §. fin. ff. de act. rer. amot.* Brunnemann. *d. l.* B. D. Lauterb. *d. §. 5. n. 80.*

18 ipſaque juramenti delatio in factis præſertim difficilis probationis favorabilis ac propterea benigna interpretatione juvanda potius, quam reſtringenda.

Brunnem. *d. l. num. 7.*

19 Nullo proinde modo ſubſiſtere poteſt illa Carpzovii, Molleri & aſſeclarum ſententia, à qua hinc etiam recedit

Brunnem. *ad l. ult. ff. ſi quis aliq. teſtari prohib. vel coëg. n. 12.*

eam quidem concedens, ſi criminaliter agatur, ſed ſi civiliter ad hereditatem heredi ab inteſtato applicandam agatur, utique juramentum illud deferri poſſe, rectiſſime cenſet. Cui calculum ſuum adjecit

B. Collega D. Kurrer. *diſp. de Teſtam. coacto th. 24.*

20 Quin etiam Judex heredi inſtituto ſuſpicionibus ac præſumptionibus de coactione & importunis ſollicitationibus gravato juramentum purgationis injungere queat, nullus dubitat ipſe Carpzovius

p. 3. c. 5. d. 15.

quod vero ibid. *num. 5.* ſemiplenam tunc prærequirat probationem, in eo quid alienum à veris Juris principiis ſtatuit, ſibique ipſi contrarius eſt, dum

p. 1. c. 23. d. 3. num. 7. & præced. c. 22. d. 14. num. 3.

in caſu exiſtentis demum ad minimum ſemiplenæ probationis juramento ſuppletorio locum facit, juramentum purgationis autem, niſi iis in caſibus, quibus ad juramentum ſuppletorium deveniri nequeat, imponi poſſe negat, eidemque apparentibus ſaltem quibusdam, ut maxime ſemiplenam probationem non facientibus, præſumptionibus locum tribuit.

Welcher Urſach halber dann wir durchaus nicht anders können, als die vorige Urtheil in hoc puncto zu confirmiren, und zu erkennen, daß Implorant ſammt ſeinem Bruder, als von der Mutter inſtituirte Erben, und ihre Frauen, den ihnen von Imploraten deferirten Eyd abgeſchwohren, und mittelſt deſſen zu erhalten, daß ſie die ſeel. reſpective Mutter und Schwieger nicht inducirt, noch mit ungeſtümen Worten vermögt, das Teſtament qu. aufzurichten, und Imploratin darinn von aller Erbſchafft, auch ſo gar à legitima, zu excludiren und zu enterben.

Den andern Punct der Urtheil belangend, da wir erkandt, daß Implorant ſchuldig die

von der Testirerin in ihrem Testament angeführte Ursach der Enterbung rechtlich zu erweisen; So ist die Exheredation der Tochter, und gäntzliche Exclusion derselben auch à legitima, im Testament von der Mutter seel. geschehen ex duplici causa.

21

1) Wegen des ohne, ja wider der Mutter Willen und Consens. zu ihr und der gantzen Freundschafft höchsten Beschimpffung, mit einem geringschätzigen Menschen getroffenen Heuraths.

2) Weil die Tochter für GOTT und der Welt sich nicht entblödet, die gottlose Hände an die Testirerin, als ihre alte erlebte Mutter, zu legen.

Was nun die erste causam concerniret, ist dieselbe in facto an sich so weit kund und offenbar, daß Imploratin ausser dem Adel einen unanständigen Heurath gethan, und zwar ohn, ja wider der Frau Mutter und Brüder Rath und Willen, deßwegen sich nicht bedarff, solches weiters zu erweisen, ob aber diese Ursach zur Enterbung und Ausschliessung auch von dem Pflicht-Theil und Legitima sufficient sey? daran zweiffeln wir sehr, und halten gäntzlich dafür, daß dergleichen Verheyrahtung einer Tochter ohn der Eltern Consens an einen unanständigen Mann, keine in Rechten gegründete Ursach omnimodæ exheredationis & exclusionis etiam à legitima sey. Denn ob wohl solche heimliche Ehe-Verbindniß der Kinder ohne Vorwissen und Einwilligung der Vätter, in deren vätterlichem Gewalt der Kinder seyn, juxta Jus Civile Romanum

pr. juncto §. 12. Inst. de nupt.

moribus nostris hodiernis aber, und insonderheit vigore der Churfürstl. Brandenburg renovirten Constitution von Verlöbniß und Ehe-Sachen im Hertzogthum Hinter-Pomern. de Anno 1696. *§. 7.*

ohn Vorwissen und Consens der Eltern ins gemein contrahirt, vor nichtig, unkräfftig und unbündig erklärt werden; auch etlicher Rechts-Lehrer Meynung nach die Eltern solchen Kindern, die sich ohn ihren erforderten Consens verheurathen kein dotem zu geben angehalten werden mögen.

22 Ita namque negant Patrem filiæ, quæ ipso inscio aut invito ante annum 25. ætatis nupsit, dotem dare cogi.

Treutler. *vol. 2. Disp. 7. th. 2. lit. G.* ibibique Bachov. Anton. Merenda *lib. 3. controv. cap. 12. per §. 12. Instit. de nupt. l. 7. C. de nupt.* Bocer. *cl. 2. disput. 18. th. 12. b.*

23 Quæ negativa specialiter approbata est Jure nostro Provinciali Würtenbergico *part. 4. tit. 13. §. fin.* Bocer. *d. l.*

24 & Serenissimi ac Potentissimi Electoris Brandenburgici constitutione von Lehen u. Aussteur-Sachen im Hertzogthum Hinter-Pommern und Fürstenthum Camin *tit. 3. §. 8.*

in illo casu, quo filia nobilis viro ignobili inferioris sortis ac conditionis nubit, verbis: werde sich dieselbe an eine gantz geringe Person, nemlich einen Handwercker oder Bauren und dergleichen verehlichen, wäre ihr aus den Lehnen, zur Aussteur nichts gut zu thun.

Ad quem modum fere etiam communiter limitari solet affirmativa quæstionis: An Pater cogatur dotare filiam, quæ eo ignorante vel invito nupsit? quam defendunt 25

Covarruv. *l. 4. Decret. p. 2. c. 3. §. 8. num. 7.* Fachin. *lib. 3. controv. c. 45.* Surd. *de aliment. tit. 1. q. 6. n. 17.* Gail. *2. O. 95. num. 11.* Soaretz. *thes. recept. sent. lit. D. n. 343. seq.*

sub ista nim. limitatione, nisi filia indigne plane nupserit contra familiæ dignitatem & honestatem, tunc enim patrem ad dotis constitutionem non cogi posse concedunt.

Carpzov. *p. 2. c. 42. d. 12.* Meyer *in C. I. A. lib. 23. tit. 23. th. 5. num. 6.* Riminald. *Cons. matrim. 78. per tot.*

So ist doch dergleichen Verlöb- und Verheurathung der Kinder ohn der Eltern Willen keine in Rechten gegründete Ursach sie in totum von aller Erbschafft und zumahl von dem ihnen omni jure gebührenden Pflicht-Theil von der Eltern verlassenden Vermögen auszuschliessen, 26

In Novella enim Justiniani *115. cap. 3.* 27 qua Imperator justas exheredationis liberorum causas definivit ac determinavit, matrimonium absque consensu parentum *initum* inter illas minime refert. *Dicitur* quidem *d. c. 3. §. 11.* de filia, eam juste exheredari, si luxuriosam vitam degere elegerit, nihil autem additur de neglecto consensu. Nec ex *d. §. 11.* firmiter con- 28 cludi potest, quia non potest exheredari, si postquam parentes distulerint eam nuptui dare, & ipsa, cum pervenerit ad 25. ætatis annum, sine consensu parentum nubat. Ergo potest exheredari, si ante nubat, parentum consensu non adhibito. Si enim hæc mens Imperatoris fuisset, id in verbis præcedentibus, quibus ista posteriora opponuntur, expressisset. Atque hæc com- 29 muniori Dd. calculo recepta & probata est sententia, quod nempe filia sine parentum consensu, sive digno sive indigno viro, nubens successionem in bonis parentum quoad legitimam retineat, quam tuentur

Benst. *de matrim. lib. 1. c. 20.* Ungpaur. *Exerc. Inst. 8. q. 9. in fin.* Rittershus. *ad Nov. p. 6. c. 3. num. 17.* Brunnem. *ad l. 3. §. 5. de bonor. possess. contr. tabb.* Pagenstecher. *Diss. de Jure filiorum singul. membr. 1. §. 7.* Dn. Stryk. *de*

de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. 12. th. 22. Struv. *Exerc. 32. th. 34.* & ab his ulterius allegati.

30 Specialibus quorundam locorum Conſtitutionibus aliud ſtatutum ac cautum eſt, ut in Saxonia

Ordinat. Eccleſ. Elect. *tit.* von Ehe-Sachen ꝛc. Struv. *d. l.*

31 In Pomerania autem id ſpeciali Conſtitutione proviſum ac cautum eſſe haud apparet, in ſuperius enim allegata Conſtitutione de exheredatione & excluſione à legitima Parentibus ob neglectum illorum conſenſum in nuptiis liberorum conceſſa nihil habetur, obtinet ergo Juris communis diſpoſitio liberis legitimam ſuam ſalvam, ſartam atque tectam conſervans.

32 Weil nun alſo dieſe der Imploratin unanſtändige auſſer dem Adel an den Imploratum ohn Ja wider der Mutter und Brüder Willen beſchehene Verheurathung keine weder in den gemeinen Rechten, noch in den Special-Lands-Conſtitutionen gegründete genugſame Urſach ſie ihres Pflicht-Theils, ſo ihr aus der Mütterlichen Erbſchafft gebühret, zu priviren und davon auszuſchlieſſen, ſo muß die andere à matre in teſtamento exprimirte, und in *d. Nov. 115. cap. 3. §. 1.* diſerte gegründete Enterbungs-Urſach, quod nempe impias filia ipſi matri intulerit manus, ſo von der Tochter widerſprochen wird, ohnerachtet es in dem Teſtament hochbetheurlich bezeugt wird, nothwendig von den inſtituirten Erben probirt werden, nach gantz klarer Maßgab.

d. Novell. 115. c. 3. pr. ibi: *niſi forſan* probabuntur ingrati. *& cap. 4. §. 9.* ibi: *& ſcripti ab iisdem heredibus aut omnes aut certas aut* unam ex his probaverint. *l. 30. C. de inoffic. teſt. & l. 10. in fin.* ibi: *eos etenim liberos hujusmodi beneficio defraudari volumus, qui re ipſa* ingrati *circa ſuam antiquitatem ab heredibus genitorum* liquidis & indubitatis probationibus convicti fuerint. *C. de ſecund. nupt.* Enenckel. *de privil. parent. & liberor. part. prior. privil. 14. c. 14. num. 26.* Dn. Stryck. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. 12. th. 27.* ibique alleg.

Deßwegen wir auch in hoc paſſu nicht anders ſprechen können, als in vorſtehender Urtheil geſprochen worden.

Der Punct deren in Exhibito vom 16ten Junii 1700. von Herman Heinrich von Lockſtadt geſuchten ihm cauſirten Unkoſten und Satisfaction pro injurioſis imputationibus bleibt billig biß zu Ausgang der Sachen ausgeſetzet bey dieſer deren Bewandtniß.

Welches alles wir nochmals den Rechten und der Sachen gemäß erachten, und mit unſer Facultät gewöhnlichem Inſiegel bekräfftigen. Actum in Colleg. noſtro d. 18. Febr. 1701.

CONSILIUM CI.

DE

Bonis illatis Viduæ, prævia tamen deducendorum deductione, ut & feudis ſucceſſori, juxta diſpoſitionem Privill. Provincial. Ducatus Pomeraniæ reſtituendis: nec non, per ſpeciale pactum, cum expreſſa, juris reluendi, renuntiatione, facta feudorum ceſſione.

SUMMARIA.

Præmittitur Sententia ſub num. 1.

2. uſque 6. Explicatur ſententia.

7. Negotiorum geſtor omne id quod ex Negot. geſt. ad agrum pervenit, domino reſtitut. ac tenetur.

8. 9. 10. E contrario Negotiorum Dominus illorum geſtori ad indemnitatem obligatur.

11. & 12. Conditione deficiente ipſum principale negotium corruit & expirat.

13. 14. 15. & 16. Privilegia Provincialia Ducatus Pomeraniæ quid circa ſucceſſionem in feuda, ut & debita ab Anteceſſore relicta, (quo etiam dos & paraphernalia uxoris ſpectant,) diſponant, hic oſtenditur.

17. & 18. Concurſus Creditorum feudi ſucceſſioni non obſtat, nec effectum ejus impetit.

19. Prædiorum feudalium æſtimatio per iteratam ocularem inſpectionem fieri poteſt.

20. Et quidem per Commiſſarios ad hunc actum ſpecialiter juratos.

21. Mutuas injurias quas partes litigantes compenſare nolunt, judex mediante pœna pecuniaria utrique infligenda pro arbitrio dirimit.

22. Ob quæſitum reſtitutionis Beneficium in integrum inique quis in expenſas condemnatur.

23. uſque 30. Explicatur quintus præmiſſæ ſententiæ punctus, de valide prædiorum feu-

feudalium facta cessione, sub expressa juris reluendi renunciatione.

31. Heres præstare factum defuncti tenetur.

32. & 33. Ad renunciata regressus non datur.

34. Sed, ad hoc redire velle absurdum reputatur.

35. Hinc ipsi merito denegatur.

36. Plus præjudicat renunciatio quam sententia.

37. & 38. Ideo extinguit jus abdicatum.

39. & 40. Qui statuto tempore non reluit, jus reluitionem exercendi non tantum hic, sed & multo magis heres ejus perdit.

41. Ulterior hujus puncti explicatio.

42. Ratio factæ compensationis expensarum.

Urtheil.

1 IN Restitutions-Sachen unsers Land-Raths Bogislaff Henning von Köller wider seeligen Rittmeister Jacob Köllers Wittib, itzo Capitain Zillmers Ehefrauen, auch dero Schwieger-Sohn Commissarium Jürgen von Petersdorff, beederseits Imploranten und Imploraten ein und andern Theils erkennen und sprechen von GOttes Gnaden wir Friedrich der Dritte, des Heil. Röm. Reichs Ertz-Cammerer und Churfürst ꝛc. allem Gerichtlichen Fürbringen nach, auf eingehohlten Rath auswärtiger unpartheyischen Rechts-Gelehrten mit Urtheil zu Recht 1) daß Capitain Zillmers Ehefrau, was sie oder ihr jetziger Ehemann von dem Pleniſchen Post würcklich erhoben, deductis impensis & sumptibus necessariis, in Rechnung zu bringen, und ihr an ihrer Forderung, vorigen judicatis und eignem Erbieten gemäß, abkürtzen zu lassen schuldig, was aber von Zinsen Interesse oder Unkosten dem debitori mit der Condition remittirt worden, wann er die versprochene Termine richtig u. ohnfehlbar einhalten würde, stehet dem Lehen-Successori frey, wann er will, ihm nachzusehen oder wegen nicht adimplirter Condition und observirten Terminen reservirter Massen nach Belieben zu exigiren und zu erfordern.

2) Wann besagten Capitain Zillmers Ehefrauen an ihres seel. ersten Ehemanns Lehne habende übrige Forderungen sich über den wahren Werth der Lehne erstrecken sollten, sie dennoch selbige vor ihre Prætensiones anzunehmen und den Lehens-Folger auf solche Weyse davon zu excludiren durchaus nicht befugt, sondern vielmehr derselbe gegen Erlegung der endlich determinirenden billigmäßigen Æstimation die Lehne an sich zu ziehen, in allweg berechtiget sey.

Und damit 3) ein richtiges billigmäßiges quantum constituiret werde, sollen die vorhin in Ao. 1662. und Ao. 1692. 1693. von den Ordinariis & Adjunctis Commissariis beschehene sehr weit von einander differirende æstimationes gedachter Köllerischer Güter durch verordnende der Sachen wohlerfahrne und specialiter darauf beeydigte Commissarios nochmal mit allem Fleiß revidiret, die hinc inde beygebrachte Notamina und monita behörig examiniret, die angegebene Mängel fleißig untersuchet, alle pertinentien von ihnen in genauen Augenschein genommen, die Einkünffte, Nutzungen und Intraden sorgfältig erkundiget, darneben die onera und defect gebührend considériret, und solcher Gestalten fürdersamst ein gewisser, accurater, ohnpartheyischer, billigmäßiger Anschlag und Tax sothaner Lehne, nach Maßgab der Churfürstl. Hoff-Gerichts Ordnung und Lands-Observantz, von ihnen gemacht, und dem Dicasterio zur Gerichtl. Approbation übergeben werden. Wordurch alsdann die in dem Restitutions-Libell vom 4 Febr. 1698. sub Numeris 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. deducirte und in die Gravatorial-Klage vom 16. Nov. 1699. und 10. Jun. 1700. sub iisdem numeris repetirte Gravamina zugleich ihre Erledigung und abhelfflichr Maß bekommen werden, und sich im Werck zeigen wird, ob und wie weit die Specialia Gravamina erheblich oder nicht.

4) Wird ermelter Capitain Zillmers Ehefrauen in der den 7den Sept. 1699. publicirten Urtheil beschehene Condemnation in die verursachte Unkosten durch die den 12ten Jan. 1699. gesuchte Restitution in integrum hiemit wieder aufgehebt, und sie davon absolvirt.

5) Sind die wider die den 15 Martii 1700. publicirte Urtheil eingeführte Gravamina von der Erhebligkeit, daß sothane Urtheil dahin zu reformiren, daß Landrath Bogislaff Henning Köller nach dem Behörs-Bescheid vom 27. Sept.

Sept. 1698. zu denen von weyl. Heinr. Köllern herrührenden und seel. Hauptmann Jac. Kamecken von Jac. Köllern, durch getroffene und von des Landrath Köllers Vatern seel. approbirte Vergliche, erblich und eigenthumlich überlassenen, von dessen Söhnen aber Commissario Petersdorffen wiederum also cedirten Lehen-Stücken keine Reluition habe, sondern Commissarius Petersdorff, so viel diese Stücke concernirt, dabey zu schützen, und von der deßwegen wider ihn erhobenen Klage und Impedition gäntzlich zu absolviren, wie wir ihne dann davon hiemit absolviren.

Dasjenige aber, was ihm seine Schwieger-Mutter eingeraumet, und sie bereits wieder zurück genommen, mit den übrigen bey ihr sub jure retentionis stehenden Gütern, nach Ausgang der Sache, so beede Theile bestmüglichst zu befürdern, reluirt werden könne und solle. Die auffgewandte Unkosten werden aus Bewegniß gegen einander compensirt und verglichen.

Daß diese Urtheil den Rechten und uns zugesandten Actis gemäß, urkunden und bekennen wir Decanus und andere Doctores der Juristen Facutät bey gemeiner Hochfürstl. Würtemb. Universität Tühing. mittelst beygedruckten unserer Facultät gewöhnlichen Insiegels.

Actum in Colleg. nostro d. 4. Mart. 1701.

RATIONES DECIDENDI.

2 DJe Ursachen, so uns zu Abfassung vorstehender Urtheil in dieser schon seit Ao. 1684. fürgewehrter und herumgezogener Sache, sich haltend, zwischen Landrath Bogislaff Henning von Köller eines, und seel. Jacob Köllers hinterlassener Wittib, itzo Capitain Zillmers Ehefrauen andern auch dero Schwieger-Sohne Commissario Jürgen von Petersdorff dritten Theils respective Imploranten und Imploraten bewogen haben, nachdem wir die grosse beschwehrliche ausgeübte Acta à Capite ad calcem mit Fleiß durchgelesen und gebührend erwogen, mit wenigem zu berühren und anzufügen, so haben wir forderist die Erkanntniß über den Plenischen Post, und über den Punct:

3 Ob, wann der Wittwen Forderungen den Werth der Lehne übersteigen sollten, sie vor ihre Forderungen die Lehne behalten und annehmen könne, oder ob der Lehens-Folger ihro zu præferiren, und wann er die wahre Æstimation der Lehne erlegt, selbe dafür an sich zu ziehen befugt, und nicht angehalten werden möge, der Wittib ihre gantze Forderung zu erlegen, wann er die Lehne haben wolle? durch-

4 aus nicht vor null und nichtig halten, und, daß sie dahero von selbst gefallen erachten können, in reiffer Erwegung, beede Punct in Actis genugsam ventilirt und ausgeführet, auch nicht nur ein- sondern mehrmal derselben Decision dem Extraneo committirt und heimgegeben worden, vid. *pag. Act. 166.* deßwegen nicht kan gesagt werden, daß die Hrnn. JCti Helmstadienses über diese puncten nulliter pronun-

5 ciret. Auch haben wir 2) wegen des Plenischen Posts nicht anders erkennen und sprechen können, als daß dasjenige, was des Capitain Zillmers Ehefrau oder ihr itziger Ehemann davon würcklich und in der That gehoben, in Rechnung zu bringen und ihr an ihrer Forderung abkürtzen zu lassen verbunden, weil bereits zum zweyten mal also gesprochen worden, consequenter Confirmatoria in hoc puncto dahin ergangen, deßwegen es billig dabey bleiben muß, und bey diesem Incluto Dicasterio dawider kein Remedium sententiæ impugnativum mehr statt finden kan, zumalen es ohne dem den Rechten und der Billigkeit 6
gantz gemäß ist, daß, um willen Vidua ihre Satisfaction ratione illatorum aus den Lehnen zu suchen erwehlet, wie sie vermöge der Hinter-Pommerischen Constitution von Lehen u. Aussteur-Sachen *tit. 7. §. 10.* befugt, und allein zu der Schuld Sicherheit und des Lehen Successoris besten, als negotiorum gestrix den Post bey Plenen gefordert, und zu Salvirung des Capitals und Erhaltung der Zinsen ad alterum tantum den Verglich mit ihm getroffen, was sie davon, als von einem nomine active defuncti mariti bekommen, ihro an ihren illatis muß decurtiren lassen.

quia negotiorum gestor omne, quod ex al- 7
terius negot. gestione ad ipsum pervenit, negotiorum Domino restituere, aut in sibi debitum computare tenetur

l. 8. §. 1. ff. de negot. gest.

Daß wir aber 3) die Helmstädtische Urtheil 8
bey diesem Punct darinn reformirt, daß wir das dadurch zugezogene neue Gravamen, darinn bestehend, daß 1) auch das remittirte der Wittib auf ihre Anforderung aufgerechnet werden, noch sie 2) befugt seyn solle, die angewandte Reiß und Process-Kosten wieder zu fordern oder am erhobenem zu decurtiren, in vorstehender Urtheil wieder aufgehoben, und 1) erlaubet, die aufgewandte nothwendige 9
Unkosten abzuziehen, 2) dem Lehens Successori frey gestellet, ob er das remittirte wolle nachsehen oder exigiren, ist geschehen aus der in summa æquitate sich gründenden Ursach

quod dominus negotiorum ei, qui in ipsius 10
absentia illa sine ejus mandato sponte utiliter gessit eo nomine obligatus sit ad indemnitatem præstandam, & hinc ei necessa-

rias & utiles expensas, quas illius causa fecit, omnino restituere teneatur

l. 31. §. fin. l. 45. ff. de negot. gest.

11 Und daß zwar so wohl in dem ersten *fol. act. 68.* als in dem andern Verglich *fol. act. 434.* eines Nachlasses gedacht worden, derselbe aber doch anders nicht denn sub conditione illa geschehen, wann das übrige verglichener Massen baar auf die gesetzte termine richtig bezahlet, und damit exacte eingehalten würde, so daß falls selbiges nicht stricte beobachtet würde, und der Debitor die termine nicht insgesammt richtig einhielte, die Sache in ihren vorigen Stand verfallen, und der Creditor an den Verglich weiter gantz nicht verbunden, sondern sein gantz völliges Creditum ohn alle Kürtzung so wohl an Capital, als Interesse via paratissimæ executionis von dem debitore zu fordern berechtiget seyn solle;
12 weilen aber diese conditio nicht adimplirt, so fällt der Nachlaß von selbst, und ist in effectu nichts remittirt, sondern kan der Lehens-Successor, wann er will, auff die völlige Schuld des Capitals, der Zinsen und Kosten klagen, per late deducta in Gravaminibus *fol. act. 839. seqq.* worauf wir uns geliebter Kürtze halber beziehen.

13 Der andere Haupt-Punct der Urtheil, da wir erkandt, daß wan Capitain Zillmers Ehefrauen übrige an ihres seel. ersten Ehemanns Lehne habende in der Churfürstl. Hinter-Pommerischen Constitution von Lehen und Aussteur-Sachen fundirte Forderungen sich über den wahren Werth der Lehne erstrecken sollten, sie dennoch die Lehne vor ihre Prætensiones anzunehmen und zu behalten, den Lehens-Folger aber davon zu excludiren nicht befugt, sondern derselbe ihr darinn zu præferiren, wann er die determinirende billigmäßige Æstimation der Lehne entrichtet und bezahlet, ob sothane Æstimation gleich nicht der Wittiben
14 prætensiones adæquiret, gründet sich 1) in den alten Privilegiis Provincialibus des Hertzogthums Pommern olim à Ducibus Pomeraniæ, tandem etiam ab Imperatore Ferdinando II. die 28. Julii 1625. & à Serenissimo Electore Brandenburgico Dn. Friderico Wilhelmo d. 7. Oct. 1665. confirmatis, in quibus inter alia expresse ita cautum: **Und da jemand ohne Leibs-Erben verstürbe, die Güter auf seine Brüder mit belehnet, oder uns, die Lands-Fürsten, unsere Erben und Nachkommen verstammten und erledigten, und seines verlassenen Erbes Baarschafft und fahrende Habe so viel nicht wäre, daß man die Schulden davon bezahlen und entrichten könnte, so soll das Lehn die Schuld, so durch unsere Hochseelige Vor-Eltern, unser oder unserer Erben Bewilligung nothwendig geachtet sind, tragen,** NB. **so weit und ferne sich das eröffnete Lehen-Gut erstrecket.**

2) In vorangezogener Hinter-Pommerischen neuen Constitution von Lehen und Aussteur-Sachen *tit. 22. §. 1.* da ebenmäßig ausdrücklich versehen, daß alle Schulden des Lehenmanns, so derselbe verläßt (worunter auch indubie zu rechnen der Frauen zugebrachte dos und Paraphernalia sammt der Verbesserung und andern ihro in dicta Constitutione *tit. 7.* gegönneten Lucris) zuforderist aus der Baarschafft, hernach aus der Fahrniß und übrigen Erbschafft, und wann keines zureichet, alsdann erst ex Feudis, falls solche Schulden nicht mere onera feudi seyn, bezahlet werden sollen, inmassen dann nach Pommerischen Rechten alle Schulden, sie seyn consentirt oder nicht, cum vel sine hypotheca, sine distinctione in subsidium aus den Lehnen, NB. **und von denen, so darinn** jure agnationis succediren, NB. **so weit dieselbe reichen,** abgeführet werden müssen, junct. *tit. 28. §. 1.* ibi: **Es muß aber allewege diese** Constitution in Acht gehalten, und nichts zu der Lehne, oder des Lehen-Herrn und NB. **des Lehens-Folgers** Præjuditz **verhandelt oder verhänget werden.**

Und 3) in his, quæ in terminis terminantibus tradit

Mevius *part. 3. dec. 136.* ubi ait:

Veniisse in quæstionem: Utrum concursus creditorum successioni feudi obsistat, ejusque effectum impediat? itum autem esse in negativam, quia ad successionem feudi agnatorum Jus ex jure primi acquirentis fundatum, atque ita radicatum, ut facto aliquo antecessoris auferri non possit, quandoquidem in feudis antiquis non tam proxime defuncto, quam primo acquirenti succedi intelligitur, ideo successor feudum non ex jure defuncti sed suo proprio accipit. Etsi itaque ille (defunctus) valde obæratus & creditoribus juxta consuetudinem Provinciæ ex feudo satisfaciendum, tamen ex eo minime tollitur jus successionis, sed NB. tantum obligatur successor, ut juxta feudi vires creditoribus solvat, quibus non debetur feudum, sed tantum feudi æstimatio, quam si successores præstare volunt, feudum ipsorum manet, quia creditoribus non est jus in feudum defuncti ultra æstimationem, agnatis autem est jus quoddam protimiseos

l. 16. ff. de reb. authorit. jud. possid.

In quibus sane verbis Mevii casus hic in terminis terminantibus decisus, non aliud enim jus vidua, quam alii creditores, in feudo mariti habet.

Quæ approbat 4) Lynckerus in analectis ad Struvii Syntagm. Jur. Feudal. *cap. 14. aph. 31. n. 3.* cum ait: *Licet maxime Agnati aliquo casu de ære alieno teneantur, habent tamen, si æstimationem feudi præstare pos-*

possint, *creditoribus concurrentibus*, *jus protimiseos*, juxta Mev. *part. 3. dec. 136.* Et confirmantur eadem 5) per tradita

Dn. Stryckii *Disp. de Feudis Pomeran. cap. 3. th. 28. 29.*

19 Weil aber 3) der vorhin verordnet geweßten Commissariorum Principalium & Adjunctorum Æstimation der Güter in viel tausend differirt, indem jene selbige kaum auf 6000. fl. diese hergegen auff *14726. fl.* æstimirt, und wie der Lehens-Folger sich über diese, daß selbe zu hoch gesetzt, also die Wittwe sich über jene, und über die in sententia vom 1sten Novembr. Ao. 1697. in etwas weniges erhöhete Æstimation, daß sie weit zu gering, höchst beschwehret, beede Theile ihre Monita und notamina über besagte beede differente æstimationes eingegeben, und was sie dabey zu ändern utrinque weitläuffig deducirt, auch Vidua die Anno 1662. vorhin beschehene Æstimation producirt, um zu sehen, daß die Güter damals, ohnerachtet sie in viel schlechterm Zustand gewesen, doch weit höher als itzo, da sie in besserem statu seyn, æstimirt worden, und passim, insonderheit *fol act. 505. seqq.* demonstrirt, daß deßwegen gantz nothwendig sey, daß die Æstimatio prævia oculari inspectione repetirt werde, wie solches tali casu billig practicirt zu werden attestirt

Mevius *part. 1. dec. 29. n. 8.*

20 Und, um willen wir weder in rem præsentem gehen können, ocularem inspectionem einzunehmen, wo selbige von nöthen, noch der Landsart, Observantz und Gewohnheit kündig seyn, uns gleichsam ohnmöglich gefallen, einen accuraten beede litigirende Theil vergnügenden Anschlag der Güter zu machen, zumahlen da der Lehens-Successor toties quoties dawider protestirt, so ist kein anders expediens noch Mittel gewesen, als die durch verordnende der Sachen wohlerfahrne specialiter darauf beeydigte Commissarios vornehmende Revision und anderwärtige ohnpärteyische Æstimation der Güter zu erkennen. Wann nun selbige an Hand gegebener Massen geschiehet, werden dadurch zugleich die in dem Restitutions-Libell vom 4. Febr. 1698. *pag. Act. 500. seqq.* deducirte special gravamina sub *Num. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15.* so in der Gravatorial-Klag vom 16 Nov. 1699. *pag. 817. seqq.* und 10. Junii 1700. *pag. Act. 856.* denuo repetirt seyn, erlediget werden, und ihre abhelffliche Maß bekommen, wird sich auch alsdann von selbst zeigen, ob und wie weit selbige erheblich oder nicht, und muß durch die herausbringende ohnpartheyische Æstimation ein gewisser Fuß in diesen Puncten gesetzt werden, vorher kan solches nimmermehr gethan

21 werden. Das 16. allda *pag. Act. 818. & 857.* angezogene Gravamen wegen der Injurien ist ein gemeinsames von beeden Theilen geführtes Gravamen gewesen, wann also diß utrinque weiter urgiret werden, und sie mit der tacite beschehenen Compensation der mutuarum injuriarum nicht zu frieden seyn wollten, könnte ab Incluto Dicasterio einem jeden eine pœna pecuniaria pro Fisco ex arbitrio dictirt werden. Das 17. Gravamen speciale wegen der ausgelassenen Betten und Leinen kan auf die von von der Wittib derentwegen *pag. act. 840. b. 841.* gegebene weitere Nachricht, als wordurch der Neben Urtheil vom 1. Nov. 1697. ein Gnügen geschehen, wohl auff sich beruhen bleiben.

4) Haben wir erachtet, daß der Capitain 22
Zillmers Ehefrauen allerdings mit der Condemnation in expensas wegen des am 12. Jan. 1699. ergriffenen beneficii restitutionis in integrum zu viel geschehen, und ihr derentwegen *pag. Act. 816.* geführtes IV. Gravamen erheblich, der Ursach dann wir nach ihrem daselbst *pag. seqq. 817.* gethanen petito die Condemnation in expensas, so ohne dem ein geringes werden importiren, auffgehoben und sie davon absolviret.

Endlich 5) haben wir die von Rittmeister 23
Jacob Köllers Wittib itzo Capitain Zillmers Ehefrauen und Commissario Jürgen von Petersdorffen *pag. Act. 835. seqq.* wider die d. 15. Mart. 1700. publicirte *p. act. 829.* befindliche Urtheil puncto reluitonis & revocationis einiger Lehen-Stücke eingewandte und deducirte Gravamina von der der Erhebligkeit zu seyn befunden, daß wir kein Bedencken getragen, deßwegen sothane Urtheil dahin zu reformiren, daß Landrath Bogislaff Köller zu denen von weyland Heinrich Köllern herrührenden und seel. Hauptmann Jacob Kamecken als dessen Tochtermann für seine daran habende grosse Forderungen von Jacob Köllern durch getroffene und von des Landrath Bogislaff Henning Köllers Vattern seel. approbirte Vergliche, erblich und eigenthumlich überlassenen von Jacob Kamecken Söhnen dem itzigen Besitzer Commissario von Petersdorffen wiederum also cedirten Lehen-Stücken keine Reluition habe, sondern Commissarius Petersdorff, so viel diese Stück concernirt, dabey zu schützen, und von der deßwegen wider ihn erhobenen Klag und Impetition gäntzlich zu absolviren, und zwar solches insonderheit 24
der Ursach, weil sich aus diesen zwischen Jacob Köllers Wittib und Commissario von Petersdorffen eines, so dann Landrath Bogislaff Henning Köllern andern Theils ausgeübten, wie nicht weniger aus denen alten ad informationem beygelegten Actis Jacob Kamecken contra Jacob Köllern, klar ergibt, daß Jacob Köllern cum curatoribus suis die ihm als proximiori agnato von Heinrich Köllern absque masculis defuncto angefallene ruinirte verderbte und mit Schulden sehr gravirte Lehne und Güter des Heinrich Köllers Schwieger-Sohn Jacob Kamecken wegen seiner Frauen darauff gehabten grossen Forderung an Mutter-Erbe, Ehegelde, Paraphernalien und andern, mit dem onere æris alieni solvendi, so den Werth der Lehne und Güter weit übersteigen, gantz willig überlassen, hereditatis aditioni, feudali successioni omnique juri re-

luitionis, retractus & revocationis feudi &c. renunciret, dagegen Jacob Kamecke ihm Jacob Köllern des Jochim Köllers alten Hoff- und Rittersitz in Cantrect mit dem Hoffacker, Wiesen ꝛc. doch ohne die Bauren, Holtzzeug, Mühlpächte, welche er vor sich behalten, cediret, vermöge *pag. Act. 673. seqq. sub lit. A.*
25 producirten den 17. Julii 1644. getroffenen Verglichs, welchen Landrath Bogislaff Henning Köllers Vatter, als proximus agnatus nach Jacob Köllern suo assensu den 28. Jan. 1650. expresse approbirt, ratificirt, und gleichmäßig hereditatis aditioni, juri Protimiseos retractus atque revocationis feudi solennissime renunciret, Krafft *pag. Act. 684.* producirten Instrumenti. Welcher Verglich de d. 17. Julii 1644. sammt Landrath Bogislaff Henning Köllers Vatters Henning Köllers Approbation und Ratification vom 28. Jan. 1650. in Actis Jacob Kamecken contra Jacob Köllern *pag. 10. pag. 77. sqq. pag. 169. seq.* unter gerichtlicher Vidimation beyligen, daß also an deren Richtigkeit im geringsten nicht zu zweiffeln. Und zwar geben
26 erst angezogene Acta *pag. 28. seqq.* darzu daß Landrath Köllers Vatter Henning Köller nach von Jacob Kamecken mit Jacob Köllern in Anno 1644. getroffenem Verglich nicht im Lande gewesen, als er derowegen Ao. 1649. ins Land kommen, ihn Jacob Kamecken bis und letztmals sub pœna contumaciæ citiren lassen, sich in præfixo termino 4. septimanarum mit Bestand zu erklären, ob er die ihm Jacob Kamecken wegen seiner Haußfrauen Forderungen und anderer ausbezahlter Gelder von Jacob Köllern zugeschlagene Lehne, als proximus ab ipso agnatus, zu reluiren gesonnen, und ihm die Summ, dafür sie ihm in solutum mit Königl. Schwedischer Regierung Confirmation zugeschlagen worden, baar erlegen wolle, oder ob er der Lehne Adition per expressum renunciren, und sie ihm Kamecken ebenmäßig in solutum lassen wolle, darauff er Henning Köller itzigen Hrn. Landraths Vatter die schriffliche Renunciation sub dato den 28. Jan. 1650. gethan, welche Erklärung und Renunciation Jacob Kamecke den Actis Judicialibus zu inseriren gebeten, worauf daß es geschehen solle, decretiret worden *pag. dict. Act. 36.*

27 Weil nun also auf diese des Heinrich Köllers von dessen beeden Proximis Agnatis dem Jacob Kamecken in solutum überlassene Lehen-Stücke sich beede expresse aller Reluition Revocation, juris protimiseos, retractus gäntzlich verziehen und begeben, deßwegen auch dieselbe dem Jac. Kamecken auf seine Forderungen und andern Creditoribus ausbezahlte Geldter NB. **erblich und eigenthumlich,**
28 das ist, cum effectu irrevocabiliter translati dominii in solutum zugeschlagen geblieben. Und ob gleich hernach Jac. Köller ex capite minorennitatis & læsionis wider seinen getroffenen Verglich geklagt und restitutionem in integrum gesucht, auch erhalten, per sententiam d. 30. Maji 1665. publicatam *fol. Act. 185.* & d. 19. Junii 1666. confirmatam *fol. Act. 263.* in Actis Jac. Kamecke contra Jacob Köllern. Dadurch also der Verglich rescindiret und seel. Jacob Köller mediante obtenta restitutione in integrum in vorigen Stand gesetzt. Welche zwey an dem Hochpreißischen Hoffgerichte ergangene Urtheilen in Appellationis Instantia am Kayserlichen Cammer-Gericht zu Speyr per sententiam vom 12. Febr. 1675. confirmirt, Appellant Kamecke in die Unkosten condemnirt, und die Sache an das Hochlöbliche Dicasterium zur Execution remittiret; So haben sich doch Ja- 29
cob Kamecken Söhne Ad. Henning u. Heinrich, Gebrüdere von Kamecken, mit Rittmeister Jac. Köllern den 22. Nov. 1678. von neuem darauf wiederum dahin verglichen, daß Jac. Köller liti & juri ex sententiis illis quæsito, aditioni & reluitioni derer von seel. Heinrich Köllern hinterlassenen Lehne denuo wohlbedächtlich renunciret und gäntzlich abgesagt, dergestalten, daß es alles bey den von seel. Hauptmann Jacob Kamecken dieser Güter halber so wohl mit obgedachten Rittmeister Köllern als andern auffgerichteten Verträgen allerdings verbleiben solle, gegen versprochener Bezahlung 30
2500. fl. an Jacob Köllern ꝛc. Um willen nun hierdurch die causa plene in pristinum statum restituirt, da so wohl Jacob als Henning Köller des jetzigen Herrn Landraths Bogislaff Henning Köllers Vatter gäntzlich omni retractui, reluitioni ac revocationi auff die von Heinrich Köllern herrührende dem Jacob Kamecken erb- und eigenthumlich durch Verglich überlassene Lehne und Güter expresse renunciret; So kan Herr Landrath Bogislaff Henning Köller sich jetzo keiner Reluition oder Revocation sothaner dem seel. Hauptmann Jacob Kamecken von Jacob Köllern plene & irrevocabiliter translati dominii jure in solutum zugeschlagener, von desselben Söhnen aber Commissario Petersdorffen gleicher Massen wiederum cedirter Lehen-Stücke anmassen, so weniger, als, sein Hr. Vatter ausdrücklich nicht nur vor sich, sondern zugleich auch vor seine Erben reluitioni & revocationi eorum gäntzlich renunciret.

Cujus factum ipse tanquam heres Patris 31
præstare tenetur, nec eidem ullo modo contravenire potest, tam de Jure communi

arg. l. 14. C. de rei vind. l. 7. C. de negot. gest. utrobique Brunnem. Mev. *p. 2. dec. 147.* Barb. *locupl. lib. 8. c. 5. ax. 1.*

quam secundum novam Constitutionem Pomeranicam de feudis & dote filiarum ac Viduarum

tit. 26. §. 2. qui convenientissime allegatus.

2) Seinem seeligen Vatter ein monatlicher 32
Terminus gesetzt, inner selbigem sich zu erklären, ob er sothane Güter zu reluiren gesonnen,

oder

oder selbige gleichmäßig, wie Jacob Köller gethan, dem Kamecken in solutum überlassen wolle, da er sich declarirt, sie ihm ebenmäßig zu lassen, und zugleich aditioni ac successioni, reluitioni ac revocationi solenniter renunciret.

33 Ad renunciata igitur jam non datur ullus amplius regressus vel ipsi renuncianti vel ejus filio & heredi.

l. 17. §. 1. ff. de acquir. hered. l. 14. §. 9. ff. de ædilit. edict. l. 11. ff. si quid in fraud. Patron. cum pluribus similibus txx.

34 Satis enim absurdum est redire ad hoc, cui quis renunciandum putavit, ut scribitur

in l. 11. C. de reb. cred. & jurejur.

35 Meritoque denegatur regressus ei, qui à jure suo se excluſit per renunciationem, ut & heredi illius, cum sera sit post jus sponte amissum pœnitentia

Bald. *in c. 1. 2. F. 44.* Cravetta *Consil. 511. num. 3.*

36 Imo plus operatur & præjudicat renunciatio renuncianti ejusque heredi, ut quæ est actus pendens à spontaneo consensu, quam sententia, quæ est actus à consensu invito pendens.

Oldrad. *Consil. 227. n. 5.* Decian. *lib. 2. Consil. 39. n. 44.*

37 Præterea renunciatio extinguit jus abdicatum, cum paria sint aliquod jus non esse neque competere, vel esse sed illi renunciatum fuisse.

l. 1. C. quand. non petat. part. l. 3. l. 4. ff. de bon. possess.

38 Et ideo jus semel renunciatione extinctum non reviviscit, nam jus semel extinctum ex nulla causa reviviscere potest.

post infinitos alios. Paul. Galleratus *de renunciat. lib. 2. cap. 5. n. 4. seqq.*

39 Zumahl 3) nach so langer Zeit von beschehener Renunciation, da Hrn. Landraths Vatter und er mehr als 40. Jahr, ja bald 50. verfliessen lassen, und wider Jacob Kamecken, dessen Söhne und itzigen Inhaber nicht das geringste movirt, sondern sie die gantze Zeit in ruhigem Besitz der Güter gelassen, da ihm doch ein Termin von einem Monath præfigirt gewesen, indem er sich zu lösen erklären sollen.

Quod si enim statuto termino non fiat reluitio, sed imo eidem expresse renunciatur, præcluduntur omnino successores eorumque heredes, nec cum reluitione vel retractu amplius audiuntur, sed addictio transfert dominium irrevocabiliter ad emptorem vel creditorem 40

per tradita Stryckii *de Feud. Pomeran. cap. 4. §. 36.*

anderer rationum mehr zu geschweigen die in gravaminum deductione enthalten, worauff wir uns beziehen, darinn auch dem Widrigen gnugsam begegnet.

Was aber diejenige Stück, so ihm Commissario von Petersdorffen seine Schwieger-Mutter eingeraumet und sie bereits wieder zuruck genommen, anbelanget, so hat es mit selbigen eben die Beschaffenheit, die es mit den übrigen bey ihr sub jure retentionis stehenden Gütern hat, deßwegen selbige mit jenen zugleich reluiret werden können, nach Ausgang der Sache, nemlich, so beede Theile nunmehro, nach so langem Umtrieb bestmöglichst zu beschleunigen, und ihnen selbst vor weitern unnöthigen Kosten zu seyn. 41

Die auffgewandte Unkosten haben endlich gegen einander compensirt und verglichen werden müssen, weil ein Theil in diesem, der ander in jenem Puncten obtiniret und obsieget, quo casu impensarum compensationem fieri debere docet 42

Temmen *de expensis cap. 9. sect. 1. num. 15.*

Welches wir also zu verlanater Rechtlichen Nachricht gehorsamst anfügen, und daß solches, salvo cujusvis meliori judicio, den Rechten und den Actis gemäß, mit Beydruckung unser Facultät gewöhnlichen Insiegels bezeugen wollen.

Actum in Collegio nostro d. 7. Martii 1701.

CONSILIUM CII.

CUJUS

Quæstio prima: de Bonis in Societ. Conjug. illatis cum acquisitis non confundendis: Secunda: de pactis dotalibus in Conjugum successionibus ante omnia observandis: Tertia: de ordine successionis liberorum ex diversis matrimoniis procreatorum: Quarta: de pœna privationis proprietatis conjugi superstiti delatæ portionis hereditariæ, ob transitum ad secundas nuptias, ex defectu legis vel statuti, cessante: Quinta: de Jure liberis secundi matrimonii, in portione Matris statutaria, ex primo matrimonio, accepta, competente (Sexta cessat.) Septima denique de Remediis Juris, horumque præscriptione, durante belli tempore dormientibus agit.

SUMMARIA.

Præmittitur Species Facti à num. 1. usque 17. incl.

18. Non omnia bona à Conjugibus relicta in proposito pro acquisitis sunt habenda, sed quædam horum etiam illata præsumuntur.

19. Bonorum Societas Conjugalis, per statuta vel Consuetudinem introducta, etiam secundum cujusque loci jura de utriusque bonis, à primo celebrati matrimonii momento tacite inita censetur.

20. In hac Conjugali, ut in alia quacunque, societate, jura obtinent.

21. 22. & 23. Divisio Societatis hujus bonorum Conjug. ut & cujusque speciei descriptio exhibetur.

24. In tractu Rhenano ut & Ducatu Wirtenbergico simpliciter bonorum est introducta.

25. 26. & 27. Cujus sit effectus & quid involvat hæc proxime dicta societas hic ostenditur.

28. In substrato non omnia præsumuntur acquisita.

29. Ratio hujus.

30. In substrato Uxor tam ex pactis dotalibus quam ex statuto locali tum in Mariti illata tum acquisita proportioni virili succedit.

31. & 32. Ratio hujus.

33. & 34. In successione Conjugum ad quid principaliter sit respiciendum?

35. & 36. Ordo successionis ab intestato inter liberos ex diversis matrimoniis procreatos qualis sit, ostenditur.

37. Conjux ea, quæ ex Conjugis defuncti hereditate ad ipsum pervenerunt, ad liberos in secundo matrimonio procreatos transmittit.

38. Quo jure hoc fiat, explicatur.

39. Annon ea, quæ à primo Marito, successionis jure, Uxor binuba accepit, post hujus mortem, exclusis secundi matrimonii liberis, ad liberos ex primo matrimonio procreatos redeant? cujus Ratio pro affirmativa adducitur.

40. Quæ ulterius illustratur.

41. Et ad casum substratum applicatur.

42. Negativa in præsenti verior.

43. Ratio hujus prima.

44. Jure hereditario aliquid habere, idem est, ac dominum alicujus rei esse.

45. Vocabulum **erblich** *quid significet?*

46. Ratio secunda.

47. & 48. Cessat dispositio L. 3. Cod. de secund. Nupt. ubi statutum in contrarium extat.

49. Inprimis si statutaria portio superstiti Conjugi absolute assignatur.

50. & 51. Privationis pœna nulli irroganda, nisi specialiter lex hoc determinet.

52. Quod applicatur ad casum propositum.

53. Adducitur argumentum in contrarium.

54. Ad quod respondetur.

55. 56. & 57. Statutum quousque intelligatur disponere?

58. Quæ axiomata applicantur ad casum præsentem.

59. 60. 61. 62. & 63. Dispositio Legis. 3. Cod. de sec. Nupt. in plurimis Germaniæ locis exolevit.

64. Ubi propria deficit vicinæ regionis seu Provinciæ consuetudo attendenda venit.

65. Quæ Regula hic quoque observanda.

66. Vitricus an obligetur liberis primi matrimonii portionem statutariam ab horum Matre ex hæreditate prioris Mariti acceptam in totum refundere.

67. Super

67. Super facto obſcuro vel manco de jure reſponderi nequit.
68. 69. 70. & 71. Bellum dormire facit præſcriptionem.
72. Hinc remedia juris durante belli tempore manent in ſalvo.
73. Remedium L. 3. Cod. Comm. utr. jud. deſcribitur.
74. Durat 30. annos.
75. Remedium reſtitutionis in integrum pariter in ſubſtrato poteſt inſtitui.
76. & 77. Ex ratione hic ſubjuncta.

FACTI SPECIES.

1 Titius verheurathete ſich mit Tullia, und richtete mit deroſelben eine Eheberedung, davon Copia ſub Lit. A. hiebey ligt, auff, welche in ſich hält, *artic. 3.* daß wann beyde Contrahenten in ſtehender Ehe Kinder mit einander erzeugen, darauff aber eines der beyden Ehegemächten mit Tod abgehen würde, das Letztlebende von des Abgeſtorbenen Verlaſſenſchafft mit denen Kindern nach den Häuptern in gleiche Theil erben ſolle.

2 Nun begab es ſich, daß Titius mit Hinterlaſſung zweyer Kinder, nemlich eines Sohns Mævii, und einer Tochter Æmiliæ tödtlich abgienge, da dann die Wittib Tullia ein Inventarium alles damahlig-befindl. Vermögens, gantz ohne Beſchreibung dieſer beyder Kinder Vätter- oder Mütterlichen Zu-
3 gebrachtens auffrichten lieſſe, darauffhin ſich einige Zeit hernach in die zweyte Ehe mit Sempronio einlieſſe, welcher ihro ſo viel als nichts zubrachte: Es beſtünde aber dieſe Ehe, in welcher jedoch ein Töchterlein erzeuget wurde, nicht länger als 7 Viertel Jahre, da dann auch ſie Tullia die Schuld der Natur bezahlte, und vorbeſchriebene drey Kinder aus beyden Ehen hinterlieſſe, davon auch das Jüngſte mit Sempronio erzeugte Töchterlein Tulliola gleichfalls, und zwar kurtz nach der Mutter
4 ſeel. Ableiben mit Tod abgienge; Zu welcher Zeit ihre aus erſter Ehe erzielte beyde Kinder Mævius und Æmilia, annoch in minorennitate ſtunden.

5 Inzwiſchen triebe dieſer beyder Kinder Stieff-Vatter Sempronius dahin, daß des Mævii und Æmiliæ Vormündere mit ihme Sempronio abtheilen mußten, in welchem Theilungs-Werck gedachter Stieff-Vatter es Lit. C. ſo weit gebracht, daß man ohne Anſehung, was Titius und Tullia zuſammen gebracht haben möchten, ihrer beyder Verlaſſenſchafft nach dem auffgerichteten Inventario in eine Maſſam gezogen, und dergeſtal-
6 ten zu vertheilen ſeyn ſollte, nemlich: daß von der ſämmtlichen inventirten Maſſa, der Tulliæ, vermög ſtatuti, wovon ſub Lit. B. Copia beyligt, auſſer welchem noch zur Zeit kein jüngeres Statutum bekandt, eine Terz, und dann von denen beyden übrigen Drittheilen nach Ausweiß der Ehe-Pacten noch eine Terz zukommen.

7 Von welchen beyden Poſten, nicht allein dem Sempronio, ſondern auch deſſen mit Tullia erzeugtem Tochterlein Tulliolæ, gleichwie ihren aus erſter Ehe mit Titio erzielten Kindern Mævio und Æmiliæ, gantz ohne Betrachtung des Titii in die Ehe zugebrachten Vermögens, jedem der vierte Theil zugeſchrieben worden.

Als dieſes nun unter dem Sempronio, eines 8
wie auch des Mævii und Æmiliæ Vormundern, andern Theils, alſo abgehandelt, und der Verglich auff Sempronii Antreiben von der Obrigkeit ratificirt wurde, ſo ſtunden beyde erſtgedachte Pupillen annoch in minorennitate, und wurde zumahlen Mævius in die Fremde verſchicket, da ſich dann ereignete, 9
daß ein ſchwehrer Krieg einfiele, der Ort wo allerſeits Intereſſenten wohnhafft waren, eingeäſchert, und der beyden Pupillen Vormündere ſammt dem Sempronio ins bittere Elend verjagt wurden, dahero dann Mævius und Æmiliæ ihr verhoffendes Recht biß dahero nicht proſequiren können.

Wird deſſentwegen nicht unbillig gefraget:

Quæſtio I.

Ob alles Vermögen, was nach des Titii 10
Tod ſich befunden, dergeſtalten vor Errungenſchafft zu achten, daß man keinen Regard auff deſſelben, und der Tulliæ zuſammen gebrachtes Gut machen dörffe.

II.

Ob Tullia tam ex pactis dotalibus, 11
quam ex ſtatuto locali habe in ihres verſtorbenen erſten Ehemanns Titii zugebracht- und verlaſſenes Vermögen ſuccediren können.

III.

Ob Sempronius, oder deſſen mit Tullia 12
erzeugtes Töchterlein Tulliola, von des Titii in die Ehe gebrachten apportatis das geringſte haben participirn können.

IV.

Ob nicht vielmehr ſolche des Titii ap- 13
portata, wann gleich nach deſſelben Abſterben die Tullia ſolche auff das allerhöchſte ad dies vitæ uſufructuarie

CONSILIUM CII.

CUJUS

Quæstio prima: de Bonis in Societ. Conjug. illatis cum acquisitis non confundendis: Secunda: de pactis dotalibus in Conjugum successionibus ante omnia observandis: Tertia: de ordine successionis liberorum ex diversis matrimoniis procreatorum: Quarta: de pœna privationis proprietatis conjugi superstiti delatæ portionis hereditariæ, ob transitum ad secundas nuptias, ex defectu legis vel statuti, cessante: Quinta: de Jure liberis secundi matrimonii, in portione Matris statutaria, ex primo matrimonio, accepta, competente (Sexta cessat.) Septima denique de Remediis Juris, horumque præscriptione, durante belli tempore dormientibus agit.

SUMMARIA.

Præmittitur Species Facti à num. 1. usque 17. incl.

18. Non omnia bona à Conjugibus relicta in proposito pro acquisitis sunt habenda, sed quædam horum etiam illata præsumuntur.

19. Bonorum Societas Conjugalis, per statuta vel Consuetudinem introducta, etiam secundum cujusque loci jura de utriusque bonis, à primo celebrati matrimonii momento tacite inita censetur.

20. In hac Conjugali, ut in alia quacunque, societate, jura obtinent.

21. 22. & 23. Divisio Societatis hujus bonorum Conjug. ut & cujusque speciei descriptio exhibetur.

24. In tractu Rhenano ut & Ducatu Wirtenbergico simpliciter bonorum est introducta.

25. 26. & 27. Cujus sit effectus & quid involvat hæc proxime dicta societas hic ostenditur.

28. In substrato non omnia præsumuntur acquisita.

29. Ratio hujus.

30. In substrato Uxor tam ex pactis dotalibus quam ex statuto locali tum in Mariti illata tum acquisita proportioni virili succedit.

31. & 32. Ratio hujus.

33. & 34. In successione Conjugum ad quid principaliter sit respiciendum?

35. & 36. Ordo successionis ab intestato inter liberos ex diversis matrimoniis procreatos qualis sit, ostenditur.

37. Conjux ea, quæ ex Conjugis defuncti hereditate ad ipsum pervenerunt, ad liberos in secundo matrimonio procreatos transmittit.

38. Quo jure hoc fiat, explicatur.

39. Annon ea, quæ à primo Marito, successionis jure, Uxor binuba accepit, post hujus mortem, exclusis secundi matrimonii liberis, ad liberos ex primo matrimonio procreatos redeant? cujus Ratio pro affirmativa adducitur.

40. Quæ ulterius illustratur.

41. Et ad casum substratum applicatur.

42. Negativa in præsenti verior.

43. Ratio hujus prima.

44. Jure hereditario aliquid habere, idem est, ac dominum alicujus rei esse.

45. Vocabulum erblich *quid significet?*

46. Ratio secunda.

47. & 48. Cessat dispositio L. 3. Cod. de secund. Nupt. ubi statutum in contrarium extat.

49. Inprimis si statutaria portio superstiti Conjugi absolute assignatur.

50. & 51. Privationis pœna nulli irroganda, nisi specialiter lex hoc determinet.

52. Quod applicatur ad casum propositum.

53. Adducitur argumentum in contrarium.

54. Ad quod respondetur.

55. 56. & 57. Statutum quousque intelligatur disponere?

58. Quæ axiomata applicantur ad casum præsentem.

59. 60. 61. 62. & 63. Dispositio Legis. 3. Cod. de sec. Nupt. in plurimis Germaniæ locis exolevit.

64. Ubi propria deficit vicinæ regionis seu Provinciæ consuetudo attendenda venit.

65. Quæ Regula hic quoque observanda.

66. Vitricus an obligetur liberis primi matrimonii portionem statutariam ab horum Matre ex hæreditate prioris Mariti acceptam in totum refundere.

67. Super

67. Super facto obscuro vel manco de jure responderi nequit.
68. 69. 70. & 71. Bellum dormire facit præscriptionem.
72. Hinc remedia juris durante belli tempore manent in salvo.
73. Remedium L. 3. Cod. Comm. utr. jud. describitur.
74. Durat 30. annos.
75. Remedium restitutionis in integrum pariter in substrato potest institui.
76. & 77. Ex ratione hic subjuncta.

FACTI SPECIES.

1 Titius verheurathete sich mit Tullia, und richtete mit deroselben eine Eheberedung, davon Copia sub Lit. A. hiebey ligt, auff, welche in sich hält, *artic. 3.* daß wann beyde Contrahenten in stehender Ehe Kinder mit einander erzeugen, darauff aber eines der beyden Ehegemächten mit Tod abgehen würde, das Letztlebende von des Abgestorbenen Verlassenschafft mit denen Kindern nach den Häuptern in gleiche Theil erben solle.

2 Nun begab es sich, daß Titius mit Hinterlassung zweyer Kinder, nemlich eines Sohns Mævii, und einer Tochter Æmiliæ tödtlich abgienge, da dann die Wittib Tullia ein Inventarium alles damahlig-befindl. Vermögens, gantz ohne Beschreibung dieser beyder Kinder Vätter- oder Mütterlichen Zu-
3 gebrachtens auffrichten liesse, darauffhin sich einige Zeit hernach in die zweyte Ehe mit Sempronio einliesse, welcher ihro so viel als nichts zubrachte: Es bestünde aber diese Ehe, in welcher jedoch ein Töchterlein erzeuget wurde, nicht länger als 7 Viertel Jahre, da dann auch sie Tullia die Schuld der Natur bezahlte, und vorbeschriebene drey Kinder aus beyden Ehen hinterliesse, davon auch das Jüngste mit Sempronio erzeugte Töchterlein Tulliola gleichfalls, und zwar kurtz nach der Mutter
4 seel. Ableiben mit Tod abgienge; Zu welcher Zeit ihre aus erster Ehe erzielte beyde Kinder Mævius und Æmilia, annoch in minorennitate stunden.

5 Inzwischen triebe dieser beyder Kinder Stieff-Vatter Sempronius dahin, daß des Mævii und Æmiliæ Vormündere mit ihme Sempronio abtheilen mußten, in welchem Theilungs-Werck gedachter Stieff-Vatter es Lit. C. so weit gebracht, daß man ohne Ansehung, was Titius und Tullia zusammen gebracht haben möchten, ihrer beyder Verlassenschafft nach dem auffgerichteten Inventario in eine Massam gezogen, und dergestal-
6 ten zu vertheilen seyn sollte, nemlich: daß von der sämmtlichen inventirten Massa, der Tulliæ, vermög statuti, wovon sub Lit. B. Copia beyligt, ausser welchem noch zur Zeit kein jüngeres Statutum bekandt, eine Terz, und dann von denen beyden übrigen Drittheilen nach Ausweiß der Ehe-Pacten noch eine Terz zukommen.

7 Von welchen beyden Posten, nicht allein dem Sempronio, sondern auch dessen mit Tullia erzeugtem Tochterlein Tulliolæ, gleichwie ihren aus erster Ehe mit Titio erzielten Kindern Mævio und Æmiliæ, gantz ohne Betrachtung des Titii in die Ehe zugebrachten Vermögens, jedem der vierte Theil zugeschrieben worden.

Als dieses nun unter dem Sempronio, eines 8
wie auch des Mævii und Æmiliæ Vormundern, andern Theils, also abgehandelt, und der Verglich auff Sempronii Antreiben von der Obrigkeit ratificirt wurde, so stunden beyde erstgedachte Pupillen annoch in minorennitate, und wurde zumahlen Mævius in die Fremde verschicket, da sich dann ereignete, 9
daß ein schwehrer Krieg einfiele, der Ort wo allerseits Interessenten wohnhafft waren, eingeäschert, und der beyden Pupillen Vormündere sammt dem Sempronio ins bittere Elend verjagt wurden, dahero dann Mævius und Æmiliæ ihr verhoffendes Recht biß dahero nicht prosequiren können.

Wird dessentwegen nicht unbillig gefraget:

Quæstio I.

Ob alles Vermögen, was nach des Titii 10
Tod sich befunden, dergestalten vor Errungenschafft zu achten, daß man keinen Regard auff desselben, und der Tulliæ zusammen gebrachtes Gut machen dörffe.

II.

Ob Tullia tam ex pactis dotalibus, 11
quam ex statuto locali habe in ihres verstorbenen ersten Ehemanns Titii zugebracht- und verlassenes Vermögen succediren können.

III.

Ob Sempronius, oder dessen mit Tullia 12
erzeugtes Töchterlein Tulliola, von des Titii in die Ehe gebrachten apportatis das geringste haben participirn können.

IV.

Ob nicht vielmehr solche des Titii ap- 13
portata, wann gleich nach desselben Absterben die Tullia solche auff das allerhöchste ad dies vitæ usufructuarie

rie zu genieſſen gehabt hätte, jedannoch nach Tulliæ Abſterben auf deſſelben Kinder Mævium und Æmiliam mit Ausſchlieſſung Sempronii und Tulliolæ, de jure zuruck gefallen.

V.

14 Ob nicht zufolg deſſen Sempronius ſchuldig, ſeinen beyden Stieff-Kindern, Mævio und Æmiliæ, das, ſo ihme und der Tulliolæ von des Titii apportatis und Verlaſſenſchafft in der Theilung zugeſchrieben worden, wieder zuruck zu geben.

VI.

Ob nicht des Mævii und Æmiliæ Vormündere, nach vorbeſchriebener Speciem Facti wahrer Beſchaffenheit, denen Pupillen zu Præjuditz ein oder anderes negligirt? 15

VII.

Ob nicht ſolchen Falls Mævius und Æmilia, wann gleich dieſe Sach wegen zehen jährig-darzwiſchen gefallenen Kriegs, ſchon in die 15. biß 17. Jahr angeſtanden, nichts deſto weniger des beneficii reſtitutionis in integrum wider Sempronium zu gaudiren haben? 16

17 WElchen nächſt præmittirte Speciem Facti zuſammt den ſubnectirten ſieben Fragen, und Beylagen, nun ſo bald es wegen anderer ſehr überhäufften Geſchäfften, und vieler auffwartenden Bothen halber immer geſchehen können, wir zur Juriſten Facultät der allhieſig-Fürſtl. Würtenbergiſchen Univerſität Tübingen verordnete Decanus und übrige Doctores mit Fleiß zu durchleſen und zu erwegen, ſo dann in unſerm verſammletem Collegio von der Sach ſorgfältig zu deliberiren nicht ermangelt, da wir in gepflogener Conſultation einmüthig dafür gehalten, daß Rechtens ſey, wie bey einer jeden Frage abſonderlich angezeiget wird

Und zwar, was forderiſt

Die Erſte Frage:

Ob alles Vermögen, was nach des Titii Tod ſich befunden, dergeſtalten vor Errungenſchafft zu achten, daß man keinen Regard auff deſſelben und der Tulliæ zuſammen gebrachtes Gut machen dörffe?

18 anlanget: So können wir durchaus nicht erachten, daß alles Vermögen, was ſich nach des Titii Tod befunden habe, dergeſtalten, vor lauter Errungenſchafft gehalten werden können, daß man keinen Regard auff deſſelben und der Tulliæ zuſammen gebrachtes Gut machen dörffen, ſondern halten vielmehr beſtändig dafür, daß vor allen Dingen hätte ſollen darauff Reflexion gemacht werden, was ein oder ander Ehegatt poſt contractum matrimonium in die Ehe gebracht oder irgends hernach ſeiner Seits von ſeinen Bluts-Freunden ererbt, und alſo in communem bonorum ſocietatem inter conjuges procul dubio illic obtinentem, (cum eandem in Alſatia, Argentorati, Spiræ, & in toto fere tractu Rhenano receptam teſtetur poſt Roſenthal. B. D. Lauterbach. *de ſocietat. bonor. Conjug. cap. 1. theſ. 6.*)

ad commune lucrum conferirt, denn wo dergleichen Societas bonorum inter Conjuges per Statuta vel conſuetudinem eingeführt und recipirt iſt, da iſt es dafür zu achten, daß ſolche ſecundum cujusque loci jura gleich inter Conjuges de utriusque bonis tacite eingegangen ſey, ſo bald ſie nur in die Ehe getretten, weil nun dieſe conjugalis bonorum communio eine vera Societas, ab ea, quæ expreſſis pactis inter alios initur, & de qua in Jure noſtro Civili agitur, nihil admodum diſcrepans, ſo obteniren auch darinn die Rechte und Jura, quæ de ſocietate loquuntur. 19 20

poſt Joſephum de Seſſe *in deciſ. Senat. Regn. Arragon. dec. 37. numer. 1. 2.* Chaſſanæum & Bocrium *ad Conſuet. Burgund. & Bituricenſ.* B. D. Lauterbach. *de Societ. bonor. Conjug. cap. 1. §. 3.*

Und iſt dieſelbe vel univerſalis, & quidem *vel in ſpecie omnium bonorum*, qua conjugum bona cuncta præſentia & futura, tam allata quam acquiſita, ex quocunque tandem titulo proveniant, pleno jure communicantur, quæ ubi obtineat oſtendit 21

B. D. Lauterbachius, *cap. 1. theſ. 5.*

vel ſimpliciter bonorum, qua quidem etiam omnia ſociorum bona, quodammodo in commune conferuntur, ſed vere & plene ea tantum communicantur, quæ ex quæſtu ſeu negotiatione, artificio vel opera ſociorum acquiruntur, quæ ubi vigeat itidem tradit 22

B. D. Lauterbachius, *d. l. §. 6.*

vel

23 vel specialis aut mobilium tantum, aut immobilium saltem, alicubi vigens
teste Lauterbachio *d. l. §. 7.*

24 In tractu Rhenano aber obtinirt juxta testimonium B. D. Lauterbach. *d. l.* die Societas bonorum simpliciter, die auch in hoc nostro Ducatu eingeführt und recipirt ist, selbe
25 nun ziehet dieses nach sich, daß wann die Societæt durch Absterben eines der Ehe-Gatten sich geendiget, zwey absonderliche Theilungen getroffen werden müssen, die erste zwischen dem überlebenden Ehegatten und des verstorbenen Erben wegen der in Ehelicher Societæt gemeinschafftlich gehabter Güter zu deren Vollziehung forderist ein vollständiges Inventarium aller des verstorbenen und überlebenden Ehe-Gemahls liegend und fahrender Haab und Güter zu begreiffen, so dann sollen und müssen ex Societatis hujus natura nach abgezogenen gemeinschafftlichen Passiv-Schulden dem überlebenden Ehegemächt zugeeignet werden

26 1.) Sein zugebrachtes oder in währender Ehe ererbtes, so viel nemlich davon (auf den Fall, daß irgend in wehrender Ehe wäre eingebüßt worden,) über den zu leiden habenden Ertrag der Einbuß annoch vorhanden, falls aber 2.) in währender Ehe fürgeschlagen und errungen worden, sein gebührenden Theil von der Errungenschafft dem Verstorbenen oder dessen Erbschafft soll auf gleiche Weiß zugeschrieben werden 1.) Sein Zubringen oder Ererbtes. 2.) Sein Theil Errungenschafft, womit die erste Theilung beschlossung wird.

27 Die andere ist des Verstorbenen verlassenen Erbschafft Vertheilung, bey dieser sind forderist von des Verstorbenen gesammter in seinem Zubringen, und in seinem Antheil des errungenen bestehenden Verlassenschafft abzuziehen die jenige Schulden, die von ihm alleinig verursachet worden. Deßgleichen die Leich-Kosten, in dem ein jeder de suo zu vergraben.

l. 14. §. 13. ff. de relig. & sumpt. fun.
ibi: de suo enim expedit mortuos funerari.

2.) Wo Kinder irgend aus voriger Ehe vorhanden seynd, denselben oder ihren Pflegern ihre verfangene biß daher bey dem Verstorbenen nutznießlich gestandene Güter einzuraumen; So dann ist 3.) des Verstorbenen Ehe-Gatten vorhandene Verlassenschafft den Statutis nach unter die hinterlassene Kinder und im Leben verbliebene Ehe-Gemahl gebührend zu distribuiren, und dabey die vorhin empfangene Conferenda zu conferiren.

28 Woraus also erscheinet, daß in alleweg auf des Titii und der Tulliæ zusammen gebrachtes Gut solte Regard gemacht worden seyn, und nach des Titii Todt nicht alles vorhandene Vermögen als eine Errungenschafft angesehen und vertheilt worden seyn, wann es nicht dergleichen gewesen, sondern sie dessen ein gutes Theil ein oder ander oder beederseits in die Ehe gebracht, oder ein und ander von ihnen in währender ihrer Ehe was seiner Seits ererbt, welches so wohl der Heurathe-Abrede, worinn ausdrück- 29
lich des anererbten oder errungenen gedacht wird, als dem Statuto durchauß gemäß und convenabel ist, darinn zum zweyten mahl der beyderseits zusammen gebrachten oder innstehender Ehe angefallenen und errungenen Güter expressisime Meldung geschicht, derentwegen wir den geringsten Anstand oder Zweiffel nicht haben, daß in alleweg auf beederseits Eheleuth zusammen gebrachtes hätte reflectirt werden sollen.

Ferner ergibt sich darauß, daß in prima divisione sociali dem Verstorbenen nicht weniger als dem überlebenden Ehe-Gatten sowohl sein in die Ehe Zugebrachtes oder darinn Angefallenes als sein dem Statuto nach gebührendes Antheil des Errungenen zugeschieden werden müsse, welches dann sein hinterlassenes Vermögen und Erbschafft in secunda divisione hereditaria unter dessen Erben zu vertheilen constituirt. Welchem nach kein Zweiffel seyn kan, daß, quod

Secundam attinet Quæstionem:

Ob Tullia tam ex pactis dotalibus quam ex Statuto locali **habe in ihres verstorbenen ersten Ehemanns** Titii **zugebracht und verlassenes Vermögen succediren können?**

nicht Tullia tàm ex pactis dotalibus, quàm 30
ex Statuto locali von ihres verstorbenen ersten Ehemanns Titii sowohl zugebrachten, als seinem Schwerdt-Theil, i. e. 2. Drittheil vom errungenen deductis deducendis ein Kinds-Theil ererbet, und darinn succediren können, denn in Pactis dotalibus ja expresse versehen, 31
daß wann zum Dritten Titium und Tulliam der liebe GOtt in ihrem Ehestande mit Kindern gesegnen, und dieselbe nach ein oder anderer Seiten erfolgendem Ableiben überbleiben lassen würde, solle das letztlebende mit den Kindern nach den Häuptern einen Kinds-Theil von des verstorbenen **Verlassenschafft** zu erben haben. 32
Nun ist des Titii Verlassenschafft in seinem zugebrachten und 2 Drittheil des in währender erster Ehe Errungenen bestanden, deßwegen Tulliæ davon ein Kinds-Theil, das ist, ein Drittheil gebührt hat, und ihro zu ihrer Erbs-Portion angefallen ist. Desgleichen cavirt das Statutum, daß nach errichtetem Inventario und bezahlten oder versicherten gemeinschafftlichen Passiv-Schulden von dem Errungenen, dem Mann sein Schwerdt-Theil, der Frauen ihr Spindel-Theil assignirt, und denn dem überlebenden an des Verstorbenen Verlassenschafft nichts ausgenommen, der vierdte Theil

wann drey oder weniger Kinder sind, oder ein Kinds-Theil, wann der Kinder vier oder mehr sind erblich zukommen soll, ob nun wohl Tulliæ diesem Statuto nach, weil der Kinder nur zwey gewesen, der vierdte Theil von des Titii hinterlassenem Vermögen, so in seinem zugebrachten Schwerdt-Theil vom Errungenem bestanden,
33 nur gebührt hätte, so derogiren doch diesem Statuto jetzo die Pacta dotalia, die ihro ein Kinds-Theil, und also da der Kinder allein zwey vorhanden, den dritten Theil seines verlassenen Vermögens geben.

34 Constat enim in Successione conjugum ante omnia attendenda esse Pacta dotalia, his vero deficientibus consuetudinis & statuta vel mores loci inspici, quibus itidem deficientibus demum Jus commune succedit & observandum venit.

Struv. *Ex. 38. th. 39.*

Belangend

Die dritte Quæstion:

Ob Sempronius oder dessen mit Tullia erzeugtes Töchterlein Tulliola von des Titii in die Ehe gebrachten apportatis das geringste haben participiren können?

35 So halten wir, daß Sempronius oder dessen mit Tullia erzeugtes Töchterlein Tulliola von des Titii in die Ehe gebrachten apportatis vor sich zwar nichts participiren können, weil weder Sempronius noch dessen mit Tullia erzeugtes Töchterlein Tulliola Titii Erbe ab intestato jemahls geworden oder werden können, indem er zwey leibliche Kinder hinterlassen, die sowohl Sempronium, als ihr Schwesterlein von der Mutter her Tulliolam à Successione in bonis ihres leiblichen Vatters excludiret, massen bekandt,

36 quod in successione descendentium omnino videndum & attendendum sit, sintne omnes primi gradus liberi ex utroque Parente conjuncti, i. e. germani fratres & sorores, an tantum habeant Patrem unum & communem, diversas vero matres, qui vocantur consanguinei fratres, an contra tantum matrem unam & communem habeant, diversos verò Patres, qui dicuntur fratres uterini & sorores uterinæ propter solam videl. ejusdem uteri societatem. Discrimen enim quoad successionis jura inter hæc tria fratrum genera tale est, ut 1.) fratres germani, quos dicimus **Geschwistrigt von voller Geburth, oder von beyden Banden** utrique Parenti æqualiter succedant. 2.) Consanguinei in bonis paternis æqualiter, in bonis maternis quilibet seorsim suæ matri. 3.) Uterini vero in bonis maternis æqualiter, in paternis quilibet seorsim suo patri.

l. 3. seqq. C. de secund. nupt. l. 13. vers. except. C. de legit. hered. quæ nullibi diserte correcta invenitur. Valent. Forster. *lib. 4. de Success. ab intest. cap. 16.* Rittershus. *ad Novell. p. 7. cap. 4. n. 9.* Pfeil *Cons. 116.* Struv. *Ex. 38. th. 16.* Grassus §. *Successio ab intest. qu. 17.*

Jedoch was Tullia von ihres seel. ersteren 37
Mannes Titii apportatis vi statuti & Pactorum dotalium ererbet, das hat sie hernach auf ihre Erben, worunter Sempronius und Tulliola auch gewesen, jure transmittiret, was also unter ihrer verlassenen Erbschafft auf sie gefallen, davon haben Sempronius und Tulliola nullo jure excludiret werden können, sondern haben 38
sich dessen optimo maximo jure angemasset, non sub nomine & respectu à Titio apportatorum, verum quatenus quæ de iis vi statuti & pactorum dotalium Tulliæ obvenerunt, pars patrimonii illius facta, & sic reliquis ipsius bonis juncta unum cum iis patrimonium constituerunt, quod post mortem ejus ad heredes ipsi vi Statuti ab intestato successuros, qui fuere liberi ex primo & secundo matrimonio nati, nec non secundus maritus, æquis partibus inter eos dividendum, translatum est.

Die vierte Frage

ist:

Ob nicht vielmehr solche des Titii apportata, wann gleich nach desselben Absterben die Tullia solche auf das allerhöchste ad dies vitæ usufructuarie zu genteſſen gehabt hätte, jedennoch nach Tulliæ Absterben auff desselben Kinder Mævium und Æmiliam mit Ausschliessung Sempronii und Tulliolæ de Jure zurück gefallen?

Welche in alleweg schlechter Dinge scheinet 39
zu affirmiren zu seyn, vi
l. fœminæ. *3. C. de secund. nupt.* ubi expresse constitutum est, quod si marito mortuo superstes uxor exstantibus liberis ex priori matrimonio natis ad secunda vota transeat, lucrorum nuptialium, (quorum nomine veniunt quæcunq; obvenerunt superstiti conjugi ex priori matrimonio, sive illa sint in dotem data aut propter nuptias donata, sive sint sponsalitia h. e. inter sponsos donata, sive sint donata mortis causa, sive simpliciter inter vivos donatione morte donatoris vel donatricis confirmata, sive titulo pro herede, sive ex legato, sive ex fideicommisso acquisita) proprietatem amittat, eamque liberis prioris matrimonii servare cogatur, ipsa vero mater binuba illorum usufructu

ctu contenta esse debeat, quæ pœna in odium secundarum nuptiarum matri binubæ constituta ad patrem binubum in sequenti *l. 5. C. d. t. & Nov. 22. c. 23.* extenditur, ut non minus & in eo locum obtineat, quam sententiam in foro prævaluisse & supremarum curiarum præjudiciis confirmatam esse tradit Sanden *lib. 2. tit. 3. def. 2.* Gail. *2. obs. 98. n. 3.* Annæus Robert. *lib. 1. rer. judicat. c. 8.*

40 Etsi autem Dd. communiter statuant, pœnas secundarum nuptiarum non modò nimis festinatarum h. e. intra annum luctus contractarum, sed etiam post annum luctus celebratarum, in odium secundarum nuptiarum iteratò nubentibus constitutas, hodie ab usu recessisse; attamen illas quæ in favorem liberorum primi matrimonii principaliter statutæ sunt, etiamnum servari, juraque illa, quibus liberis prospicitur, cum parentes ad secunda migrant vota firma & immutilata stare, communiter asserunt

Sanchez. *de matrimon. lib. 7. Disput. 87. n. 23. & Disp. 88. num. 39.* Hieron. de Cævallos *comm. opin. qu. 742. num. 2.* Covarruv. *de Sponsal. part. 2. cap. 3. §. 9. n. 5.* Gail. *2. obs. 98. n. 6. 8.* Pruckman. *vol. 2. cons. 1. n. 371.* Mev. *ad Jus Lubec. p. 2. tit. 2. art. 28. n. 30.* Brunneman. *ad l. 10. C. de secund. nupt. n. 5.* Peregrin. *de Jur. fisci lib. 3. tit. 15. num. 3.* Merlin. *de legitima. lib. 4. tit. 2. qu. 6. n. 2. seqq.* Joh. Carol. Antonell. *de temp. legal. lib. 2. cap. 22. n. 94. seqq.* Gutierez *lib. 2. Pract. qu. 95. n. 5.* Sanden *d. l. 2. tit. 3. d. 1.* Gudelin. *de Jur. noviss. lib. 1. cap. 12.*

41 Deme dann gantz convenabel zu seyn scheinet, daß Tullia dasjenige, was sie von ihres ersten mariti apportatis empfangen allein ad dies vitæ jure ususfructus zu genieſſen gehabt, die Proprietas aber den Kindern ersterer Ehe Mevio & Æmiliæ zugehört, und reservirt werden müssen, in deren Person also post mortem Tulliæ der ihr Zeit Lebens zugestandene ususfructus cum proprietate consolidirt worden, mit Ausschlieſſung des Sempronii und Tulliolæ davon.

42 Aber dessen ungeachtet halten wir beständig dafür, daß Tulliæ diejenige Erbs-Portion die ihr vi Statuti & Pactorum dotalium von ihres ersten Manns des Titii Errungenen und Gewonnenen gebührt hat, und zugefallen ist, in allwege pleno jure mit Nutzen und Eigenthum acquiriret sey und zugehöret, und sie selbige keineswegs nur ad dies vitæ jure ususfructus zu genieſſen gehabt, deßwegen selbige auch nach Tulliæ Absterben auf des Titii Kinder Mævium und Æmiliam allein mit Ausschlieſſung Sempronii und Tulliolæ de jure nicht zurück fallen können, sondern mit und neben ihrem übrigen zugebrachten und errungenen eine Massam hereditariam und ein verlassenes Erb-Gut gemacht, so nach ihrem Todt auf ihre Erben so nicht allein die Kinder erster Ehe Mævius und Æmilia, sondern auch ihr anderer Ehe-Mann Sempronius und das mit ihm erzeugte Töchterlein Tulliola gewesen, mit Nutzen und Eigenthum verfallen, und unter sie den Häuptern nach in æquales partes zu vertheilen kommen; Anerwogen das Statutum der freyen Reichs-Stadt N. ausdrücklich cavirt, daß wann zwey Eheleuthe ohne Ehe-Beredung oder letzten Willen mit Hinterlassung Kinder aus erster Ehe oder letzter Ehe von einander sterben, so solle nach auffgerichtetem Inventario, bezahlten oder versicherten Schulden, Vertheilung des Acquæstus, dem überlebenden an des Verstorbenen Verlassenschafft NB. **nichts ausgenommen**, der vierdte Theil, wann drey oder weniger Kinder seyn, oder ein Kinds-Theil, wann der Kinder vier oder mehr sind, erblich zukommen, diesen vierdten oder Kinds-Theil hat des überlebende Ehe-Gemächt ex Statuto nicht nur Jure Ususfructus ad dies vitæ zu genieſſen, reservata liberis prioris matrimonii proprietate, sondern empfängt solchen pleno jure frey, ledig und eigenthumlich, dergestalten, daß es seines Gefallens damit schalten und walten möge, wie es wolle, folglich selbigen auch wieder auf seine Testaments- oder ab intestato succedirende Erben vererben, und jure hereditario transmittiren könne, wie solches in Jure nostro Provinciali Würtembergico

p. 4. tit. 8. §. Ferner ꝛc. *p. 455.*

ausdrücklich also versehen, und daß diß Statutum der Freyen Reichs Stadt N. solches ebenmäßig wolle, nicht undeutlich anzeigt, das Wort Erblich, welches so viel ist als Eigenthumlich notante

Wehnero & Besoldo *voc. Erblich.* Hahnio *de Jure rer. cap. 35. n. 1.*

und also so viel bedeutet, als wann in d. textu gesagt würde, daß das überlebende Ehegemächt von des Verstorbenen Verlassenschafft einen vierdten oder Kinds-Theil völlig mit Nutzen und Eigenthum zu seiner freyen Disposition erben und Jure hereditario haben solle.

Jure enim hereditario aliquid habere nihil aliud est, quam alicujus rei Dominum esse, ejusque proprietatem habere, 44

§. item Extraneus. Inst. de hered. qualit. & differ. ubi Imperator Justinianus inquit: *pro herede gerere est pro Domino gerere, veteres enim heredes pro Dominis appellabant.*

verbumque Germanicum Erblich ad Dominium acquirendum referendum esse, nec de nudo usufructu juxta communem loquendi usum accipi & intelligi posse, probat 45

Regner. Sixtin. *vol. 3. Cons. Marpurg. 7. n. 3. 10. seqq.*

46 Welches noch klährer die Oppositio dieses dem überlebenden Ehe-Gemächt angefallenen Erbtheils, und der übrigen den Kindern zugefallenen Erb-Theile, deren Nutznieſſung dem überlebenden Ehegemächt auch eingeraumet wird, gegen Caution, Alimentation und ehrliche Aufferziehung der Kinder, anzeiget, als woraus nicht undeutlich zu inferiren, daß das Ehe-Gemächt in seinem eignen ihm angefallenen Erbtheil nicht nur die Nutznieſſung, wie in der Kinder Erbtheilen, sondern das völlige Eigenthum haben müsse, indem es in dem Statuto heißt: Es mag auch das überlebende (Ehe-Gemächte, **über seinen erblich empfangenen vierten- oder Kinds-Theil**) gegen gnugsamer Caution, Alimentation und ehrlicher Aufferziehung der Kinder die Nieſſung aller (den Kindern angefallener) Güter haben, und Zeit Lebens behalten, jedoch sollen die Kinder, welche sich nach unserer Vormunds-Ordnung verheurathen, ehrlich ausgesteuret werden.

47 Daß aber das überlebende Ehegemächte das vor sich ererbte Eigenthum in diesem ihm per Statutum deferirten vierdten oder Kindstheil von des Verstorbenen hinterlassenen Vermögen per transitum ad secundas nuptias verliehre, solches den Kindern erster Ehe reserviren, und sich mit dem nudo usufructu vergnügen müsse, kan, weil es in dem Statuto nicht ausdrücklich cavirt, keinesweges behauptet und asseriret werden, krafft des

L. fœmina. 3. C. de secund. nupt.

48 Hæc enim Lex locum non habet in iis, quæ Statuto deferuntur

ut contra Gailium, Grassum, Arium, Pincellum & alios post Didacum a Segura *de lucro marit. & uxor. n. 86.* Gomez, Leonium *dec. 4.* Boguet *ad Consuet. Burgund. probat* Joh. a Sommern *tr. de Jure novercar. cap. 13. n. 5.*

49 Portio siquidem Statutaria absolute assignatur superstiti conjugi, non sub conditione, si ad secunda vota non transierit.

Brunnem. *cent. 1. dec. 80.*

50 Nec quisquam jure suo per Statutum ex singulari ratione delato privandus, nisi hoc expresse Statuto illo cautum sit.

Nov. 2. c. 3. c. 2. verbis: *cum nusquam inveniatur cautum. ne sede vacant.*

51 nec ulli pœna privationis irroganda, nisi hoc expresse & specialiter Lex determinet vel sanciat.

d. Nov. 2. c. 3. Nov. 115. c. 3.

52 Cum igitur in Statuto Civitatis Imper. N. altum sit silentium de pœna privationis proprietatis conjugi superstiti delatæ portionis hereditariæ ob transitum ad secundas nuptias, ea merito cessare debet. Nec obstat, 53
quod dici soleat, Statutum secundum Jus commune interpretationem recipere & ita exaudiendum esse, ut quam minime Jus Civile lædat. Nam ut hoc suo modo verum 54
est, sic quoque verum est, quod quando apparet, Statutum esse Juris communis correctorium, ejus verbis tenaciter sit inhærendum, nec quicquam illis vel addendum vel detrahendum, sed Statutum ad unguem observandum.

Schurff. *cent. 3. Cons. 37. n. 16.* Andr. Tiraquell. *de retract. lignag. §. 2. gl. 1. n. 15.* Thoming. *dec. 46. n. 1.*

Hinc nata sunt sequentia Dd. axiomata: 55
Statutum tantum intelligi disponere quantum loquitur & nihil quicquam præterea.

Schrader. *p. 1. Cons. 1. n. 65.* Honded. *lib. 1. Cons. 8. n. 69. Cons. 95. n. 65.* Gail. *2. O. 33. n. 2.*

Statutum prout stat & jacet atque secun- 56
dum literam intelligi debere, literalem ejus sensum & retinendum & sequendum illudque extra verba ejus non esse extendendum.

Honded. *vol. 1. Cons. 1. n. 44.* Græv. *l. 2. concl. 33. n. 14.*

Quod Statutum non dicit, illud nec no- 57
strum sit dicere, nec per subauditos intellectus supplere.

Gail. *d. Obs. 33. n. 2.* Schurff. *c. 3. Cons. 33. n. 16.* Wesenbec. *p. 1. Cons. 5. n. 43.*

Cum ergo Statutum Civitatis N. simpli- 58
citer contra Jus commune conjugi superstiti certam portionem hereditariam pleno jure de bonis conjugis prædefuncti deferat, nec quicquam addat de proprietatis privatione & reservatione ejusdem pro liberis prioris matrimonii cum superstes conjux ad secunda vota transit, merito ob Statuti silentium de ea cessare debet privatio.

Und zwar solches um so mehr, als ohne dem 59
die Dispositio *d. l. 3. C. de secund. nupt.* de amissione proprietatis lucrorum nuptialium, hereditatum, legatorum, fideicommissorum, donationum mortis causa, a defuncto conjuge provenientium, ob transitum ad secunda vota, & illius conservatione liberis prioris matrimonii facienda, retento saltem usufructu, **in den meisten Orthen Deutschlandes in den Abgang kommen und nimmer** observirt **wird.**

In foro enim Saxonico eam abrogatam esse 60
dubio carere scribit
post Colerum *p. 1. dec. 64.* Petrus Mullerus *Disp. de odio secundar. nupt. cap. 7. th. 4.*

Pariter

61 Pariter in Marchia Brandenburgica, aliisque Provinciis eam non observari testatur

Brunnemann. *ad l. 10. C. de secund. nupt. n. 8. 9. & cent. 1. dec. 80. ac cent. 2. dec. 59. n. 19.*

62 In hoc nostro Ducatu Würtembergico quamvis haud appareat *L. 3. & 5. C. de secund. nupt.* binubis conjugibus omnium ex primi prædefuncti conjugis bonis acceptorum proprietatem adimens, eamque primi matrimonii liberis, relicto illis saltem eorum usufructu, addicens, jure nostro Statutario expresse & specialiter ullibi abrogata, attamen eam non attendi, nec usu observari aut locum invenire notavit

Plebstius *ad Jus Prov. Würt. Disp. 4. th. 65.* B. Dn. D. Bardili *Disp. de Portion. Statut. th. 45. in fin.*

63 Cum ergo in vicinis locis per consuetudinem abrogata sit illa secundarum nuptiarum pœna *in l. 3. C. de secund. nupt.* fundata, & procul dubio hæc consuetudo in Civitate Imperiali N. etiam hactenus observata fuerit, merito inspicitur, quid in ejusmodi casibus hactenus servatum fuit. Est enim regula communi Dd. suffragio suffulta:
64 Consuetudinem vicinæ regionis seu Provinciæ spectandam & attendendam esse, ubi propria deficit. Et hoc apud nostros clarum esse testatur

Menoch. *Cons. 9. num. 22.*

ita enim secundum eum scribunt omnes

in l. de quibus. ff. de legib.

& confirmatur hæc conclusio per

Oldrad. *Cons. 297. circa fin.* ubi inquit: *quod consuetudo vicinorum etiam in onerosis attendatur.* per *l. venditor. §. si constat. ff. commun. prædior. l. Christianos proximos. C. de Episcop. audient.* Paul. de Castro *Cons. 437. in 2do dubio.* Afflict. *dec. 248. n. 4.*

65 Quanto magis ergo consuetudo viciniæ amplectenda & intuenda erit, ubi & in ipso loco hactenus jam tum observata fuit, tum enim non tam viciniæ, quam ipsius loci propria consuetudo vocari meretur, & hinc omnino attendenda præ jure communi, cui per illam derogari constat.

Aus welcher Resolution der dritten und vierten Frage nun die Decision der folgenden

Fünfften Frage:

Ob nicht zu Folge dessen Sempronius schuldig, seinen beyden Stieff-Kindern Mevio und Æmiliæ, das so ihme und der Tulliolæ von des Titii apportatis und Verlassenschafft in der Theilung zugeschrieben worden, wieder zuruck zu geben?

66 von selbst dahin folget, und fliesset, daß wann Sempronio und Tulliolæ vor sich, als wann sie des Titii Erben mit gewesen wären, von des Titii apportatis und Verlassenschafft in der Theilung was zugeschrieben worden, solches Sempronius seinen Stieff-Kindern Mevio und Æmiliæ wieder zuruck zu geben in allweg schuldig, da aber Sempronio und Tulliolæ allein als coheredibus Tulliæ von dem was Tullia von ihres ersten Ehemanns Titii apportatis und Verlassenschafft vi Statuti & Pactorum dotalium ererbt und auf ihre Erben wieder erblich transmittiret, ihre gebührende Portio in der vorgenommenen Theilung zugeschrieben und zugetheilet worden, kan Sempronius nullo jure angehalten werden, solche wieder heraus zu geben. Auf

Die sechste Frage:

Ob nicht des Mevii und Æmiliæ Vormunder nach vorbeschriebener Specie Facti wahrer Beschaffenheit denen Pupillen zu Præjudiz ein oder anders negligirt?

67 können wir keine gründliche zuverläßliche Antwort ertheilen, weil wir keine gnugsame Information in facto aus der Figuratione casus, und den Beylagen nehmen können, insonderheit wegen Abgang und Ermangelung der den 5 April und 8 Maii 1682 ergangenen Bescheid- und Erkandtnissen, nicht wissend über was vor Puncten und Strittigkeiten selbige ergangen. Also auf die

siebende und letzte Frage:

Ob nicht solchen Falls Mevius und Æmilia, wann gleich diese Sach wegen 10 Jährig darzwischen gefallenen Kriegs schon in die 15 biß 17 Jahr angestanden, nichts desto weniger des beneficii restitutionis in integrum **wider Sempronium zu gaudiren haben?**

68 zu kommen, wann von ihnen etwas negligirt worden wäre, so zweifflen wir nicht, daß nicht Mevius und Æmilia solches noch könnten suchen, weil die Kriegs-Zeit von Anno 1688. biß auf den Anno 1697. zu Rißwick geschlossenen Frieden deducirt werden müste, als inner welchen Jahren die præscriptio gäntzlich quiescirt und geschlaffen.

69 Constat enim vi Juris Canonici

in cap. 10. X. de præscript.

70 & Recessus Imperii novissimi de Anno 1654

§. So viel nun die Capitalien anlangt &c. 172. junct. Instrum. Pac. Westphal. art. 4. §. 20.

71 bellum dormire facere præscriptionem, ita, ut a belli exordio nec incipiat, nec per belli

tempus continuetur, sed interim prorsus dormiat, adeoque belli tempus simpliciter detrahendum sit, eoque durante jus præscriptionis plane quiescat.

Rhetius *Lib. 2. Inst. Jur. Publ. tit. 30.* Mev. *p. 4. dec. 311.* Struv. *Ex. 43. th. 26.* Hahn *in Comm. ad §. Indaganda. pag. 237. seqq.*

72 Deßwegen wann Mevius und Æmilia in der Vatter- oder Mütterlichen Erbtheilung mercklich vernachtheilt worden wären, könnten sie sine ullo metu opponendæ exceptionis præscriptionis dasjenige, worinn sie vernachtheilet, noch mit Recht suchen, denn wollten und könnten sie das Remedium *l. 3. C. commun. utriusque judic. intentiren.*

73 quo Majoribus etiam, per divisionem extrajudicialem a cohæredibus privato ipsorum arbitrio, etiam præsentibus Superioris Deputatis, ut in hoc nostro Ducatu in Gegenwarth der Theil-Richter, citra dolum & fraudem alterutrius quoque, perperam in consulto errore factam, notabili inæqualitate, licet infra dimidium, læsis subvenitur & succurritur, etiamsi divisio actis publicis fuerit insinuata vel sigillo publico confirmata, ad inæqualitatem illam corrigendam & emendandam divisionem perperam factam.

B. D. Lauterbach *Exerc. for. 20. concluſ. 9.* Collega noster D. Schvveder *in Disp. de Remed. d. l. 3. C. commun. utriusq. judic. th. 13. & passim.*

74 würde ihnen quoad hoc remedium durchaus keine præscription im Wege stehen, weil diß Remedium *d. l. 3.* usque ad 30 annos competirt, und nur per præscriptionem 30 annorum auffgehoben wird.

post Pruckmann. *vol. 2. Rt. 20. n. 144.* Besold. *p. 2. Conſ. 85. n. 58.* Collega D. Schvveder *d. Disp. th. 40.*

wollten sie aber als zur Zeit der getroffenen 75
Division noch gewesene minorennes wider die zu ihrem mercklichen Schaden und Nachtheil ungleich getroffene Theilung restitutionem in integrum suchen, würde ihnen auch solches zu thun annoch wohl erlaubt seyn, indem sie vermuthlich erst Anno 1693 94 oder gar späther majorennes geworden, da ihnen das quadriennium, das sie nach erlangter majorennitæt ad petendam restitutionem in integrum contra divisionem perperam in illorum præjudicium & damnum inæqualiter factam haben.

per l. 1. C. si adverſ. transact. vel diviſ. l. fin. C. de tempor. in integr. reſt. ibi Brunnem.

wegen des damahls der Orthen wütenden Kriegs 76
nicht geloffen

arg. c. 10. X. de præſcript. j. R. J. *de Anno 1654. §. 172.* Instr. Pac. *art. 4. §. 20.* Brunnemann. *ad l. 19. & l. 39. ff. de minor.*

sondern erst facta Pace zu lauffen angefangen, 77
also noch nicht gar verflossen, doch würden sie sich dißfalls nicht zu säumen haben, daß sie noch vor des quadriennii a restituta Pace computandi völligem Ablauff die Restitution sucheten.

Welches wir also zu verlangter Rechtlicher Nachricht, salvo quorumvis melius informatorum & aliter sententium judicio, auf die uns fürgelegte Fragen, dienstlich nicht verhalten wollen.

Actum in Collegio nostro d. 20 Maji 1701.

CONSILIUM CIII.

DE

Mutatione pratorum in aliam culturam à Domino tentata, dehinc alterius usu & exercitio Juris pascendi, in illis sibi competente, turbato.

SUMMARIA.

Præmittitur sententia sub num. 1.

2. usque 13. incl. Explicatur sententia, mediante succincta, ex actis facta, relatione.

14. Juramento Calumniæ in Possessorio summariissimo locus non datur.

15. & 16. In re communi nemo dominorum altero invito & contradicente quicquam jure facere potest.

17. Per juris & judicis auxilium unusquisque in possessione sua vel quasi defendendus est.

18. & 19. Possessor ejusque hæres in possessione manutenendus.

20. Inprimis vero, tam de jure, quam omnium Curiarum stylo, pendente lite.

21. Adducitur Cautela ex Vergin de Boccatiis, quam, judici, in lite, de possessione, inter duos existente, ad evitanda plura incommoda, observare, incumbit.

22. Fundi

22. *Fundi Servitutem quasi possessam uti impediens, turbare dicitur.*
23. *Tentata pratorum Mutatio, in quibus alteri jus pascendi competit, pro turbatione usus & exercitii meritò habetur.*
24. *Antiquum prædii statum, in illius, cui servitus debetur, præjudicium mutare, nullatenus permissum est.*
25. & 26. *Quod applicatur ad casum præsentem.*
27. *Culturæ mutatio licita est, si illis, quibus jus pascendi competit, nihil damni parit.*
28. *Quod probatur ex Carpzovio.*

Urtheil.

1 IN Restitutions-Sachen sich haltend, zwischen Jobst Friederich von Osten, Klägern und Imploranten Eines; Entgegen und wieder Casimir Wedig von Bohnin, Königl. Preußischen Cammer-Herrn, Beklagten und Imploraten andern Theils, erkennen und sprechen von GOttes Gnaden Wir Friedrich der Erste, König in Preussen, Marggraff zu Brandenburg, des Heil. Römischen Reichs Ertz-Cämmerer und Chur-Fürst, &c. &c. allem Gerichtlichen Fürbringen nach, auf eingeholten Rath, auswärthiger ohnpartheyischen Rechts-Gelehrten mit Urtheil zu Recht, daß Klägers und Imploranten Gravamina erheblich, und er dannenhero wider den Behörs-Bescheid vom 25. Octobr. Ao. 1700. in integrum zu restituiren, auch derselbe dahin zu reformiren sey, daß die erkandte Commission auffgehoben seyn, und Beklagter und Implorat sich bey 500. Rthlr. Fiscalischer Straffe des Umreissens und Pflügens auf der gemeinen Heyde und Wayde enthalten, Klägern und Imploranten dadurch an seiner eingestandenen Possession vel quasi der Hüttung auf solcher gemeinen Heyde durchaus kein Eintrag thun, noch in einige Wege turbiren, sondern alles neu umbgepflügete in pristinum statum stellen, dabey ihm aber vorbehalten seyn solle, wann er vermeint, dessen befugt zu seyn, solches in possessorio ordinario vel petitorio auszuführen.

Daß diese Urtheil den Rechten und den Actis gemäß, &c. Actum in Collegio nostro d. 28. Junii, 1701.

RATIONES DECIDENDI.

2 DJe Ursachen, so uns zu der in der Restitutions-Sach, zwischen Herrn Jobst Friederich von Osten, Klägern und Imploranten Eins; Entgegen und wider Herrn Casimir Wedig von Böhnin, Königl. Preußischen und Chur-Fürstl. Brandenburgischen Cammer-Herrn, Beklagten und Imploraten andern Theils, abgefaßten Urtheil bewogen, gründen sich insonderheit darinnen, daß 1.) der von Osten geklagt und angebracht, wie daß bey Geilitz (an welchem Dorffe er auf die Helffte interessiret) ein Orth sey, die gemeine Heyde genandt, so von undencklichen Jahren zwischen den Geschlechten deren von Borcken zu Döberitz und Stargardt, deren von Osten am Neuen Hege, und den Manteuffeln am Popiel berechtigt, gemein gewesen, also, daß deren abgelegene Dörffer sich des juris lignandi, die angelegene, als Geilitz, Doberitz, Pinnow, Mehlen- und Seebruch, des Juris lignandi & pascendi darauff zu bedienen berechtigt, deßwegen auch der Orth gewisse Gräntzen und Mähle habe, und so sey er biß dahero gebraucht und possedirt worden.

3 Nun aber unterstehe sich der Cammer-Herr von Bonin, der Döberitz an sich gebracht, dem Schnur-gleich zuwider in den Gräntzen einen Kathen zu bauen, und die Wayde auszupflügen, ja wohl gar intentionirt, ein Ackerwerck dahin zu legen, wie er denn auff einmahl mit 12. Pflügen die Weyde ausreissen lassen, so nahe, daß Herrn Klägern die Viehe-Trifft fast gar umgepflüget worden, welches er ihm nimmermehr gestatten könne, sondern bey seiner Gerechtigkeit ejusque possessione vel quasi geschützet seyn wolle, deßwegen er unterthänigst 4
gebeten, beklagten Cammer-Herrn von Bonin alle Turbation und Innovation bey 300. Rthlr. Fiscalischer Straffe zu untersagen, und daß er so fort den dahin gesetzten Kathen wieder wegnehme, auch ihm wegen des mit Umpflügen der Wayde gethanen Schadens zureichende Satisfactiou gebe, und alles in pristinum statum wieder setze. Welche Klage er bey dem den 11. Septembr. Anno 1700. angestellten Verhör wieder repetirt. Darauff Beklagter 5
Herr von Bohnin vortragen lassen, daß Herrn von Osten Klage ungegründet, er habe an Geilitz nicht die Helffte, sondern ein gar weniges, und acceptire Hr. Beklagter und Implorat, daß die drey Interessenten an die gemeine Hayde kommen, nemlich 1.) Döbritz und Stargard. 2.) die Osten am neuen Hege, und 3.) die Manteuffel am Popiel berechtiget, wie

aber dieser oder jener vor dem andern tum ratione juris lignandi, tum ratione juris pascendi, daran eine Servitut haben solle, sey unerwiesen, müsten deßfalls alle Interessenten gehört
6 werden. Welches, wie auch die Untersuchung der angegebenen Gräntzen nicht besser, als in loco geschehen könne, daneben negire Hr. Beklagter und Implorat in den Gräntzen einen Holtzkathen gebauet zu haben, der Erbauete stehe auf seinem eignen Grund und Boden, und müsse er nothwendig auf der andern Seiten des Holtzes, falls er solches conserviren wolle, noch einen bauen, so ihm niemand verwehren könne. Gleichwie auch die Geylitzische Herrschafft dergleichen nur das vergangene Jahr gebauet, und zwar weit von ihrem Holtz, zu mehrer der Sachen Erläuterung hat Herr Beklagter und Implorat einen Abriß des Orts sub A. cum adjuncto B. eingegeben, so bezeuge, daß die HHrn. Osten, so insgesamt pro tertia nur daran interessirt, hundert mahl mehr als R. ausgepflüget, die Geylitzischen selbst hätten auch den Orth sub F. in dem Abriß umgerissen, besäet und genossen.
7 Wäre also unverantwortlich, daß Herr Kl. und Implorant ihm dasjenige stritte, welches er selbst und alle Osten ipso facto so viel Jahr hervor zuläßig geachtet. R. reservire sich in loco quæst. præsentibus, quorum interest, ein viel mehrers zu remonstriren. Es müsse unter den Interessenten eine Gleichheit getroffen werden. Und wann es nicht anders seyn könte, die gemeine Hayde getheilet werden, vornemlich müste solches alles in loco von jemand der HHrn. Räthe untersucht werden, deswegen Herr R. auf aller Interessenten Kosten 2 Personen zu Commissariis zu verordnen gebeten.

8 Herr Kläger und Implorant hat hierauff acceptirt, daß Herr Beklagter gestehen müssen, 1.) daß Kläger an dem gemeinen Orth mit-interessirt, 2.) R. auf der gemeinen Haydepflügen, und die Weyde umreissen lassen, und zwar 3.) vor seinen Kopff, ohn Klägers Consens woraus von selbst folge, daß er daran unrecht gethan, bedürffe also der Weitläuffigkeit und Commission nicht, deren wie auch dem Abriß er simpliciter contradicire. Kläger habe an der gemeinen Weyde nichts auspflügen lassen, haben andere Interessenten daran was auspflügen lassen, sey es eben so wohl unrecht, könne sich also Hr. R. darauf nicht fussen, noch damit sein factum justificiren, die Theilung finde nicht statt, sondern müß alles in antiquo statu gelassen werden, deswegen er nochmahls bitte, absque omni Commissione alles in pristinum statum wieder setzen zu lassen, und R. bey 1000 Rthlr. Straffe zu befehlen, das ausgerissene Land nicht zu besäen, sonst da es de facto geschehe, würde A. de facto es abhütten, hat damit submittirt ad
9 Colleg. Decretum. Welches, auf Hrn. R. Duplic, darinn er die Abhüttung bey 1000 Rthlr. Straffe zu inhibiren, und die Commission nochmahls anzuordnen gebeten, den 25 Octobr. 1700. erfolgt, hoc tenore: Es werden Extrahenten A. und Citato R. wie auch den übrigen Interessenten alle Turbationes und betrohentliche Abhüttung der Saat auf dem würcklich Ausgepflügeten, daneben aber auch alles fernere Auspflügen biß zu vollkommen geschehener Untersuchung und Entscheidung der Sachen bey 500 Reichsthaler unausbleiblicher Fiscalischer Straff inhibiret. Damit aber die im Protocoll angeführte Umstände in loco quæstionis gründlich erforschet, alle Interessenten gegen einander gehöret und versuchet werde, ob solche Strittigkeiten nicht in Güte zu Verhütung eines sonst zu grosser Weitläuffigkeit Anlaß gebenden Processus gehoben werden können, so werden ex officio auf den Hoffrath von Wobeser Commissio erkandt, solches fordersamst zu expediren, und in Entstehung der Güte Pflicht-mäßige Relation abzustatten.

Durch welchen Bescheid Herr Kläger und 10
Implorant sich gravirt befunden, 1.) in eo, daß ihm bey 500 Rthlr. Straffe alle Turbation und bedrohliche Abhüttung der Saat auf dem würcklich Ausgepflügten wollen inhibiret, und also dem Gegentheil per consequentiam die Besäug des vi & clam in re communi absque Actoris consensu auf der gemeinen Huth und Wayde nachgegeben, und er also in actu manifeste turbativo & illicito geschützt, Klägern hergegen sein factum de Jure permissum untersagt werden, so allen Rechten zu wieder. Es hätte vielmehr Beklagten bey 11
der Straffe die Besäug untersucht, und restitutio in pristinum statum des umgepflügeten demandiret werden, hergegen A. bey dem jure pascendi ejusque possessione vel quasi und nicht R. bey seinem unziemlichen facto turbativo per indirectum geschützt werden. R. gestehe selbst in Duplica sua 1.) Er streite Klägern in possessorio die Hüttung in loco quæstionis nicht, 2.) Er habe den Orth propria authoritate, insalutato Judice ac parte, ausgepflüget 3.) absque consensu Actoris & 4.) in re communi, woran A. mit-interessirt, das Umpflügen der Wayde gethan; Demnach sey er ja ohn dergleichen 12
weitläuffige Commission so fort ad restitutionem rei in pristinum statum, & satisfactionem Actori eo nomine præstandam obligirt, und Kläger bey der Hüttung daselbst zu mainteniren ꝛc. ꝛc. 2.) in eo, daß eine Commission zu Erforschung der im Protocoll angeführten Umstände wollen veranlaßt werden, so zur Weitläuffigkeit angesehen, die in possessorio Summariissimo nicht zu gestatten, ceu

in

in quo perquam ſummarie & celeriter procedendum ob moræ periculum.

Vultej. de judic. *lib. 1. c. 2. n. 26.* Vergin. de Bocat. *de manuten. cap. 21. n. 12. ſeqq.*

13 Deßwegen Herr Kläger Reſtitutionem in integrum geſucht, und gebeten, zuerkennen, daß die Commiſſio auffzuheben, und daß der Beklagte und Implorat an dem Ausreiſſen und Umpflügen auf der gemeinen Hayde und Weyde unrecht gethan, dahero alles wieder bey 500 Rthlr. Fiſcaliſcher Straffe in priſtinum ſtatum und Actori ratione intereſſe ſatisfaction zu geben ſchuldig, auch bey obgeſetzter Straffe ihn nicht weiter in poſſeſſione vel quaſi an der Hüttung auf der gemeinen Hayde turbiren ſollte, cum refuſione Expenſarum, den Punct wegen der erbaueten Holtzkathens hat er *in Exhib.* vom *14 Decembr. 1700* dermahlen ausgeſetzt. Nun ha-
14 ben wir 2.) dieſe Gravamina in ſo weit erheblich zu ſeyn erachtet, daß wir darauf in Poſſeſſorio Summariiſſimo, mit Beyſeitſetzung des deferirten Juramenti calumniæ, ceu quod hic excludi, obſervant

Gail. *1. O. 6. n. 3.* Blum. *Proc. Cam. tit. 31. n. 32.* Schüz. *in Colleg. Jur. Publ. vol. 2. D. 5. th. 12. Lit. E.*

erkandt, daß Beklagter und Implorat ſich bey geſetzter Straffe des Umreiſſens und Pflügens auf der gemeinen Hayde und Weyde enthalten, Klägern und Imploranten dadurch an ſeiner Poſſeſſion vel quaſi der Hüttung auf ſolcher gemeinen Hayde kein Eintrag thun noch turbiren, ſondern alles Neu- umgepflügete in priſtinum ſtatum wieder ſtellen ſolle, weil Herr
15 Beklagter und Implorat ſelbſt bekennet, 1.) daß die Hayde quæſtionis den Intereſſenten gemein ſeye, 2.) Klägern und Imploranten die Befügniß und quaſi Poſſeſſion der Hüttung auf ſolcher gemeinen Hayde eingeſtehet. 3.) Evenmäßig die von ihm propria authoritate beſchehene Umreiſſung eines gewiſſen Stücks ſolcher gemeinen Hayde und Weyde geſtehet. 4.) Die contradictio Actoris in aperto iſt, beneben 5.) bekandten und ohnſtrittigen Rechtens,

16 quod 1.) in re communi nemo dominorum quicquam jure facere poſſit, altero invito & contradicente, ſed ſi quid novi & alienum ab uſu, in quem res illa communis deſtinata & comparata, ab altero in ea fiat, potior ſemper ſit cauſa & conditio in communione novitatem prohibentis

l. 28. ff. commun. divid. c. 56. de reg. jur. in 6.

17 & quod 2.) unusquisque in poſſeſſione ſua vel quaſi per juris & judicis auxilium ſit defendendus contra omnes turbationes.

l. 1. pr. ff. uti poſſidet.

Nec ſolum poſſeſſor in ſua poſſeſſione, 18
ſed & heres in poſſeſſione, quam habuit defunctus, manuteneri debet ex doctrina

Menochii *de retin. poſſ. remed. 3. n. 61.*

hinc ſi lis mota ſuper turbatione, & ante 19
finitum judicium turbatus moritur, ſucceſſor defuncti in lite obtinebit mandatum de manutenendo.

Menoch. *d. l. n. 62.* Vergin. de Bocat. *de Interd. uti poſſid. c. 2. n. 21. 22. 23.* Cardin. Tuſch. *Pract. concl. lit. P. concl. 441. n. 6.*

Præprimis vero Poſſeſſor in ſua poſſeſ- 20
ſione lite pendente manuteneri debet, quod tam de Jure, quam de ſtylo omnium curiarum verum eſſe dicit

Tuſch. *cit. loc.* ex Guid. Papæ *dec. 366.*

Hinc Laudatus Vergin. de Bocatiis a 21
Cingulo

d. c. 2. n. 81.

inſtruit ac monet judicem, ut lite de poſſeſſione inter duos exiſtente, ad evitandum armorum pericula & ſcandala inde emergentia, ex officio informationes probationesque ſummarias ſuper poſſeſſione de præſenti capiat, & eum quem reperit poſſidere, mandet manuteneri in poſſeſſione, in qua exiſtit, cum inhibitione alteri facienda, ne moleſtet dictum poſſeſſorem, & ne accedat ad locum, de quo eſt quæſtio, reſervato juri agendi in poſſeſſorio plenario & petitorio utrique parti.

Und wie 6.) hierfalls die quaſi poſſeſſion 22
des Hüttens auf der gemeinen Hayde Klägern und Imploranten von Beklagten und Imploraten ſelbſt eingeſtanden wird, alſo die Turbation in der bißher auf ſolcher gemeinen Hayde quiete exercirten Weyde durch die von Beklagten und Imploraten propria authoritate unternommene Umreiſſung beſagter gemeinen Hayde offenbar am Tage iſt.

Cum turbare omnino etiam dicatur, qui fundi ſervitute quaſi poſſeſſa uti poſſeſſorem impedit.

Menoch. *remed. retin. poſſeſſ. 3. n. 484.*

Proque turbatione in uſu & exercitio ju- 23
ris paſcendi ſibi competentis habeatur, ſi domini prædiorum, quæ ſervitutem paſcendi debent, ſua prata in aliam culturam redigere & mutare nitantur, quod hinc regulariter ipſis haud licitum eſſe cenſetur

per tradita Petri Frideri *lib. 2. de Proceſſ. c. 41. n. 19.* Surdi *Conſ. 27. n. 10.* Oteri *de Paſcuis cap. 16. n. 1.* Novarii *tr. de Gravamin. Vaſall. tom. 1. gravam. 33. n. 9. & gravam. 36. n. 1. & 5.* Flav. Amendolæ *in addit. ad Vinc. de Franchis dec. 301. n. 4. ſeq.*

24 Nam communi Dd. calculo probata est conclusio, quod domino prædii servientis antiquum sui prædii statum in illius, cui servitus debetur, præjudicium mutare nullatenus permissum sit.

l. 6. §. ult. l. 9. ff. si serv. vind. Ant. Faber *in ration. ad l. 13. de servit. præd. rust.* Cœpolla *de Serv. præd. rust. c. 4. n. 47.* Berlich. *p. 2. concl. 48. n. 24.* ubi recte negat, quod constitutio servitutis intelligatur rebus sic stantibus & pascuis in culturam non reductis: ut enim *ex adductis ll.* patet, res & fundi servientis semper ita in sua existentia & statu manere debent, neque domini prædiorum servientium facto, quo usus servitutis impediatur mutari possunt. Dn. Collega D. Harpprecht. *vol. 5. Cons. 72. n. 98. seqq.* ubi hoc pluribus probat.

25 Deßwegen wir vor höchst-billig gehalten, daß in Possessorio summariissimo ab Actore intentato er bey der a Dn. Reo selbst eingestandenen quasi possession der Hüttung auff gemeiner Hayde maintenirt, consequenter Reus condemnirt werde, sich des Umreissens und Pflügens auf sothaner gemeiner Hayde zu enthalten, und Klägern dadurch an der Hüttung und Weyde nicht zu turbiren, sondern das Neu-umgepflügete in pristinum statum wieder zu setzen, biß er in Possessorio ordinario vel petitorio ausgeführet, und probiret,
26 daß er solches zu thun befugt. Auf solche Weise wird Kläger interim bey seiner unstrittigen und zugegebenen quasi possession des Hüttens auf der gemeinen Hayde wider des Beklagten turbation, wie Rechtens, kräfftigst geschützet, und behält doch per adjectam clausulam reservatoriam Hr. Beklagter und Implorat die freye Hand annoch in Possessorio ordinario vel Petitorio zu seinem Behuff dasjenige beyzubringen, was er durch die gesuchte Commission itzo intendiret, und wann er vermeynet, zu solcher Umreissung eines Stücks von gemeiner Hayde befugt und berechtigt zu seyn, und in Possessorio ordinario vel Petitorio solches zu Rechtlicher Gnüge darthut, oder auch nur erweisen mag, daß durch solcher weniger Güter Umbbrechung zum Acker- und Fruchtbau die Weyd- Gerechtigkeit nicht sonders mercklich verringert werde, sondern Kläger und andere, so die Weyde daselbst prætendiren können, noch einen Weg gnugsame Weyde haben, kan er selbiges noch erhalten, und je ungesaumter er solches thut, je eher und förderlicher kan er seinen intendirten Zweck und finem noch erlangen, wann er dessen befugt.

Si enim Culturæ mutatio illis, quibus 27
jus pascendi competit, non multum præjudicii vel damni pareret, tunc illam omnino licitam & permittendam esse, notabiliter advertit

ex Glossa & Costa Joh. Mar. Novarius *de Gravaminib. Vasallor. tom. 1. gravam. 36. n. 12.* ubi addit, *quod si aliquid saltem modice alii noceat & alteri prosit, id non obstante socii reluctatione bene fieri possit.*

De quo ita quoque Carpzovius in casu 28
constitutæ formalis servitutis pascendi: Alioquin, dicit, si reductio non noceat illi, cui servitus pascendi competit quocunque etiam modo absque damno pascuorum, id fieri queat, nihil prohibet, quo minus forma agrorum mutari queat. Cui consequens est quod si prædia tot & tanta sint, quæ omnia pascuis necessaria haud sunt, Dominus fundi servientis bene queat prædia quædam in culturam redigere, dummodo servitus exinde deterior non fiat, sed alia quædam & tot inculta relinquantur prædia, quæ ad pastum pecorum sufficiant.

J Prud. for. p. 2. c. 41. d. 5. n. 2. & def. 6. ubi etiam Schneidvvinum, Cœpollam Pistoris & Loppenium consentientes laudat addito Scabinorum Lipsiensium præjudicio.

Welches wir den Rechten und der Billichkeit durchaus gemäß zu seyn nochmahls erachten, und solches mit Beydrückung unserer Facultät gewöhnlichen Insiegels bekräfftigen wollen.

Actum in Collegio nostro d. 28. Junii Anno 1701.

CON-

CONSILIUM CIV.

CUJUS

Quæstio Prima, de Regressu ad bona filiæ renuntiatricis in casum prorsus exstincti stemmatis masculini. Secunda, de Exclusione Agnatorum & Cognatorum totali a sororibus Defuncti in bonis allodialibus. Tertia; De Regressu ad hæreditatem adhuc valido, non obstante, licet renuntians ex hæreditate aliquid acceperit. Quarta, de obligatione conferendi, filiæ renunciatrici, nunc ad hæreditatem, extincto plane masculino stemmate, redeunti, in cumbente &c. Quinta denique, de Modo succedenti in hujusmodi hæreditatem in casum existentis vel non existentis Inventarii agit.

SUMMARIA.

Introitus sub num. 1. & 2.

3. Prima Quæstio deciditur hoc modo quod filia nobilis bonis semper qualificate renuntiasse censenda, per consequens in casum, stemmatis masculini prorsus exstincti, ad bona renuntiata ipsi regressus semper detur, & quidem plenius provocatur ad B. Harpprechti Resp. IV. V. & VI.

4. Secunda Quæstio negative deciditur, Agnatum, cum sororibus defuncti, in allodialibus non succedere, plenius de hoc tractatur in B. Harppr. Resp. VI.

5. Tertia Quæstio per nudam remissionem ad B. Harppr. Resp. V. & VII. negative deciditur.

6. Quarta Quæstio continet hoc quod filia renuntiatrix, ad hæreditatem exstincto masculino stemmate, rediens, omnia ea, quæ ante renuntiationem, intuitu hereditatis renunt. accepit, iterum conferre teneatur.

7. Quinta Quæstio continet modum succedendi in hujusmodi renuntiatam, nunc vero iterum apertam hæreditatem; Ubi inprimis distinctio illa notanda an Inventarium sit confectum nec ne: Casu priori res per se est; Posteriori vero mediante Credulitatis juramento deciditur.

1 ALs wir Decanus und andere Doctores der Juristen-Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Würtembergischen Universität Tübingen durch an uns erlassenes Requisition-Schreiben bey diesem zu lieb abgefertigten Expressen freundlich ersucht worden über uns zugesandte Facti Speciem, (NB. Weilen man diese nicht zur Hand bekommen können, so wollte der geneigte Leser aus denen allegirten Responsis sich benöthigter Nachricht erholen;) und deren angehengte Fragen über unser Rechtliches Gutachten zu erstatten; So haben wir, so bald es wegen vieler andern Königl. Preußischen, Chur-Brandenburgischen Halberstadischen, u. Braunschweigischen Lüneburgischen auf dero in grosser Menge hergebrachten Sachen Expedition wartenden Bothen immer seyn können, dieselbe unter Handen genommen, und in fleißiger deren Durchgehung, aller Umstände sorgfältiger Erwegung, auch genauer Conferirung mit den Beylagen oder zu mehrer der Sachen Erläuterung beygeschlossenen Heyraths-Notul, Verziegs-Brieffe, gütlich-getroffenen Verglich, und gegebenen Reversalien, befunden, daß wir in dieser Sache auf Requisition des Hn. Obristen Joh. Philipp von Seckendorff demselben bereits den 15 Julii 1695 und wieder den 3 April 1697. so dann den 13 April 1698 zum drittenmahl unsere Rechtliche Gedancken weitläuffig eröffnet, wie solche ihm a Collegio nostro ertheilte drey Responsa durch öffentlichen Druck publicirt zu finden bey unsers freundlich geliebten Hrn. Collegæ D. Harpprechts Tractatibus Academicis selectiora Pactitiæ Testamentariæ, & Fideicommissariæ Successionis capita Illustrantibus, und in Part. 2da VII. Tractatui de Successione Filiarum Nobilium renunciatarum ex Testamento &c. verbotenus und iisdem formalibus, wie sie schrifftlich abgefaßt gewesen, sub nomine *Responsi IV. V. & VI.* gedruckt annectirt seyn, da sie von männiglich gelesen werden können. Ob 2
nun zwar daselbst nicht so viel Quæstiones, wie hier in dieser Facti Specie formirt, und in solcher Ordnung erörtert seyn, kan nichts desto weniger aller dieser fürgelegten Fragen Decision gar leicht daraus genommen werden, weßwegen wir ohnnöthig erachtet, was daselbst so weitläuffig deducirt, hier mit Verdruß zu repetiren, sondern dafür gehalten, daß es gnug sey, wann wir durch einigen Fingerzeig andeuten, wo dieser oder jener Frage Resolution in ermeldten Responsis enthalten. Was demnach

Die Erste Frage:

Ob Herr Curth von Burbach, nachdem seine Fr. Mutter und er selbsten allen Erbrechten renunciret, auch wegen der Brüderlichen Todts-Fällen, wann solche ohn Erben absterben sollten, ein gewisses providiret und abgeredet worden, dennoch itzo die Alt-Vätterliche Erbschafft des seel. Moritz von Stammich, da doch gedachter Curth von Burbach laut Lit. C. in specie gegen die Helffte der Verlassenschafft welche der eine Bruder Herman von Stammich in Besitz gehabt, und von ihme Curth von Burbach an dessen Verlassenschafft Prætension gemacht worden, allbereits ein Æquivalent gezogen, und in egard dessen allen Erbrechts sich begeben, und daß die Erbschafft schon in die dritte biß vierte Hand vererbt worden, mit Recht prætendiren könte?

3 anlangt; So ist in allen dreyen Responsis gar operose ausgeführt, daß ob es wohl ein starckes Ansehen habe, daß dort Herr Obrist von Seckendorff, hier Herrn Curths von Burbach Fr. Mutter gegen würcklichen Empfang des versprochenen Heyrath-Guts, und er selbst gegen Erlegung der in Anno 1683 durch Verglich verheissenen 4000 Rthlr., auch stipulir- und Bezahlung der ausgedungenen 400 Rthlr. vor jeden Bruderfall, simpliciter & absolute, ohn einigen Vorbehalt des ledigen Anfalls, in casum prorsus extincti Stemmatis masculini, allen Erbrechten gäntzlich und unwiderrufflich renunciret, und er dahero itzo, nachdem der Mannliche Stamm völlig abgestorben, durchaus keinen Regress an die verziehene Erbschafft mehr haben, und prætendiren könne, per rationes dubitandi ibi adductas; So sey doch wahrhafftig die von Hrn. Obrist von Seckendorff Fr. Mutter, und ihm beschehene Renunciatio nicht simplex & plene abdicativa, sondern qualificata cum tacito, imo etiam expresso pacto reservativo regressus ad renunciatam hereditatem in casu omnino extincti Stemmatis Masculini, deßwegen dort Herrn Obristen von Seckendorff, hier Herrn Curth von Burbach nichts im Wege liege, daß er nicht sollte nach gäntzlicher Erlöschung des Männlichen Stammens, dort der Rüden zu Collenberg, hier deren von Stammich, ex persona Beatæ suæ matris das jenige, so ihr an denen verziehenen Vätterlichen, Mütterlichen und Brüderlichen Erbschafften, als den allen sie in favorem ihrer Brüder renunciret, zurück geblieben, mit Recht suchen und prætendiren können, per rationes decidendi concludentissimas ibidem latissime deductas, ohnerachtet aller eingewandten rationum dubitandi als denen gnugsam begegnet, und alle in dictis Responsis solidissime beantwortet seyn, uns dahin referirend.

Belangend

Die andere Quæstion:

Ob ermeldter Curth von Burbach mit denen Frauen und Fräulein Schwestern seel. Herrn Benjamins von Stammich an dessen Verlassenschafft, als welche hereditas quæstionis ist, concurriren könne, und ein rechtmäßiger coheres seye?

Ist kürtzlich die Antwort darauf, daß Curth 4
von Burbach nicht mit denen Frauen und Fräulein Schwestern seel. Benjamins von Stammich, bey ihres Hrn. Bruders eignen Verlassenschafft concurrirt, und deren coheres seye, denn das kan nicht seyn, cum tralatitii sit juris, & certo certius existat, sorores defuncti in allodialibus excludere omnes remotiores agnatos & cognatos, exceptis fratrum ac sororum prædefunctorum & prædefunctarum liberis, qui jure repræsentationis in stirpes cum illis admittuntur.

Nov. 118. cap. 3. Dn. Stryck *de succes. ab intestat. Diss. 3. cap. 1. n. 7.*

sondern daß er ex persona Beatæ suæ Matris den Erbtheil suche, so ihro von ihrem seel. Hrn. Vatter und Ihrer Frau Mutter ab intestato angefallen wäre, da sie gestorben, wann sie nicht renunciret hätte, denn weil sie facta renunciatione solch ihre Erbs-Portiones in ihrer seel. HHrn. Brüder Handen gelassen, und ihr tacite den Regress darzu reserviret, in casum des erloschenen Männlichen Stammens, dieser casus sich aber itzo ergeben, fordert ihr hinterlassener Herr Sohn billigst und mit höchstem Recht die von seiner Frau Mutter ihren HHrn. Brüdern in Händen gelassene Erbs-Portiones von Vätterlicher und Mütterlicher Erbschafft, wie solches mit mehrerm stabiliret in *Responso Sexto num. 268. seqq.* inprimis *n. 304. seqq.*

Die dritte Quæstio:

Ob er sich nicht vielmehr seines Erbrechts dadurch, daß er selbsten indistincte solchem renunciret, verlustig gemacht, zumahlen da er auch ein Æquivalent gegen die eine Erbschafft des Herman von Stammich genommen, wodurch dann auch diese Sach Gerichtlich debattirt und verglichen worden, kan also itzo nicht wieder dazu gelangen, allem Ansehen nach?

Ist pluribus negative resolvirt in dem *Re-* 5
sponso V. num. 94. seqq. und insonderheit *in Responso VIto. num. 197. seqq.*

was

Was die

Vierte Frage

Falls wann er auch zur Erbschafft gegen die Renunciationes und Verglîche könnte gelangen, ob er nicht schuldig sey, alles, so er ratione der Erbschafft empfangen hat, cum omni causa zu conferiren?

6 concernirt, so ist es an deme, daß er das von seiner Frau Mutter von ihrem Herrn Vatter und der Frau Mutter empfangene Heyrath-Gut, Geschmuck, Aussteuer, und was sie sonst bekommen, in allweg zu conferiren, oder ihm decourtiren zu lassen schuldig, gleichwie seine Frau Mutter zu thun verbunden wäre, wann sie noch lebte, und die Forderung formirte.

per l. 1. & t. t. ff. de dot. collat. l. 17. l. 19. l. 20. §. 1. C. de collat. Carpzov. *p. 3. c. 11. d. 11.*

Ingleichem ist er unsers Ermessens schuldig die durch den anno 1683. getroffenen Verglich empfangene 4600 fl. vor seines damahls verstorben gewesenen Avunculi Hermann von Stammich Erbe zu rechnen, und wann dessen eignes Patrimonium nicht so groß gewesen, daß es ihm so viel davon zu seiner prætendirten Helffte gethan hätte, sondern darunter zugleich begriffen gewesen, was sein seel. Avunculus nicht nur sich sondern auch vor seine renunciirende Schwester von Vater und Mutter Erbe bekommen, mußte es auch vor den auf den Avunculum Hermann von Stammich gekommenen Antheil des Vater- und Mutter-Erbs mitgerechnet werden, und hätte er also jetzo weiter nicht zu prætendiren, denn was von seiner Frau Mutter Erbs-Portion, die ihr von ihrem seel. Herrn Vater und Frau Mutter ab intestato angefallen wäre, da sie nicht renunciret hätte, in des Bruders Carls von Stammich Handen geblieben.

argum. eorum quæ tradit B. Dn. Collega D. Frommann. *Diss. de Existentia Condition. Pact. renunciat. hered. reservat. th. 68.*

Die Fünffte Frage:

Auf was Art und Weyse er erben könne, und ob er nicht, was eigentlich Alt-väterlich gewesen, weil die individua incerta seynd, erweisen müsse?

beantworten wir kürtzlich dahin, daß zu sehen 7
ob kein Inventarium nach Moritz von Stammich Tode aufgerichtet worden, wann eines errichtet, (wie vermuthlich ist, denn wie hätten die beede Söhne die väter- und mütterliche Erbschafft getheilet, wann sie nicht vorhin ein Inventarium darüber gemacht? Und wie sich von Rechtswegen gebührt hätte, daß von den beeden Söhnen ordentlich wäre beschrieben worden, was väterlich- und mütterliche Erbschafft gewesen,

notante B. Dn. Collega D. Frommanno *d. Diss. th. 69. quæ pluribus ostendit omnino obstrictum esse ad conficiendum Inventarium eum, in cujus gratiam Renunciatio talis facta, ut exinde de quantitate & qualitate rerum hereditariarum constare queat existente conditione.*)

So kan dasselbe schon den Ausschlag geben, und man daraus erlernen, was Altväterlich und Altmütterlich sey, oder was erst von den Söhnen und Respectivè Brüdern erworben worden und darzu kommen. Wäre aber kein Inventarium aufgerichtet worden, so wären des verstorbenen Benjamins von Stammich Frau und Fräulein Schwestern schuldig eine Specification zu ediren, und dieselbe mit dem Juramento credulitatis zu confirmiren, daß sie nicht wüßten noch glaubten, daß mehr und weiter Altväterliches und Altmütterliches vorhanden gewesen, als sie in solcher Specification gesetzet, und stehet alsdann dem Regredient-Erben frey, ob er, daß ein mehrers in renunciata hereditate vorhanden gewesen, probiren wolle und könne, wie bemercket

laudatus Dn. Collega b. m. D. Frommann. *cit. Diss. th. 70.*

Diß ist kürtzlich die Resolutio der vorgelegten Fragen, die wir gern weitläuffiger ausgeführet hätten, wann wir favorabler respondiren können, wir haben aber keine Ursach gefunden von Unserer vorigen Meynung, die wir in angezogenen Responsis entdeckt, abzugehen, deßwegen wir diß wenige zu verlangter Rechtlichen Nachricht nur dienstlich anfügen, und Uns darauf beziehen wollen.

Actum in Collegio nostro d. 2. Julii Anno 1701.

CONSILIUM CV.

De

Nomine, a Matre, Filiæ, sub Prælegati titulo, relicto, per factam tamen, ab ipsa Testatrice adhuc viva, ejus exactionem, ut & Filiæ ante Matris mortem iterum extincto.

SUMMARIA.

Facti species a num. 1. usque 10.

11. Testator expressis verbis dicens, se per modum Prælegati quid relinquere velle, eo ipso verum Prælegatum constitutum intelligitur.

12. Prælegatum describitur.

13. Hujusque causa Impulsiva explicatur.

14. Ut & ejus forma.

15. 16. 17. & 18. Ratione effectus ad quidnam in prælegato sit respiciendum, & quænam pro diverso respectu diversæ actiones exinde competant, latè hic demonstratur.

19. 20. & 21. Prælegatarius ante testatorem moriens facit extinguere prælegatum.

22. Limitatio hujus.

23. Quæ in substrato tamen non sed regula communis locum invenit per rationes hic adductas.

24. Legatum nominis quidnam contineat?

25. Hæres in casum Legati nominis, actionis cessione ab omni obligatione se liberat.

26. & 27. Nominis Legatum quando habeat effectum & quando non, ubi simul pro utraque sententia rationes adducuntur.

28. & 29. Nomen à testatore Legatum sed ab ipso adhuc exactum magis extinguit Legatum, quam res à Testatore legata, postea vero ab ipso alienata.

30. Quod tamen notabilem admittit limitationem.

31. & 32. In substrato vero regulæ communi ex rationibus allegatis inhærendum.

FACTI SPECIES.

1 ES hat Titia anno 1686. ein Testamentum, oder vielmehr Dispositionem inter liberos aufgerichtet, ihre beede einige Töchtern, Mariam Rosinam, und Mariam Amaliam als heredes instituirt, unter andern aber in dem Extract-Weyse beygehendem §. 5. der Maria Amamalia über die zu Gleichstellung mit ihrer Schwester, wegen der bey der Aussteurung empfangenen gleichen Summ von 500 fl. noch ein gewisses, an einem benamtem Ort gelegenes Capital von tausend Gulden, in compensationem ihrer erwiesenen Guthaten, und nicht ohne Unkosten geleisteter Verpflegung
2 zum Voraus gemacht. Nachdeme aber ist diese Maria Amalia noch vor ihrer Frau Mutter, als Testatrice, jedoch mit Hinterlassung einer Tochter, Anna Maria, gestorben, und hat auch sie, Frau Testatrix, das prælegirte Capital selbst wieder erhoben, und unter das
3 übrige Vermögen gebracht. Da dann an Seiten erstbesagten hinterlassenen Enckels aus deme, daß einer Compensation, und gemachter Unkosten, gemeldet wird, prætendirt werden will, es seye dieser zum Voraus zugedachte Post nicht vor ein Prælegatum, sondern für eine Abführ- und Ersetzung eines vorhergehenden Debiti zu halten, mithin mit dem Tod der Mariä Amaliä nicht erloschen, sondern auff dero Tochter und Erbin transmittirt und verfället worden. An Seiten der Maria Rosi- 4
na hingegen sich darauff bezogen wird, daß die Aufrichtung der Disposition selbsten so wohl, als deren klare Worte, dißfalls auf keine simplicem, & ex tunc, quasi inter vivos, validam remunerationem aut donationem, sondern auf ein Prælegatum angetragen, welches demnach *per l. un. §. 2. & 4. C. de cad. toll.* per mortem legatariæ ante Testatricem wieder gefallen seye, zumahl (2) die Causa und 5
Anlaß zu der so benannten Remuneration, kein verum & perfectum debitum, sondern nur ex obligatione saltem gratitudinis, adeoque imperfecta hergerühret, mithin an sich selbst inexigibel gewesen seye, gestalten auch (3) die an- 6
geregte Unkosten à filiâ non animo credendi, sed ex mero pietatis affectu, auf die Frau Mutter verwendet worden seyen; und habe (4) 7
die Decisio JCti *in l. 191. ff. de R. I.* um so mehrers statt, als (5) die Frau Testatrix, 8
quem modum beneficii suum esse vellet, dadurch nicht undeutlich gezeuget, da sie das prælegirte Capital noch in ihrem Leben selbst eingecassirt, und weder die darüber verlautete Obligation, noch einige andere Anweisung darauff ihrer Nepti, oder deren Vormundschafft ertheilet habe, auch sonsten (6) Legatum nominis 9
per ejus exactionem exspirire, *l. 75. §. 2. de leg. 1.*

leg. 1. l. 21. de lib. leg. welche von obigen beeden Meynungen nun am besten fundirt seyn möchte, und ob mithin die transmissio ratione obiger voraus destinirter Summa statt habe oder nicht? Darob wird eine Hochlöbliche Juristen Facultæt zu Tübingen, und dero Rechtliches unschwehres Responsum zu ertheilen angelegentlich ersuchet.

10 Als Uns nun Decano und übrigen Doctoribus der Juristen Facultæt bey gemeiner Hochfürstl. Würtembergischen Universitæt Tübingen vorstehende Facti Species zugestellet und großg. verlanget worden, unsere beywohnende Rechtliche Gedancken forderlichst darüber zu eröffnen, so haben wir nicht manquiren wollen zu Beförderung der lieben Justiz darinn unsere Dienst-Begierde und Willfährigkeit zu bezeugen, und demnach in versammletem Collegio reifflich die Sache erwogen und in sorgfältig darüb gepflogener Consultation einmüthig dafür gehalten, daß das der Frau Mariä Amaliä von ihrer Frau Mutter zum Voraus verschaffte Gutenbergische, so genannte Hummendorffische Capital der 1000 fl. durch ihren Tod vor der Frau Testirerin, und dessen darauff beschehene Exaction und Einforderung von der Frau Testirerin bey ihren Lebzeiten, in allweg erloschen, und auf die von der Frau Maria Amalia hinterlassene Tochter Annam Mariam nicht erwachsen.

11 Denn 1.) ist gantz richtig, daß dieses Gutenbergische so genannte Hummendorffische Capital von 1000 fl. von der Frau Testirerin ihrer Tochter Frau Mariä Amaliä, bey deren sie im Haus gewesen, die Verpflegung gehabt, und in ihrem üblen und beschwehrlichen Zustand alle kindliche Liebe und Treu genossen, in compensationem dessen prælegiret worden, daß sie solches vor ihrer Frau Schwester Maria Rosina, mit deren sie zugleich zur Erbin instituirt, besage Facti Speciei, zum Voraus als ein Prælegat haben sollen, wie selbiges die mütterliche den 12. Febr. anno 1686. aufgerichtete Dispositionem gantz klar gibt in dem beygelegten Extract, da es ausdrücklich also lautet: **Wellen ich mich guter Massen erinnere, daß meine liebe Tochter Maria Rosina, nach ihrer Hochzeit von mir 500 fl. baaren Gelds empfangen, welche meiner andern Tochter Mariä Amaliä von Rechtswegen, wann anders eine Gleichheit solle gehalten werden, zum Voraus gebühren: Uber dieses auch eine geraume Zeit und Jahr her, ohnerachtet ich zum Behuff ihres Haus-Wesens, jährlich 100 fl. vor das Kost-Geld gereicht, dennoch übrigens in meinem stetigen üblen und beschwehrlichen Zustand mir alle kindliche Lieb erwiesen, und bey sich im Haus gehabt, als thue hiemit in compensationem dessen, wohlbedächtlich und gleichsam aus Antrieb des Gewissens** NB. per modum Prælegati **die Gutenbergische sogenannte Hummendorffische Activ-Schuld von 1000 fl. Capital neben denen Abzinsen vermachen, und mich zu meiner Aeltesten Tochter Frau Mariam Rosinam mütterlich versehen, sie werde gegen meine jüngere Tochter Frau Mariam Amaliam derentwillen keine Ungunst oder sonsten Argwohn tragen, als wann sie bey meinen Lebzeiten meiner etwan einen grössern Genuß vor ihr gehabt hätte, und geschicht diese meine** Disposition **und** respective compensation, **wie bereits gemeldt, in Erinnerung der Verpflegung, welche ich zu meiner Vergnügung, nicht ohne Unkosten etliche Jahr bey ihr gehabt und noch habe** ꝛc. allwo die mit dem NB. bezeichnete **Worte:** Per modum prælegati **die Gutenbergische so genannte Hummendorffische Activ-Schuld von 1000 fl. Capital nebens den Abzinsen vermachen** ꝛc. **wohl zu considériren, welche Sonnen-klar bezeugen, daß es ein wahres Prælegat, und der Titulus, Krafft dessen solche Gutenbergische und Hummendorffische benahmte Activ-Schuld à 1000 fl. nach der Testirerin Tod auf die Tochter kommen sollen, kein anderer als der** titulus singularis Legati.

Est enim Prælegatum nihil aliud, quam Legatum, alicui ex heredibus præter portionem hereditariam ita assignatum, ut ante divisionem capiatur, seu quod præcipui jure heredi relinquitur, atque inde etiam Legatum præceptionis seu præceptio dicitur 12

l. 57. §. ult. ff. de Legat. 2.

Cujus causa impulsiva plerumque est, singularis favor, quo heredem prælegatarium testator præ cæteris heredibus prosequitur. Licet enim is talem heredem, majorem partem hereditariam, quam cæteris, adsignando etiam reliquis præferre posset, quia tamen hereditas non ita absque onere, uti prælegatum aliquod, in successores transit, magis utique consultum est tali heredi, si ipsi quid prælegetur, quam si portioni hereditariæ, quæ ipsi destinata, tantum, quantum prælegatur, adjiciatur. Fit nominatim Legati hujus mentio 13

in l. 25. §. ult. ff. fam. erciſc. l. 2. de instruct. vel instrum. legat. l. 25. de adim. Legat. l. 1. §. 6. ff. quod legat. l. 48. de jur. fisc. l. 75. §. ult. de legat. 2. l. 91. pr. de legat. 3. aliisque horum titulorum LL. sexcenties.

Et sequitur regulariter naturam cæterorum Legatorum simplicium aliis, qui heredum numero non sunt, relictorum, ubi aliud specialiter non est constitutum. Forma ejus & Differentia specifica in eo consistit, quod illud uni ex heredibus ita sit assignatum, ut 14

ante divisionem hereditatis, præter hereditariam portionem postea quoque jure heredis ab illo prælegatario capiendam, si nondum habeatur, capi possit.

15 Ratione effectus autem quam maximè interest, num heredi aliquid à reliquis coheredibus vel omnibus, vel pluribus, vel eorum aliquo tantum prælegatum sit, an verò eidem ab omnibus heredibus adeoque & à se ipso quid prælegatum. Priori casu debetur illud ex istorum vel istius partibus coheredi prælegatario eadem plane ratione, uti alii cuicunque extraneo deberetur, si eidem hoc legatum fuisset relictum. Posteriori casu separandæ sunt partes, quas à reliquis coheredibus, à parte, quam à seipso petere debeat prælegatarius. Ratione illarum partium par plane & per omnia æqualis conditio est legatarii simplicis & prælegatarii, usque adeo, ut hic positis ponendis, iisdem omnino juris remediis pro consequendis illis partibus uti debeat, si velit, quibus alius quicunque legatarius uti solet, quorum fit mentio

§. 2. Inst. de Legat. l. 2. C. commun. de Legat.

16 Respectu verò illius partis, quam à seipso accipere debet, evanescit quasi prælegatum, vel potius, illa habitudine Legati ob concursus heredis & Legatarii, in una eademque persona & re, impossibilitatem evanescente, cum illa parte hereditaria, abs eo prælegato si fuisset, alias jure heredis ad se pertinente, confunditur, adeoque sic etiam propria authoritate, ut alia quæcunque pars hereditaria, ab herede occupari potest, si autem jam ab aliis sit occupata, pro illa obtinenda non actionibus simplici legatario competentibus, sed vel petitione hereditatis, si ipsi cum possidentibus hereditatem vel rem hereditariam pro herede vel possessore negotium intercedit.

l. 9. l. 10. ff. & l. 7. C. de heredit. pet.

17 vel actione familiæ erciscundæ, si inter coheredes res vertitur

l. 1. pr. §. 1. l. 36. l. 49. ff. famil. erciſc.

agi debet

l. 17. §. ult. de legat. 1. Theophil. *ad §. 2. Inst. de legat.*

18 Atque hoc singulare est in prælegato, in cæteris idem communem aliorum legatorum naturam sequitur, iisdem enim modis constituitur, quibus alias simplex Legatum, & iisdem quoque modis vitiatur ac infirmatur, quibus vitiari & infirmari solet aliud Legatum.

Dn. Hammer. *Diss. de Legato Præcept. th. 26. seqq.*

19 Quo præsupposito 2.) nothwendig folgt, daß, weil die Prælegataria vor der Testatricin verstorben und mit Tod abgangen, das ihr verschaffte und vermachte Prælegat erloschen und gefallen sey.

Indubitati enim juris est Legatum extingui, si Legatarius ante testatorem decedat, cum enim ultima voluntas & supremi judicii sententia sit ambulatoria usque ad mortem 20

l. 4. ff. de adim. & transfer. legat.

& ante obitum nullam inducat obligationem, sed morte demum confirmetur, sequitur Legatarium superstite Testatore decedentem Legatum ad heredes transmittere non posse, sed illud quasi caducum fieri, & incidere in casum, à quo incipere non potest, quia morte Testatoris non potest confirmari, legatario, cui relictum, in rebus humanis non amplius existente. 21

l. un. §. 2. 4. C. de caduc. tollend.

Nisi ex conjecturis urgentibus constet, quod testator, etiamsi Legatarius ante Testatorem decedat, Legatum valere & ad heredem transmitti voluerit: Potest enim Testator transmissibilia non transmissibilia facere & contra 22

Menoch. *lib. 4. præsumpt. 201. num. 21.* 23

Dergleichen Conjecturæ, woraus abgenommen werden könnte, daß die Testatrix gewollt, daß das Prælegat per mortem Præleg. nicht extinguirt, sondern dessen ungeachtet auf der Præleg. Tochter und Erbin kommen und fallen sollte, hier nicht vorhanden, sondern ist vielmehr eine starcke Conjectur und Muthmassung in contrarium obhanden, die ex Exactione nominis prælegati à viva Testatrice facta abgenommen werden kan, denn es wird in facti specie referirt, daß die Frau Testatrix das prælegirte Capital noch in ihrem Leben selbst eingefordert, und eincassiret, auch weder die darüber verlautete Obligation, noch einige andere Anweisung darauff ihrer Nepti oder deren Vormundschafft ertheilet, oder im Geringsten einige Anzeige davon gethan, daß das Prælegat auf das Enckelein kommen sollte, deßwegen man billich 3.) der gemeinen Rechts-Regul, daß das Legatum nominis per ejus exactionem à viva Testatrice factam exspirire, solange inhæriret, biß daß die Testatrix das widrige gewollt, manifeste probirt und erwiesen wird.

Constat enim Legato nominis nihil amplius contineri, quam ut actiones suas heres Legatario præstet 24

l. 44 §. 6. de Legat. 1. l. 75. §. 2. l. 105. eod.

Ex quo sequitur, nomine Legato neque pecuniam ab herede posse exigi, neque periculo ejus nomen esse, sed cessione actionum, licet inanium, si forte debitor solvendo non sit, heredem defungi, tum etiam nullum esse tale Legatum, si nihil debeatur 25

d. l. 75. §. 2. de legat. 1.

Deinde certum est, Nominis legatum ita demum effectum habere, si debitum à vivo Testatore exactum non fuerit; ceterum si Testator post factum testamentum pecuniam à debitore exegerit Legatum exstinguitur 26

d. l. 75. §. 2. de leg. 1. §. 21. Inst. de legat.

Cujus

27 cujus ratio est, quia testator exacto debito, quod legaverat, ademisse legatum videtur, quemadmodum & ille, qui rem legatam postea alienavit.

l. 11. §. 12. seq. ff. de legat. 3.

28 Quin alia etiam ratione, eaque fortiore id hic efficitur, quam ubi res legata postea alienatur. Nam res tametsi alienata est, durat, legatumque consistere potest, licet res aliena facta sit: at cum nomen exactum est, extinguitur ipsa substantia debiti, h. e. illud ipsum, quod legatum est, perimitur, ut frustra desideraturus sit Legatarius actiones sibi ab herede præstari, quæ nullæ supersunt. Hæc differentiæ ratio indicatur

d. l. 11. §. 13. & d. l. 75. §. 2. de legat. 1.

nec absimile est, quod traditur

in l. 7. §. liberatio. ff. de liber. legat.

legatum liberationis evanescere, si dum vivit testator, debitum exactum fuerit.

29 Et ita legatum nominis ad certum obligationis Instrumentum præsertim restrictum, per exactionem crediti & redditionem instrumenti, omnino revocatum & a Testatore ademptum censeri, responderunt Scabini Lipsienses apud

Carpzov. *p. 3. c. 13. d. 19. & p. 1. dec. 68.* quia solutâ & exactâ pecunia nullum amplius est debitum, at legatum debiti esse nequit, nisi & debitum existat. *d. l. 75. §. 1. 2. de leg. 1.* ac idem confirmat Joh. Harpprecht. *ad §. 21. Inst. de Legat. num. 6.*

30 Limitant tamen id ipsum, nisi à Legatario probetur, non animo Legatum adimendi pecuniam illam ante obitum suum exegisse testatorem, sed vel ultro à debitore oblatam aut ab eodem depositam recipere coactum fuisse, & post mortem suam integram conservasse, vel rem quandam aliam sibi utilem ea comparasse; vel ipsum quidem nomen exegisse, sed ideò, quia debitor ad inopiam vergebat, metusque erat, ne nomen inane fieret, indeque exactam pecuniam eum in deposito habuisse, ut Legatario præstaretur; vel feciisse quidem debitorem condemnari ad debitum exsolvendum, sententiæ tamen executionem suspendisse &c. Si ex ejusmodi facti circumstantiis non alterata & mutata voluntas Testatoris probetur, Legatum peti posse dicunt, quasi non hoc animo Testator debitum exegerit, ut legatum adimeret.

l. 11. §. 13. ff. de legat. 3. Carpzov. *d. def. 19. num. 5. & alleg. dec. 68. num. 5.* Monoch. *lib. 4. præs. 168. n. 2. seqq.*

31 Dergleichen Umstände und haud mutatæ voluntatis argumenta sich hier nicht finden, oder in Facti Specie angemercket werden, deßwegen juxta regulam superius notatam & legibus probatam das legirte nomen oder verschaffte Gutenbergische sogenannte Hummendorffische Capital per ejusdem ab ipsa Testatrice viva factam exactionem so lang vor erloschen zu halten, biß ein anders klar erwiesen, welches hier so eher Platz greiffet da die andere causa Legatum extinguendi & infirmandi, mors nempe Legatarii ante legantem Testatricem concurriret, denn eine causa die andere sublevirt und stärcket, indem man nicht anders præsumiren kan, als daß die Testirerin eben darum das Capital vor sich exigirt, weil die Legataria vor ihr verstorben, und mithin das Legat bereits gleichsam caduc worden.

32 Die à Nepte pro se angeführte Ursachen sind nicht der Wirckung und des valors, daß sie evinciren könnten, daß die von der seel. Testirerin eingeforderte und unter das übrige Vermögen gesteckte 1000 fl. ihr zu einem Voraus ausgezahlet und præstirt werden müssen, so weniger, als die seel. Testirerin die von ihrer jüngern Tochter und respect. Mutter des Enckelins genossene Liebe, Warth- und Verpflegung allschon zimlich durch die jährl. gereichte 100 fl. Kost-Geld ersetzet. Und ob gleich die Testirerin meldet, daß sie gleichsam aus Antrieb des Gewissens der jüngern Tochter die 1000 fl. in compensationem dessen, daß sie ihr geraume Zeit und Jahr in ihrem üblen und beschwehrl. Zustand alle kindl. Lieb erwiesen, sie bey sich im Hause gehabt, und sie nicht ohne Unkosten zu ihrem guten Vergnügen verpfleget habe, vermacht; So mag es doch deßwegen wer pro simplici aut remuneratoria donatione inter vivos, quæ à prælegato hîc relicto specie differt, cum sit negotium inter vivos, ad quod perficiendum utriusque donantis & donatarii voluntas requiratur, Legatum vero ac prælegatum sit species ultimæ voluntatis à solius testatoris legantis voluntate & arbitrio dependens, noch weniger pro vero & perfecto debito cujus exigendi jus & facultatum habeant heredes, derentwegen gehalten werden, denn es ist bekannt, daß die Kinder den Eltern von denen sie nechst GOtt das Leben haben, die von ihnen genossene Wohlthaten nimmer vergelten können, also zu Erweisung aller kindl. Liebe, Treue, Warth und Pflage im Alter und krancken Tagen ex lege gratitudinis höchstens verbunden und obligirt, wird also durch deren Erzeigung kein solch perfectum debitum contrahirt ex quo competat jus restitutionem petendi & satisfactionem eo nomine exigendi, nisi notabiles expensas largiter faciens protestatus fuerit de iisdem à coheredibus repetendis

arg. l. 34. & 44. ff. de negot. gest.

Kan demnach das Enckelin von der Tochter Maria Amalia an die 1000 fl. keine Prætension machen, es wollte dann erweisen, daß ihre Mutter über die jährlich von der Ahnen empfangene 100 fl. Kost-Geld noch ein merckliches animo repetendi verwendet, quo casu es, so viel solches austrüge zu repetiren befugt.

Welches wir, salvo quorumvis aliter sentientium judicio, zu verlangter Rechtlicher Nachricht dienstlich nicht verhalten wollen.

Actum in Collegio nostro d. 9. Julii 1701.

CONSILIUM CVI.

De

Juramento Judiciali, ſuper exceptione exerciti anatocismi, a Reo Actori delato.

SUMMARIA.

Sententia præmiſſa, num. 1.

2. usque 6. Explicatur, mediante ſuccincta ex actis relatione, ſententia.

7. Juramenti Judicialis delatio in effectu ſpecies quædam probationis eſt.

8. Deferens adverſarium in propria cauſa facit teſtem & judicem.

9. Qui facultatem transigendi, etiam hoc juramentum deferendi habet.

10. Licet nihil probaverit, isque ſit vel Actor vel Reus.

11. Ob generalem Legis permiſſionem.

12. Is cui Juramentum Judiciale delatum eſt, illud vel ſubire, vel referre tenetur.

13. Alias recuſans pro convicto habetur.

14. Ubi omnes probationes deficiunt, divini Numinis metu veritas ab adverſario extorquenda eſt.

15. & 16. Reo invito per Procuratorem juramentum præſtari nequit.

17. Limitatur tamen.

18. & 19. Juramentum Judiciale deferens, ad præviam Juramenti Calumniæ præſtationem, ſi adverſarius petit, obligatur.

20. Id quod poſt ſententiam ſuper præſtando juramento latam, peti adhuc poteſt.

21. In foro Saxonico quid ratione Juramenti judicialis & calumniæ obtineat, hic oſtenditur.

22. Neceſſitas Juramentum Judiciale delatum in ſubſtrato vel præſtandi vel referendi pluribus demonſtratur.

23. 24. & 25. Quotiescunque juramenti præſtatio vel recuſatio inſignem oſtendit effectum, toties illud pro ſupervacaneo habendum neutiquam venit.

26. Nec pro irrelevanti juramentum judiciale in ſubſtrato delatum habendum.

27. Ratio hujus.

28. Notæ characteriſticæ, unde cognoſci ac judicari queat, num vera emptio venditio cum pacto de retrovendendo ſit celebrata, an potius contractus pignoratitius vel uſurarius, ſub velato emptionis venditionis nomine initus ſit, ex Berlichio adducuntur, & ad caſum propoſitum applicantur.

29. Uſuræ tum ex mutuo tum ex mora in b. f. Contractibus debitæ in ſortem redigi prohibentur.

30. Mevii ſententia de Juramento judiciali explicatur.

Urthel.

1 IN Supplications-Sachen des Obriſten und Commendanten der Veſtung N. Philipp von D. Klägers und Supplicanten an Einem, entgegen und wider den Rittmeiſter Otto Heinrich R. Beklagten und Supplicaten am andern Theil, in puncto der des Beklagten und Supplicaten beſtändigem Angeben nach zum Capital geſchlagenen Zinſen, erkennen wir Churfürſtl. Braunſchweig-Lüneburgiſche Verordnete Vice-Cantzler und Räthe, allem Fürbringen nach, auf eingeholten Rath auswärtiger unpartheyiſcher Rechtsgelehrten, mit Urtheil zu Recht, daß die eingewandte Gravamina unerheblich, und es demnach, ſolcher ungeachtet, bey deren den 12ten Martii 1700. publicirten Urtheil durchaus ſein ungeändertes Verbleiben habe, dieſelbe auch in allwege zu confirmiren. Als wir dann ſothane Urtheil hiemit nochmahlen confirmiren und beſtättigen.

Daß dieſe Urtheil denen Rechten und denen Uns zugeſandten in dieſer Sach ausgeübten Actis gemäß ſey, bekennen wir Decanus und andere Doctores der Juriſten-Facultæt bey gemeiner Hochfürſtl. Würtemberaiſchen Univerſität Tübingen, mit Urkund Unſerer Facultæt gewöhnlichen gröſſern Inſiegels. Actum in Collegio d. 13. Julii 1701.

RATIONES DECIDENDI.

DJe Urſachen, ſo Uns die den 12 Martii vorigen Jahrs publicirte Urtheil zu confirmiren inſonderheit bewogen und veranlaſſet, kürtzlich anzufügen, ſo beſtehen dieſelbe hauptſächlich darin:

2 Daß 1.) Beklagter und Supplicat, als er auf die wider ihn erhobene Klage per Decretum vom *25. Julii 1699. Num. Act. 13.* angehalten werden wollen, mit Verwerffung der offerirten Particular-Bezahlung, ohnerachtet das Capital nicht auf einmahl, ſondern nach und nach in zerſchiedenen Poſten zugezahlet worden, Klägern und Supplicanten die empfangene 6000 Rthl. uff einmal auf einem Brete inner 6. Wochen zu bezahlen mit angedroheter Execution auf den widrigen Fall, er könn-

te

te dann innerhalb Monaths-Frist zur Gebühr erweisen, daß unter den 6000 Rthl. vorgegebener Massen 1000 Rthl. alte Zinsen mit steckten und zum Zinßtragenden Cap. geschlagen worden, dem klagenden und supplicirenden Herrn Commen-
3 danten in N. hierüber einen Ayd deferiret, worauf Hrn. Klägern und Supplicanten per Decretum vom 18 Sept. aufferlegt worden, sich inner Monaths-Frist zu erklären, ob er sothanen Ayd abzustatten oder zu referiren gemeynt sey, auff welches hin Herr Kläger und Supplicant zwar in seiner sub Num. Act. 12. eingegebenen anbefohlenen Erklärung und kurtzen Beantwortung vorgestellet, daß die Exceptio Anatocismi ex natura initi contractus emptionis venditionis cum pacto de retrovendendo, & insecutæ locationis conductionis prædii sic venditi nicht statt finde, und er also so weniger solchen Ayd abzulegen schuldig, als seine Intention und würckliche baare Zahlung der forderenden 6000 Rthl. Capital ohne dem durch des Gegentheils eigne Hand und Quittungen, darzu der bey Auszahlung der letztern 1000 Rthl. gewesenen Personen Zeugniß Num. Act. 23. gnugsam probirt und dargethan, dahero er gebeten, das ohnnöthige Jurament abzuschlagen, eventualiter jedoch seinem Procuratori Gewalt gegeben, das deferirte Jurament in ipsius animam abzulegen und zu schwöhren, daß unter den 6000 Rthl. keine 1000 Rthl. alte Zinsen, so zum Capital geschlagen, stecken.

4 Aber nachdem Herr Bekl. und Supplicat factæ delationi Juramenti inhæriret und verlangt, daß Kläger und Supplicant sothanes Jurament selbst in Person abstatte, und damit bekräfftige, daß Beklagter und Supplicat den in seinem N. Attestato erwöhnten Beutel mit Geld in seine Gewahrsam bekommen, und sich erbotten, falls Herr Kläger ihm das Juramentum referiren sollte, mit gutem und reinem Gewissen zu schwöhren, daß ob er wohl den Geld-Beutel zum Schein in Gegenwart benannter Zeugen von Herrn Klägern und Supplicanten niedergesetzt gesehen, ihm doch kein Heller davon worden, sondern von Klägern und Supplicanten nachdem er die Quittung zu Handen bekommen, unter dem Vorwand der alten restirenden Zinsen alles wieder zurück genommen, und anstatt der ihm versprochenen baar auszahlenden 1000 Rthlr. so viel aufgerechnete Zinsen zum
5 Capital geschlagen worden; Ist den 12ten Martii 1700. darauf die Urtheil gantz gerecht dahin ausgefallen, daß Kläger den ihm von Beklagten deferirten Ayd, einwendens ungehindert, dahin, daß er Klägern die an Beklagten in annis 1689. und 94. gelieferte 3000 Rthl. Capital an baarem Gelde ausgezahlet und darunter keine nachständige Zinß stecken, und mit zum Capital geschlagen, Beklagter auch die 1000. Rthl. so in anno 1694. von Klägern im Beutel geliefert zu sich in seine Gewahrsam hin und weggenommen, entweder in Person abzuschwören, oder zu referiren schuldig sey, derowegen wir dieselbe in hac supplicationis instantia durchaus schlechter Dingen zu confirmiren gantz kein Bedencken getragen, in Ansehung ja 2.) Beklagten und Supplicaten obgelegen seine op- 6
ponirte Exception, daß er nicht 6000 Rthler. Capital von Klägern und Supplicanten würcklich baar empfangen, sondern ihm bey 1300. Rthl. aufgerechnete verfallene Zinsen zum Capital geschlagen, und daraus wiederum Zinsen contra Juris prohibitionem gefordert, also ein rechter formaler Anatocismus lege prohibitus exerciret worden, Rechts gebührend zu erweisen

pr. l. 1. ff. de except.

Und wie ers erweisen wollen ihme frey gestanden, noch ihme verwehret werden können, Klägern und Supplicanten darüber das Juramentum zu deferiren, und ihn zum Teste und Judice in propria causa zu machen.

Est quippe Juramenti Judicialis delatio in 7
effectu species quædam probationis, vel ejus loco sanè cedit

l. 5. §. 2. l. 11. §. 3. ff. dejurejur. Mevius *p. 4. dec. 6.*

illudque deferens jure permittente, adversa- 8
rium, cui defert, in propria causa facit testem & Judicem.

l. fin. C. de fideicommiss.

Welches einem jeden, der de re controver- 9
sa disponendi & transigendi potestatem hat, regulariter in quibusvis causis & actionibus civilibus, in unsern Rechten erlaubet ist,

l. 17. §. 1. de jurejur. B. D. Lauterbach. *tr. synopt. dejurejur. §. 5. n. 80. 82.*

Ob er gleich sonsten noch nichts erwiesen hat 10
von dem, was ihm zu erweisen incumbirt. Potestque illud non tantum Actor, sed etiam Reus deferre,

Zanger *de Except. p. 2. cap. 21. num. 74.* Carpzov. *de Proc. tit. 11. art. 1. n. 113.* Stryk. *Introd. ad Prax. Forens. cap. 20. §. 4.*

quantumvis deferens, ut dictum, nihil planè probaverit. Leges enim generaliter & indistinctè volunt, quemlibet, cui onus probandi incumbit, si prorsus abstineat ab ordinaria probatione, judiciale juramentum adversario deferre posse, eumque facta delatione vel jurare vel juramentum referre cogi, aut condemnandum esse: & lex nusquam distinguit inter actorem & reum, aliquid vel nihil probantem, minusque quoad delationem juramenti aliquam probationem ex parte deferentis juramentum requirit.

l. 25. §. 3. & ibi Bartol. & Dd. *ff. de prob. l. 34. §. 6. & §. fin. l. 38. ff. de jurej. l. 9. C. de reb. cred.*

Certi autem juris est, ubi lex non distinguit, 11
sed generaliter & indistincte loquitur, ibi nec nobis distinguere licere.

arg. l. 3. ff. de Offic. Præsid.

& quod jus non requirit, id etiam per Judicem non esse requirendum

l. 71. §. 5. ff. de acqu. vel omitt. hered.

Cui igitur juramentum hoc delatum est, 12
illud vel subire vel referre tenetur, alioqui

censebitur confiteri, se malam causam habere, manifestæque intelligitur esse turpitudinis, de veritate informatum nec jurare, nec juramentum referre velle.

l. 38. ff. de jurejur.

13 Atque de hoc, quod cuique, etiamsi nihil plane probaverit, jure publico tamen omnino permissum sit, adversario suo super intentione vel exceptione sua jusjurandum judiciale deferre, eo cum effectu, ut ipse id vel subire vel referre cogatur, recusans autem sine justa causa pro confesso & convicto habendus atque à judice condemandus, nequaquam est dubitandum, cum tot clari & perspicui hanc in rem sint textus omnem fere eximentes scrupulum

in l. 35. pr. de jurejur. ibi: *Omnibus probationibus aliis deficientibus. d. l. 25. §. pen. de probat.* ubi ei, cui onus probationis incumbit, licentia conceditur adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre absque ulla distinctione. *l. pen. pr. C. de reb. cred.* ibi: *vel in principio litis.* E. & quo tempore nihildum probatum est. *l. ult. §. 10. C. de jur. deliber.* ibi: *vel per sacramentum illius, si aliæ probationes defecerint. add. txx. supra allegati.*

14 Adsit quoque hæc ratio, ut quisque, cum omnes ei deficiunt probationes aliæ, saltem metu divini Numinis veritatem ab adversario extorqueat per delatum jusjurandum, convenienter juri divino

Exod. c. 22. v. 10. 11. unde patet, ad DEum testem provocari posse, ubi hominum desunt testimonia.

ac quæ in contrarium ab aliis adducuntur, solidissimè discussa & profligata sint

ab Arnoldo Vinnio *lib. 1. select. quæst. cap. 42.* Fachinæo *lib. 1. c. 19. 20.* Setsero *de Jurament. lib. 4. cap. 2. n. 47. seqq.* Nebelkræ *dec. 12.*

Et juxta hæc subire aut referre quoque tenetur juramentum judiciale sibi delatum, qui præsumptionem juris etiam pro se habet, per tradita

Carpzovii *lib. 3. Resp. 42.*

velut Andreolus

Controv. 77.

Juramentum à reo super solutione recipiendum ab actore tradit, licet is habeat instrumentum crediti.

Wie deme nach Beklagter und Supplicat in allewege, juxta hactenus deducta jura, den Ayd über sothane seine opponirte exceptionem exerciti ab Actore anatocismi Klägern und Supplicanten zu deferiren befugt gewesen, also kan im Gegentheil Herr Kläger und Supplicant sich nulla ratione entziehen den ihm deferirten Ayd entweder selbst abzuschwehren, oder dem Deferenten zu referiren, und zwar, falls er ihm nicht zu referiren begehrt, muß er ihn in

15 selbst eigner Person ablegen, und kan ihn Reo invito nicht per Procuratorem, qui in ipsius juret animam, præstiren.

Multum siquidem interest, à quo Juramentum præstetur

l. 12. pr. C. de reb. cred.

Hinc si Principali, ipsi scil. Actori vel Reo, 16 delatum sit, per Procuratorem, speciali licet mandato instructum, invito deferente præstari nequit, sed ipsum Principalem jurare oportet, & si absens, ad hoc evocari, vel si judici hoc ita visum fuerit, eo in loco, ubi degit, ipsemet coram actis, præsente adversario vel ejus Procuratore, jurare debet.

arg. l. 3. §. fin. ff. de jurej. l. 12. §. 4. c. de reb. cred. Bach. *ad Treutl. vol. 1. Disp. 21. th. 1. lit. A.* verbis: *moribus vero receptam. & th. 10. lit. f.* Brunnemann. *ad l. 34. §. 3. de jurej.* Setser. *de juram. lib. 4. cap. 3. num. 23. seq. n. 42.* B. D. Lauterbach. *tr. de synopt. juram. §. 5. num. 88. in med.*

Si autem ab initio ipsi Procuratori sit dela- 17 tum, vel deferens postea quoque consentiat, nihil obstat, quo minus etiam per Procuratorem ad id paratum præstetur

l. 9. §. 6. ff. de jurej. Brunnemann. *in Proc. Civ. cap. 23. num. 21.* Ludwell. *ad Wesenbec. tit. de jurej.*

quibus in terminis vero hic non versamur, Reus enim desiderat, ut Actor ipse præstet, vel sibi referat.

Und zwar kan sich Kläger und Supplicant 18 dessen 3.) so weniger wegern als Beklagter und Supplicat, wann es Herr Kl. und Supplicant verlangt, vorher de calumnia schwöhren muß, oder auf Erheischung das Juramentum malitiæ abzulegen, und mittelst dessen zu erhärten schuldig, daß er nicht aus Gefährde oder böser Meynung ihm den Ayd deferirt.

Indubitati siquidem juris est, quod si actor 19 vel reus adversario juramentum litis decisorium deferat, deferens prius de calumnia jurare teneatur, si hoc petatur ac exigatur.

l. 34. §. 4. l. 37. ff. de jurejur. l. 11. §. 1. ff. rer. amot. l. 9. C. de reb. cred. l. fin. C. de fideicomm. Franzk. *ad tit. ff. de jurejur. n. 99.* Carpzov. *de Proc. tit. 12. art. 1. n. 19. seq. n. 59. & lib. 3. Resp. 54. n. 7. ac p. 1. c. 12. d. 23.*

Quæ petitio certo termino adstricta non 20 est, atque post sententiam super præstando juramento delato etiam illud adhuc peti potest.

Carpzov. *d. def. 23. n. 5. & d. art. 1. n. 31.*

Et si delatum Juramentum Judiciale defe- 21 renti referatur ipse non minus Juramentum calumniæ & simul etiam decisorium sibi relatum ac sic utrumque præstare obstrictus est in foro Saxon.

Carpzov. *d. tit. 12. art. 4. n. 25. seqq. & p. 1. c. 14. d. 5.* Brunnem. *in Proc. Civ. cap. 23. n. 17.* ubi tamen de JCivili hanc sententiam in dubium vocat cum Hilligero *in Donello Enucl. l. 24. c. 21. lit. R.* cum non præsumi queat calumnia in eo qui ipse juramentum judiciale à se delatum, sed sibi relatum, præstat.

Und

22 Und 4.) Herr Kläger und Supplicant dieſes, daß die letzten 1000. Rthl. ſo Beklagten u. Supplicaten zu Ergäntzung des Capitals der 6000. Rthl. gezahlt werden ſollen, in deſſen gewahrſam gekommen, und nicht ſammt dem Beutel, worinn ſie die Zeugen aufgeſtellt geſehen, von Klägern und Supplicanten wieder zurück genommen worden, ſo daß ſie Beklagter und Supplicat nie zu handen bekommen, durch die Zeugen durchaus nicht erwieſen, noch auch erweiſen wird können, dagegen Beklagter und Supplicat beſtändig vorgiebt, es auch in caſu, quo juramentum Actori delatum ab actore ipſi referatur, aydlich zu verificiren ſich erbeut, daß von ſolchem im uneröffneten Beutel vorgezeigten Geld nicht ein Pfenning in ſein Gewalt oder Gewahrſam jemals gekommen, noch er ſein Lebtag einen Heller davon geſehen, ſondern der Beutel mit dem Geld allein ſo lang da geſtanden, biß Beklagter und Supplicat mit ſeiner Ehe-Liebſten die Brieffe und Quittungen in des Klägers und Supplicanten Hauß ausgefertigt und unterſchrieben, da Kläger und Supplicant ihn Bekl. und Supplicaten genöthigt die Nacht bey ihm zu verbleiben, indeß die Brieffe und das Geld die Nacht durch in Verwahrung genommen, des morgens aber darauf, da Beklagter vermeynt, das Geld, worauf er ſeinen Bruder vertröſtet gehabt, zu empfangen, Kläger und Supplicant ihm vorgehalten, daß er ihm in die 1000. Rthl. Zinſen ſchuldig, deswegen ihm kein Heller Geld gegeben, ſondern die 1000. Rthl. Zinß zum Capital gerechnet und geſchlagen, daraus er alſo jetzo Zinſen mitfordere, und daher eine ſolche Quantität Zinſen prætendire; Worüber Beklagter und Supplicat dem Kläger und Supplicanten das Juramentum judiciale deferirt, ſo er juxta jura ſuperius allegata & deducta, in allewege entweder in eigner Perſon zu præſtiren, oder Beklagten und Supplicaten zu referiren.

23 Wodurch dann 5.) die von Klägern und Supplicanten wider die den 12. Martii 1700. publicirte Urtheil, worinn ſolch Klägern und Supplicanten deferirtes Juramentum confirmirt worden, angeführte Gravamina von ſelbſt guter maſſen zerfallen, maſſen 1.) das deferirte Juramentum durchaus nicht pro ſupervacuo & irrelevanti angeſehen und gehalten werden kan, denn wie oder auf was Weiß will die von Beklagten und Supplicaten opponirte exceptio anders erwieſen werden, als per delatum Juramentum, weil die Zeugen nicht dabey geweſen, wie Kläger und Supplicant den Beutel
24 mit Geld wieder hinweg genommen? Illiusque præſtatio vel reculatio inſignem habebit effectum

vid. B. D. Lauterbach. *tr. Synopt. de Juram. §. 5.*

25 non ergo ſupervacuum cenſeri poterit, quod enim juramentum in cauſa effectum aliquem habere poterit, nequaquam pro ſupervacuo haberi valet.

Mev. *part. 9. dec. 76.*

Desgleichen kan es nicht pro irrelevanti 26 geachtet werden, denn obwohl Kläger vermeynt, es finde die exceptio anatocismi ex natura hîc initi contractus emptionis venditionis cum pacto de retrovendendo ac ſecutæ locationis conductionis prædii ſic venditi hier nicht ſtatt; So kan doch ſolches allerdings nicht 27 eingeraumet werden, geſtalten, wann man aus denen à Berlichio

p. 2. concl. 1. per tot.

der Länge nach recenſirten und explicirten Si- 28 gnis, unde cognoſci ac judicari queat, num vere emptio venditio cum pacto de retrovendendo ſit celebrata, an potius contractus pignoratitius vel uſurarius ſub velato emptionis venditionis nomine initus, die *4. 5. 14. 16. 17. 21. 25. 30. 33. 34. 44. 45.* ſigna dem præſenti negotio appliciret, ergiebt ſich nicht unklar, daß hier unter der Larve des ſimulirten Kauffs und Verkauffs cum pacto de retrovendendo und Wieder-Beſtand des alſo verkaufften Guts wahrhafftig nichts anders als Contractus mutui, pignoratitius & uſurarius verborgen ſtecke, und die promittirte Pacht-Gelder revera nichts anders als die aus dem nach und nach angeliehenen Capital ſchuldige Zinſen ſeyn, die mit ihrem rechten Namen auch in dem Inſtrument *Num. Act. 3.* alſo getaufft ſind, ibi: mit *5.* von *100.* zu verzinſen angelobt und zugeſagt ꝛc. Derowegen weil deren über *1000.* Rthl. zum Capital geſchlagen worden und daraus jetzo wieder Zinſen gefordet werden, iſt ſolches ein formaler in Rechten verbotener anatocismus, der begangen wird, wann Zinſen, ohnangeſehen aus was vor einem Contract dieſelbe herrühren, zum Capital geſchlagen werden.

Non enim ſaltem uſuræ ex mutuo debitæ 29 in ſortem redigi & inde iterum uſuræ peti prohibentur, ſed idem etiam obtinet in uſuris ex mora in b. f. contractibus admiſſa ſolvendis, vi

l. ult. C. de uſur. generaliter loquentis. *c. 6. & ult. X. de uſur.* Colleg. Jur. Argent. *lib. 22. tit. 1. th. 28.* Otto Philipp Zepper. *de Anatocismo n. 17.* D. D. Fromman. *Diſp. de Anatocismo. th. 22.*

Ferner thut 2.) nichts darwider, daß

Mevius *part. 3. dec. 260.*

ſchreibet, quod juramento judiciali non ſit locus, ubi ejus cui defertur fundata eſt intentio per Inſtrumentum, quod quis pro ſe habet. Denn ſolches anzunehmen cum iſta limitatione, niſi juramentum ſuper exceptione rei opponatur actori, cujus intentio fundata.

Zaunſclieffer. *in addit. ad dict. deciſ. Mevii.*

Derentwegen wir nochmahls kein Bedencken getragen die vorige Urtheil ſimpliciter zu confirmiren. In Urkund beygedruckten unſer Facultät gewöhnlichen Inſiegels. Actum in Collegio noſtro den 13. Juli 1701.

CON-

CONSILIUM CVII.

DE

Pacto Protimiseos ratione certæ rei hereditariæ, in Divisione Hereditatis inter majorem & 25. annis minorem absque Decreto inito, valido an invalido? Item de validitate pacti de retrovendendo & oppignorationis rerum minorum, terminis minorennitatis Statutariis &c.

SUMMARIA.

1-7. Recensio actorum primæ instantiæ.

8. seqq. De actis secundæ instantiæ.

12. 13. Tria ad alienationem rerum minorum immobilium, imò & mobilium, quæ servando servari possunt, requisita, quorum uno deficiente alienatio nulla est, & dominium rei manet apud minorem, qui eam cum fructibus vindicat.

14. Quod prohibitum est in termino, id prohibitum quoque censendum in viâ, qua ad illam devenitur.

Unde prohibitâ alienatione, prohibitum quoque censetur, pactum ad alienationem adstringens. ibid.

15. Fine prohibito, prohibita etiam sunt media.

Effectuque prohibito, omnis ejus causa prohibita. ibid.

16. De alienatione prohibita oppignorationem quoque prohibente.

17. In specie minori denegatur facultas, ejusmodi pactum, absque Decreto Magistratus, ineundi, propter quod res alienari possit.

18. Nec per L. 7. C. de præd. min. si ei res immobilis donata sit, licet illi absque Decreto paciſci, ut ea res certis ex causis ad donatorem redeat.

19. Dd. assertio, minorem, qui rem emit, sive curator ejus nomine, cum pacto revendendi, ordinariis solennibus non adhibitis, pacto ejusmodi non obligari. conf. n. 31. seqq.

20. Quod concluditur ex l. 1. §. f. & l. 2. ff. de reb. eor. qui sub. tut. vel cur. Sec. quas ll. si minor. emit prædia, cum pacto, ut venditori essent pignori obligata, donec pretium solveretur, hoc pactum & pignus non valet. Confer. n. 39. seqq.

21. Pinelli monito respondetur.

22. Divisio emptionis aut permutationis habet speciem.

23. Solennia ista alienationis rerum minorum etiam in alienationem affines, cognatos & fratres, imo & in Patrem, requiruntur.

24. Minor læsus post majorennitatem adhuc quadriennium habet ad petendam in integrum restitutionem.

Hoc quadriennium durante lite de tali contractu inito minori non currit. ibid.

25. Licet in alienatione rerum minorum omnia solennia adhibita fuerint, si tamen probari magna læsio possit, minori subvenitur per restitutionem in integrum.

26. Ad Divisionem hereditatis inter majorem & minorem coheredes, majore ad Divisionem provocante, confectionem inventarii, & æstimationem rerum hæreditariarum non opus est Decreto, modo legitime adhibeantur curatores.

27. seq. Hoc porro LL. & Auct. firmatur.

29. Pactum, quod tali Divisioni adjicitur, de certâ re in communione ulteriori retinendâ, & ut ubi alter suam partem aliquando venditurus esset alteri cohæredi eam pro certo pretio in ipsa divisione convento, potiori jure emere liceat, sive, quod idem est, Pactum Protimiseos, pariter valere & obligare minorem.

30. Quid tamen hîc requiratur?

31. Minorem, qui, aut Curator ejus nomine, emit prædium aliquod cum pacto de retrovendendo, in continenti adjecto, hoc pacto efficaciter obligari, licet solennia illa ad alienationem rerum minorum immob. requisita adhibita non fuerint, Doctorum Sententia communior. conf. n. 19.

32. Itidem minor emens sub pacto addictionis in diem, hoc pactum servare, & rem, ubi conditio extitit, restituere tenetur, licet solennia alienationis non intervenerint.

33. Ratio, cur minor pacto de retrovendendo etiam ubi Decretum non intervenit, stare debeat, est, quia is, cui jus queritur ex contractu venditionis, illum cum omnibus suis pactis & clausulis acceptare debet, neque ei unam contractus partem approbare, & aliam improbare licet.

34. seqq. Ulterius hoc ex Tiraquello probatur, &, filium, servum, tutorem, Prælatum & alios administratores in ipso contrahendi actu quoque pacto adjecto nocere posse patri, domino, minoribus, Ecclesiæ, & iis, quorum administrationem gerant, hosque pacta illa omnino agnoscere debere, si contractum ipsum agnoverint, asseritur.

38. Pactum minoris de retrovendendo rem emptam, absque ut Decretum intervenire debeat, validum esse, ex aliis pluribus Dd. confirmatur.

39. seqq.

39. seqq. *Doctorum n. 19. allegg. contraria sententia ex fundamento confutatur, & l. 1. §. f. ff. de reb. eor. qui sub tut. plenius explicatur, ac differentia inter pactum de retrovendendo & pactum de pignore in hoc casu constituendo demonstratur.*

43. *Pactum illud de retrovendendo, si post venditionem perfectam ex intervallo adjectum, an sine Decreto validum?*

44. 45. *Pactum minoris, de quo in n. 29. validum esse sine Decreto, porro firmatur.*

46. *Præsentia propinquorum & amicorum in contractibus, minorum facit cessare præsumptionem metus fraudis, & doli.*
Imo à nonnullis tantæ efficaciæ esse censetur propinquorum præsentia, ut sustineat alienationem a minore absque Decreto factam. ibid.

47. *Præsentia duorum à Senatu Majori Deputatorum,* zweyer Genandten, *Norimbergæ quousque ex communi ibi recepta observantia hîc defectum Decreti supplere possit.*

48. *Pactum illud, de quo n. 29. & 44. seq. non inferre alienationem.*

49. *Pacta reciproca firmiora.*

50. *De communi Juris Naturæ & Divini Regula:*
Quod tibi vis fieri, alteri etiam feceris.

51. *Ad restitutionem in integrum obtinendam, etiam ex capite ætatis, omnino requiritur diligens causæ cognitio non tantum, sed & læsionis probatio, quæ fieri debet ab eo, qui petit restitutionem.*

52. *Hæc læsio ex tempore contractûs æstimanda, nam superveniens negotio hîc non attenditur.*

53. *Casus L. 11. C. de transact. de duobus fratribus de mutui fideicommissis, à patre relicti, spe transigentibus, contra quam transactionem nec restitutionem ex causa ætatis locum habere, sancitur, adducitur, & adplicatur.*

54. *Conventio inter fratres, fraternæ concordiæ stabiliendæ & conservandæ causâ, bonâ fide inita, & quæ utrique æque consulit, nequaquam rescindenda sed rata & grata habenda.*

55. *Regula ex l. 12. C. de inoff. testam. à Dd. collecta: Ubi casus fortuiti par in utramque partem est ratio, neutrum lædi videri.*

56. *Propter dubium eventum transactio inter fratres bonâ fide inita planè non est rescindenda.*

57. *Ratione dubii eventûs vel reciprocationis multa valent, quæ per se aliâs non valerent.*

58. seqq. *Jure Statutario Civitatis Imp. Norimbergæ minores fiunt majores anno ætatis 18. completo; quod ex Reform. Norica probatur.*
In eodem Jure Stat. Tutores vocantur Vormünder, *Curatores* Verſorger. *ibid.*

61. *Terminus minorennitatis, Jure Civili Romano annis 25. circumscriptus, pluribus aliorum plurium locorum Statutis abbreviatus est.*

62. *Ita annus æt. 18. tanquam terminus præfinitus est in LL. & Statutis Longobardicis, Mediolanensibus, Florentinis, Luccensibus, Papiensibus, Siculis & Neapolitanis, & quoad Masculos, Hamburgensibus.*

63. *Jure Saxonico & Bavarico terminus est ætas 21. annorum.*

64. *Statuta hujusmodi circa legitimam ætatem indubiè valent; cum, metam ætatis J. C. constitutam contraria Lege seu Statuto restringi & mutari, nihil prohibeat.*

65. *Cum Lex vel Statutum aliquem ætatis 18. vel 21. annorum pro homine legitimæ & perfectæ ætatis habet, perinde est, ac si annos 25. ætatis naturaliter complevisset.*

66. *Unde tales homines post illam ætatem læsi ex causa ætatis planè non restituuntur, & sine omni solennitate, ut 25. annis majores, obligari, contrahere, alienare & agere possunt.*

67. *Jure Statut. Norimb. etiam 18. annis minores per matrimonium initum à Curatela liberantur, & jure majorum censentur.*

68. *Quod etiam alibi in minoribus receptum.*

69. *Minoris etiam pactum, quo se obstringit spontaneo motu, & sine commodo reciproco, ad alienandas res suas, sine solennitatibus aliâs requisitis non valere.*

70. *An ei etiam res suas sine Decreto oppignorare licitum?*

71. seq. *Quid pactum Protimiseos, & quomodo à Pacto de retrovendendo differat.*

73. *Jus Protimiseos, ubi pretium quoque idem, pro quo res fuit vendita, designatur, speciem quandam Redemptionis habere videtur.*
Vocatur quoque Jus Recompræ. *ibid.*
Ab aliis ad retrovenditionem conditionalem refertur. ibid.

74. *Legem 7. C. de præd. minor. supra n. 18. alleg. accipiendam esse de Pacto donationi non in continenti, sed ex intervallo adjecto, ex ipsius Legis verbis probatur.*

75. *Certi Juris est, pactum resolutivum contractus cum minore gesti in traditione rei adjiciendum esse, si valere debet, & sic adjectum omnino servandum.*

76. *Sententia num. 31. seqq. de pacto de retrovendendo à minore inito, confirmatur.*

77. *Conclusio à pacto de retrovendendo minoris, contractui emptionis adjecto, absque Decreto valido, ad Pactum Protimiseos, Divisioni Hereditatis à minore incontinenti addito, pariter valido.*

78. seq. *Contrariorum refutatio firmatur.*

ALs uns zur Juristen-Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Würtemb. Universität Tübing. verordneten Decano und andern Doctoribus hierbey wieder zurückgehende in Sachen ꝛc. ꝛc. Herrn Georg Sigmund Fürers von Haimendorff uff Steinbühl, eines Ehr-Löbl. Unter- wie auch Land- und Bauern-Gerichts-Assessoris und Schöpffens contra dessen Fr. Schwester, Fr. Mariam Sophiam ꝛc. ꝛc. Herrn Christoph Albrecht Rieters von Kornberg, Kalmsteinberg und Harlach ꝛc. Fr. Ehe-Liebsten, gebohrne Fürerin, in prima & secunda instantia, ibi plene ad publicatam sententiam, hîc ad Replicam usque ausgeübte Acta zugesandt worden, um unser Rechtl. Gutachten darüber zu erstatten u. schrifftlich zu communiciren, mithin zu zeigen, was man vor eine Urthel ab Inclyto & Augustissimo Judicio Camerali darinnen zu gewarten haben möchte; So haben wir zu Beförderung der heylsamen Justiz und Bezeugung schuldigster Dienstgefliessenheit dieselbe, so bald es iñer seyn mögen, unter handen zu nehmen nicht ermangelt, mit gebührendem Fleiß durchlesen, die so einer als ander seits angeführte momenta rationum
1 reifflich erwogen und förderist in *Facto* befunden, daß zwischen Hochbesagten Geschwistrigten wegen einer bey dem so genannten Krebstock liegenden in der Erbtheilung gemeinschafftl. behaltenen Behausung, in casum aber daß eines seinen daran habenden halben Theil verkauffen wollte dem andern Geschwistrigt vor einem Fremden in dem in der Theilung angesetzten Preyß angedungenen Vorkauffs-Stritt entstanden, so den 7. Augusti 1696. an das Hochl. Stadt-Gericht des Heil. Röm. Reichs-Stadt Nürnberg remittiret worden, demnach Hoch- Edel ermeldten Herrn Georg Sigm. Fürers von Heimendorff ꝛc. constituirter Procurator Harding den 26. Aug. 1696. eine Implorationem Præ-Nobiliss. Officii Judicis cum Adjunctis A. B. C. D. E. F. eingegeben, worinn er klagend fürgestellt, daß Ehrengedachte Fr. Rieterin und dero Ehe-Herr nicht in Abred seyn können, gebens auch die Beylagen A. B. C. daß nachdem die beyden Hochadl. Geschwistrigt ihr Vätter- und Mütterl. Verlassenschafft in A. 1690. nicht ohn beyderseitig Vergnügen abgetheilet und darob reciproce einander quittiret, die beym Krebsstock liegende Fürerische Behausung mit beederseits Belieben, und zwar auf der HHrn. Rietere, wie der Extractus des von ihnen vor obbemeldter Abtheilung eingeliefferten Aufsatzes sub D. zeigt, selbsteigne Veranlassung, umb 7000. fl. angeschlagen, anbey aber selbige quoad proprietatem ausgesetzt und in communione, jedoch mit dem ausdrücklich angefügten Pacto und Onere gelassen worden, daß im Fall ein oder der andere Theil oder deren Erben ihren daran habenden Antheil zu verkauffen gemeynt seyn würde, derselbe so dañ dem andern Theil u. dessen Erben seine Portion daran umb und für 3500. fl. anbieten und vor einem
2 Extraneo zukommen lassen solle. Nun seyn zwar beyde Hochadel. Geschwist. bißher in geruhiger communione besagter Behausung gestanden, nachdem aber ꝛc. Hr. Rieter sich entschlossen aus der Stadt Nürnb. Burger-Recht sich zu begeben, hat selbiger seine an dem Hauß ux. nomine habende Helffte Anwalds Principali als Condomino & Socio, wiewohl nicht um die Schatzung, sondern so viel ein anderer und fremder Käuffer davor geben würde, indem solches Pactum seiner Meynung nach seine damals in minorennitate gestandene Fr. Liebste nicht binden könte, zu kauffen schrifftl. angeboten. Ohnerachtet nun Anwalds Hr. Principal den offerirten Verkauff mit Danck angenomen, sich aber dabey, Ausweiß des erlassenen Antwort-Schreibens sub C. ausdrückl. auf den ehmals zwischen beeden Hochadl. Geschwist. getroffenen Vergleich beruffen, in der Hoffnung, es werde sein Hr. Schwager auch dem andern Puncto des Pacti geziemend nachkomen, und ihme die Helffte des quæstionirten Hauses vor einem Fremden umb den in ermeldtem Verglich angesetzten Preyß der 3500. fl. gebührend überlassen, so sey gleichwol erst wohlermeldte Fr. Rieterin de facto zugefahren, und hab mit Beystand ihres Ehe-Herrn die ihr an der quæstionirten Behausung zukomende Helffte Hrn. D. Leuchten nicht nur vor 6500. fl. angeboten, sondern auch mit demselben den Kauff ohne Wissen und Willen Anwalds Hrn. Principal. gleich des 3ten Tags darauf, als von Hrn. Rietern die schrifftl. Offerirung den 28. Apr. geschehen, und ehe man diesseitigen Hrn. Principals Erklärung, welche den 7. Maji erfolgt, erwartet, den 30. Apr. besage lit. F. würckl. geschlossen, und bereits im Kauff-Brieff auf die zum Angeld paar empfang. 500. fl. quittiret. Ob man es nun zwar dahin gestellt 3
seyn lassen muß, ob nicht unter diesem Handel ein Schein-Kauff vorgangen sey oder nicht, oder ob man nicht beklagter seits vielmehr damit nur gesuchet haben möchte, denn Kl. ratione pretii, da doch bereits ein determinatum und conventionale pretium vorhanden contra pacta conventa zu steigern, allermassen dann erstermeldter Hr. D. Leucht testantibus Actis extrajudicialibus auf geschehene remonstration *jenseitige Unbilligkeit selbst erkennt* u. ad Protocollum gestehen müssen, wie er davor hielte, daß Hr. Kl. bey sothanem vorhandenem Pacto wider dessen Frau Schwester Fr. Rieterin allerdings fundatam intentionem habe, u. dahero in diesem Handel sich weiter einzulassen niñer begehre, mit dem Beyfügen, daß er zu dem Ende der Ursach die vom Hrn. Rieter ihm offerirte Einweisung nicht angenommen; So sey es an dem und Anwalds Principalen genug, daß man hinterrücks dessen jenseits den Kauff auf 6500. fl. ohnerwartet des Kl. Erklärung, würckl. geschlossen, einen Kauff-Brieff darüber aufgerichtet, und eo ipso, so viel an ihnen gewesen, sich aus der Communione begeben, darinnen auch Anwalds Principalen länger zu verharren nicht gerathen seyn wolle, sondern man vielmehr dem letzten membro des Pacti, Krafft dessen ein Geschwistrig dem andern in Kauffs-Fallen seinen Antheil um 3500. fl. zu überlassen schuldig, beständig zu inhæriren gedencke, dahero man die jenseits geschehene Offerirung der quæstionirten Helffte des Hauses disseits nochmalen utilissime annehme, u. zwar auf den Fuß der pactorum, denen man seines Theils nachzuleben willens, und entweder den Hochadl. Rieterischen Eheleut. den bedungenen Kauffschill. der 3500. fl.

so

so fort gegen sufficienter Quittung paar zu bezahlen, oder im Weigerungs-Fall da sie nicht angenommen werden wollten, sothanes quantum hinter dem Ehrlöbl. Gericht zu deponiren u. solcher gestalt præstanda zu præstiren erbietig sey.

4 Der jenseits aber ex capite minorennitatis hervorgesuchte Behelff, ob wäre die Fr. Rieterin an die Pacta weiter nicht gebunden, möge so viel weniger allhier in Consideration kommen, als eines Theils bekandt und unlaugbar, daß dieser in Anno 1690. bey der Abtheilung beliebte Vergleich mit Authorität und Einwilligung ihres Ehe-Herrn als Legitimi Curatoris geschlossen, solcher auch nachgehends von dem Herrn Richter selbst in der reciprocirlichen Quittung vor zweyen HHrn. Genandten des grossen Raths widerholet, und vermittelst eigenhändiger Unterschrifft und Besieglung, welche auch noch zum Uberfluß von denen zweyen HHrn. Genandten gleichfalls geschehen, ratificirt und confirmirt worden, andern Theils aber die etwan zu haben vermeynte Restitutio in integrum ob defectum læsionis, indem man hier in meris terminis transactionis utrinque obligatoriis versire; gar nicht statt finden könne, angesehen gleich wohl die Fr. Rieterin, wann dero Bruders Helffte über kurtz oder lang wäre verkaufft worden, eben dieses Beneficium, welches sie demselben vi pacti itzo per mutationem domicilii allerdings gönnen müsse, ohnstreitig zu gewarten gehabt haben würde, deßwegen Anwald nomine seines Hrn. Principalis gehorsamst gebeten, den Hochadel. Rieterischen Eheleuthen einen kurtzen Termin anzusetzen, innerhalb selbigen sich haben zu erklären, ob sie gegen Quittung das veraccordirte und bereit stehende Quantum der 3500 fl. annehmen oder geschehen lassen wollen, daß solche Gelder auf ihre Unkosten hinter diesem Löbl. Gericht deponiret werden, eventualiter aber und im Fall sie sich weder zu einem oder dem andern verstehen sollten, aus vorangeführten Ursachen klagenden Anwalds Principalen die quæstionirte Helffte der Fürerischen Behausung, deren sie sich per contraventionem und durch ihre hinterrucks geschehene Verkauffung an einen Fremden in so weit verlustig gemacht nunmehro zu adjudiciren, und zu dem Ende mediante sententia zu erkennen, daß offtermeldte Hochadel. Rieterische Eheleute die parat stehende Gelder der 3500 fl. gegen Quittung zu acceptiren, und hingegen die Behausung Anwalds Principali, nebst Abtrag Kosten und Schaden unverzüglich abzutreten, schuldig und gehalten seyn sollen dabey auch Anwald gebeten, den in quæstionirter Behausung wohnenden Haußleuten nachdrucklich zu injungiren, daß sie künfftighin ihren Hauß-Zinß nicht mehr der Fr. Rieterin oder ihrem Eheherrn geben, sondern hinter diesem Ehrlöbl. Gericht deponiren, darüber das Hochadel. Mildrichterl. Amt implorirend.

5 Worauf hochbesagter Fr. Rieterin Anwald Ehrsam litem negative contestando & excipiendo schrifftlich angezeiget, es bestehe jenseits vermeyntes fundamentum petitionis lediglich in einem convento Pacto, dawider Fr. Principalin zu handeln nicht befugt, sondern demselben strictissime zu inhæriren gehalten seyn solle. Wann aber solche Beding- und Vergleichung in ipsa minorennitate der Fr. Principalin sich zugetragen, und selbiges Pactum dergestalt beschaffen, daß es nicht etwan eine schlechte und geringe Sache, sondern rem immobilem von grosser Importantz und nach sich ziehender schwehrer Belastung concernire, dergleichen Pacta contractus oder transactiones ohne oberherrliche Erkandtniß u. Confirmation nicht pflegen geschlossen zu werden, sollen sie anderst mit Bestand geschehen. Allermassen solches so wohl das Jus commune *tot. tit. C. de præd. & aliis reb. min.* als auch der Stadt Nürnberg Reformation *tit. 39. l. 9. §. Es soll kein Vormund oder Versorger &c.* mit sich bringet. Wann demnach solch necessarium requisitum bey solchen Tractaten gäntzlich præterirt worden, so werde auch Anwalds Fr. Principalin zu Observirung derselben keines wegs adstringirt werden, so viel weniger in je grössern Schaden sie dadurch gesetzt werden, da dann die Jura abermahls klärlich bezeuge, quod etsi omnia in tali alienatione vel contractu intervenerint solemnia, probari tamen possit læsio magna, tunc nihilominus locus sit restitutioni in integrum.

l. 1. l. 11. C. de præd. min. Berlich. *dec. 113.*

Die Grösse des Schadens aber sey daraus gnugsam abzunehmen, indem die qu. Behausung bloß um 7000 fl. angesetzet, mit der ausdrücklichen höchst-nachtheiligen Condition, wofern ein oder anders oder deren Erben und Nachkommen ihren daran habenden Theil zu verkauffen gemeynt seyn würde, daß sie denselben ihren Mit-Erben oder dessen Nachkommen anzubieten, und vor einem Fremden in eben demjenigen Preiß der 7000 fl. zu überlassen schuldig seyn solle, da sich doch der casus venditionis ereignet, daß lediglich die Helffte fast um diesen Preiß, nemlich für 6500 fl. habe können verkaufft werden, dahero eine Differentz von 6000 fl. entstehe, um welche Summ besagte Behausung zu wenig wäre angeschlagen worden. Ob nun nicht diß eine solche læsion, welcher per salutare remedium restitutionis in integrum möge begegnet werden, werde sich per publicationem sententiæ äussern. Was von dem 6
Herrn Käuffer solle gestanden und ad Protocollum genommen worden seyn, möge disseitiger Fr. Principallin auf keine Weiß præjudicirlich fallen, weil ihr davon keine Communication geschehen, sondern sey derselben dieses genug, daß Hr. Käuffer nach reiffer Uberlegung der Sachen und versicherten jährlichen Intraden und Einkünfften es für profitabel und gantz billich erachtet, 6500 fl. vor die Helffte zu geben. Daß man aber noch ferner solche enormem læsionem damit zu defendiren vermeynt, wann des Herrn Imploranten Helffte über kurtz oder lang wäre verkaufft worden, eben dieses beneficium welches man ihm itzund gönnen müßte, Anwalds Fr. Principalin unstrittig zu gewarten gehabt haben würde, kommt

zwar anfänglich ziemlich scheinbar heraus, allein wann man es betrachtet, welcher gestalt Herr Implorant in tali casu sich eben derjenigen Rechts-Mittel unfehlbar würde bedient haben, welche dero Fr. Schwester nunmehro auf das nachdrucklichste vor sich gebrauchet, so werde solches Patrocinium den Stich nicht lang halten. Aus welch deducirten denn unschwehr zu ersehen, wie unschlüßig und krafftloß jenseitiges Petitum eingerichtet worden, anbey hergegen klar erwiesen, quod maxime necessarii requisiti defectu der berühmte Verglich laborire, auch daferne gleich alle solennia sich dabey fünden, jedoch eine solche enormis læsio mit untergelauffen, daß ob eam restitutio in integrum billig concedirt werde; Solchem nach gelange an das Ehrpreyßliche Dicasterium Imploratischen Anwalds nomine seiner Fr. Principalin gehorsamstes Bitten, bey so gestalten Sachen entweder den getroffenen Verglich ob defectum necessarii requisiti vor null und nichtig zu declariren, oder aber falls einig Bedencken dabey vorfiele mit der Restitutione in integrum propter maximam læsionem, so sich hierdurch in ipsa minorennitate zugetragen, seiner Fr. Principalin Großg. zu succurriren, auch inzwischen hochgeneigt daran zu seyn, damit alles biß zu Endigung des Processes in statu quo gelassen werde. Worüber das Hoch-Adel. Richterl. Amt decenter angeruffen werde.

7 Auf welches hin man auf Seiten Imploran-
tis repliciret, und Extractum Theil-Zettels, auch gesiegelten und von den Vormundern betheurten Inventarii sub Lit. G. H. I. producirt, damit man erwiesen, daß diß Hauß quæst. Anno 1642. und 1677. auch höher nicht als 7000 Gulden angeschlagen worden, Imploratischer Anwald hat drauff dupliciret, Implorant tripliciret, und ad definitivam submittirt, so ingleichen zwar Imploratischer Anwald auch gethan, jedoch cum expressa reservatione si quid novi, und deßwegen vi illius reservationis nach beschehener Submission noch eine unumgängliche Neuerungs-Andung übergeben, weil Implorantischer Anwald in seiner Triplic ein- und anders neuerliches auf die Bahn gebracht, zumahl dem Gerichts-Stylo entgegen ein Documentum sub signo D. producirt, so Imploratischer Anwald ab Actis zu verwerffen gebeten, wie auch erkandt. Nachdem nun solcher gestalt die Acta compliret, ist auf deren beschehene Verlesung, Erwegung, gepflogener Consultation den 28 Julii 1697. die Urtheil in principali dahin ausgefallen, daß gestalten Sachen nach Fr. Beklagtin, beschehenen Einwendens ungehindert des &c. Klägers Begehren Folge zu leisten, mithin demselben die in Actis bemeldte Vätterliche Behausung, um die ehmals bedungene und pacisirte 3500 fl. vor dero Helffte, anzulassen, und einzuraumen schuldig und gehalten seyn solle mit Vergleichung der Schäden.

Von welcher Urtheil Fr. Rieterin Eheherr uxorio nomine d. 3. Aug. 1697. coram Notario & Testibus an Käyserl. Maj. höchstes Gericht appellirt, Acta & Apostolos requirirt, sich ad solennia offerirt, und die beschehene Appellation nicht nur dem Hrn. Richter a quo insinuiren lassen, sondern auch bey der Kayserlichen Cammer zu Wetzlar gebührend introducirt, von welchem höchsten Gericht auch unterm 4 Januarii 1698. respective allergnädigste Citation, inhibitio & Compulsoriales ergangen, und durch einen geschwornen Cammer-Bothen den 10 Febr. insinuiret worden. Es hat aber Imploranten Procurator Harding den 23 Nov. 1698. eine am Höchstpreißl. Kays. Cammer-Gericht den 31 Octobr. d. a. ergangene Urtheil Krafft deren die daselbst von Beklagtens Seite gesuchte Appellation cum refusione Expensarum vor desert erkandt, und die Sache wiederum an das Löbl. Stadt Gericht Nürnberg remittirt worden, sub Aquila in Originali producirt und gebeten, weil die Appellation pro deserta erkandt, und die Sache ad judicem priorem remittirt, die sententiam a qua zu exequiren, mithin auf verweigerte Annehmung der offerirten 3500 fl. vor die Helffte des Hauses zu erlauben sothane 3500 fl. hinter diesem Ehrlöbl. Gericht zu deponiren, und daß nunmehro dißseitiger Principal in offtgedachte Fürerische Behausung judiciali authoritate immittirt seyn solle zu erkennen, ihme auch zu dessen Bekräfftigung ein Documentum factæ immissionis unter des Hrn. Stadt-Richters Insiegel Großg. zu ertheilen, beneben auch dem Fürerischen Hauß und Cramleuthen auffzuerlegen, daß sie von nun die bißhero der Fr. Rieterin entrichtete Hauß- und Cram-Zinse dieser nicht mehr, sondern dißseitigen Principal führohin allezeit erlegen und einhändigen, auch damit auf nechst-künfftige Lichtmeß den Anfang machen, immittelst auch sogleich die Original Bestand-Brieffe, selbe auf Hrn. Fürern allein einzurichten, extradiren und ausantworten sollen. Womit von Gerichtswegen 9
ihme in seinem Begehren willfahrt, die offerirte Gerichtl. Deposition öfftister-erwehnter 3500 fl. wie auch die gebetene Immission nebst deme hierüber verlautenden Documento erkandt: Hiernechst auch den Hauß- und Cramleuthen angesagt und befohlen worden, daß sie von nun an alle hinkünfftig verfallende Hauß- und Cram-Zinse dem Georg Sigmund Fürern, (welchem nunmehro auch die andere nemlich der Fr. Rieterin ehemals an dem Fürerischen Hauß gehabte Helffte von Gerichtswegen zuerkandt, und dieser mithin in die völlige Possession besagter Behausung bereits immittirt und eingesetzt sey,) einig und allein lieffern, und damit auf nechstkünfftig resp. Lichtmeß und Walpurgis den Anfang machen sollen, welche insgesamt deme gehorsamlich nachzukommen versprochen, und mit gegebenem Handstreich angelobet haben. Von welchem allem den Rieterischen Eheleuthen auch Anzeig geschehen, die drauff durch ihren Anwald d. 5. Decemb. 1698. vorbringen lassen: Obwohl von Hochpreißl. Kayserl. Cammer-Gericht ohnlängst eine Urtheil eingelangt, Krafft deren wegen einigen Defectus die Appellatio pro deserta

erkandt

erkandt worden, so werde man doch diß Orts nicht ermanglen, solchen defect alldort zu suppliren, inzwischen er hiemit gehorsamlich bitten solle, von Gerichts wegen auf Seiten der Frau Rieterin nichts widriges zu verhängen, sondern alles in pristino statu biß zu Austrag der Sache beruhen zu lassen, widrigen Falls und daferne dergleichen wider Verhoffen geschehen sollte, man diß Orts solennissime dawider protestirt, und competentia quævis sich per expressum vorbehalten haben wollte. Deme Hr. Imploran-tis Anwald contradicirt, mit Vermelden, man lasse sothane Protestation und Reservation auf seinem Werth und Unwerth beruhen, inhærire der ergangenen Urtheil an Höchstpreißl. Camer-Gericht, wie auch der auf dieselbe Remission bey gegenwärtig ehrlöbl. Dicasterio erkanten, bereits auch würcklich beschehenen Immission und Deposition zum allerkräfftigsten, mit gehorsamer Bitte, obbesagte gegentheilige Protestation und Reservation nicht zu attendiren, sondern seinen Principalen bey seiner ihm judicialiter ertheil-
10 ten Gerechtsame Großg. zu schützen. Inzwischen hat Fr. Rieterin in Camera restitutionem in integrum gesucht und erhalten, daher an einen Hochedl. u. Hochweisen Rath ulteriores Compulsoriales ergangen sub dato d. 27. Octobr. 1700 denen zu Folge auf Fr. Rieterin Anwalds Ansuchen die Acta primæ instantiæ d. 20. Jan. 1701. verabfolget, und in ihrem Namen per Procuratorem der Appellations-Ayd abgeschworen worden. Darauf in Augustissimo Judicio Cameræ Imperialis Libellus appellationis & Gravaminum summarius eingegeben, darinn post justificationem formalium loco materialium deducirt worden, daß 1.) ex Actis prioribus kundbar, daß die in lite begrieffene Behausung am Krebsstock auf Anwalds Principalin u. Hrn. Appellaten von dero beeden Hrn. Vattern, weyland Georg Sigmund Fürern von Haymendorff seel. erblich gekommen, und bißher von ihnen in communione besessen worden seye. Ob nun wohl 2.) nicht ohne, daß selbe in dem An. 1690. auffgerichteten Inventario nicht höher denn um 7000 fl. angeschlagen, auch dem Inventario und Theilzettel eine Clausul einverleibt worden, vermög deren, wann eines von den beeden Geschwistrigten seinen Antheil an der Behausung künfftig zu verkauffen gemeinet, solches an den Miterben in eben dem angesetzten Preiß der 7000 fl. geschehen solle; so sey jedoch 3.) solche Clausul darum von keiner Verbündlichkeit zu achten, weil nicht allein 1.) die Fr. Appellantin deren niemahl gebührlich certiorirt oder verständigt worden, und sie also darein nicht consentiret hat, sondern es auch 2.) an des Löbl. Vormunds-Amt zu Nürnberg confirmation ermangelt, welche zu dergleichen wichtigen, zumahlen res minorum immobiles betreffenden, und selbige auf einigerley Weiß afficirenden Contracten, nach Inhalt der Nürnbergischen Reformation *tit 39. leg. 9. §. Es soll kein Vormund oder Versorger &c.* de necessitate erfordert wird. Wañ es aber 4.) auch schon ausser dem wäre &c. alldieweil jedoch Anwalds Fr. Principalin in An. 1690 noch minorennis gewesen, und sich nun ereignet, daß sie durch die angezogene Clausul höchstens lædirt, indem sie Krafft derselben dem Hrn. Appellaten ihren Antheil Hauses um 3500 fl. hinschlagen müßte, wofür sie doch anderwerts 6500 fl. haben kan; So hätte sie ja billig contra tam enormem læsionem in integrum restituirt werden sollen, als die sich noch dato intra tempora ejus beneficii befinde, und darum das officium Dn. Judicis a quo in eventum gebührend imploriret hab. Daß nun darauf 5.) in judicando nicht reflectirt, sondern sie per sententiam vermeintlich condemnirt worden, Klägers und itzigen Appellati begehren Folge zu thun, mithin demselben die quæst. Behausung um die bedungene 3500 fl. vor dero Helffte anzulassen und einzuraumen, das sey ein offenbar, wiederrechtliches Gravamen, dessen Reparation die Fr. Appellantin billig hoffe. Aufs wenigst hätte 6.) deroselben frey gelassen werden sollen, wann ja die alienatio in extraneum nicht statt gehabt, u. sie gleichwohl dem Hrn. Appellaten in dem bestimten geringē Werth das Haus nicht überlassen wollen, selbige dañ vor sich selbst unveräussert zu behalten. Deñ ob 7.) eingewendet werden wollte, nachdem der Fr. Appel. das Haus einmal in so fern feil worden, daß sie einem Fremden es käufflich überlassen, sey eo ipso das dem Appellaten bedungene Jus Protimiseos zum Fall oder zur Existentz gekommen, so ihme nachmahlen per retractationem nicht wieder habe benommen werden können; So sey dagegen zu considériren, daß das Hauß der Fr. Appellantin anderer Gestalt nicht feil worden als daß sie dafür zu ihrer Helffte die mit dem fremden Käuffer verglichene 6500 fl. haben sollte, ausser deme wie sie an dessen Verkauffung nie gedacht haben würde, indem sie dato nur an Bestand-Zinsen über 200 fl. jährlich daraus ziehet. Also lauffe ja wider alle raison, daß præter omnem illius intentionem der Verkauf in dem ex adverso offerirenden Spottpreiß der 3500. fl. nichts destoweniger bestehen und seinen Fortgang haben solle. Und gesetzt 8.) sie hätte sich durch die intendirte Verkauffung in so ferne præjudicirt, so wäre sie doch abermahlen bey daher ihr zuwachsender so starcken læsion als noch Minorennis contra istum actum præjudicialem in integrum (wie sie allenfalls darum demüthigst bitte) zu restituiren, welches alles von HHrn. Richtern voriger Instantz billig in mehrere Consideration hätte gezogen werden sollen; Allermassen dann dahero illius nomine Anwald unterthänigst gebeten, in Rechten zu erkennen, daß dem allem nach in voriger Instantz übel gesprochen, wohl appellirt und die Urtheil dahin zu reformiren, daß die Fr. Appellantin bey ihrem Antheil der Vätterl. Behausung solchen entweder selbst zu behalten, oder ihres Gefallens zu verkauffen allerdings zu lassen cum refusione expensarum, damnorum & interesse ac cum Imploratione sol.

Auf welche allegirte Gravamina Appellatus 11
excipiendo erstlich in genere angezeiget, daß alle diese Gravamina nichts neues, sondern eine blosse repetitionem desjenigen, was in Actis primæ Instantiæ angeführet worden, auch bereits zur

Genüge abhelffliche Maaß erlanget, in sich halten, hiernechst 2.) in specie ad singula mit mehrerm geantwortet, wie aus den übergebenen Exceptionibus pag. Act. 56. pluribus zu ersehen.

Wann wir nun über diß, was zwischen beeden Partheyen tam in prima, quam in secunda Instantia also weitläuffig disputirt worden, den unvorgreifflichen Ausschlag zu geben, und was demnach vor eine Urtheil in hac secundâ Instantiâ zu hoffen zu bedeuten ersucht worden, so haben wir nicht manquirt, die hinc inde angeführte momenta rationum zu ponderiren, und gegen einander zu halten, da wir expensis penitius utriusque partis rationibus, salvo quocunq; meliori judicio gäntzlich dafür halten; daß des Appellati Rechts-Gründe fürtringen und der Fr. Appellantin argumenta überwegen, daher wir nicht zweifflen, es werde in secunda Instantia die vorige Urtheil auch wieder confirmirt werden. Denn ob es 1.) kein geringen Schein hat, daß das in der Vatter- und Mütterlichen Erbtheilung, da die Alt-Vätterliche Führerische am Krebsstock liegende Behausung höher nicht, als um 7000 fl. angeschlagen, und beeden Geschwistrigten gemeinschafftlich verblieben, angehengte
12 Pactum und Geding, daß im Fall ein oder anders künfftig sein daran habenden Theil zu verkauffen gemeynt seyn würde, derselbe oder dessen Erben so dann dem andern oder dessen Erben seine Portion daran käufflich anbieten, und vor einem Fremden in dem Anschlag und Preyß der 7000 fl. wie es bey der Theilung anzusetzen beliebt, zu überlassen schuldig und gehalten seyn sollte, weil Fr. Appellantin, die tum temporis indubitato minorennis gewesen, dadurch wollen adstringiret und verbunden werden, partem suam avitarum & paternarum ædium tanquam rem immobilem tam vili pretio zu verkauffen, und zu alieniren von keiner Krafft, Würckung u. Verbündigkeit seyn können, sondern vor unbündig, ja ipso jure null und nichtig zu achten, consequenter Fr. Appellantin zu dessen Beobachtung im geringsten nicht gehalten, in Betrachtung gantz ausser allem Zweiffel gesetzt, quod alienatio rerum immobilium, imo & rerum mobilium, quæ servando servari possunt, quæ ad minores spectant, plane sit invalida & ipso jure nulla, si eadem facta sit 1.) sine justa & necessaria causa, 2.) sine prævia causæ cognitione & 3.) absque præcedente Magistratus Decreto, quo eadem permissa, Illa enim tria requisita conjunctim concurrere oportet, si alienatio rerum minoris, immobilium præsertim, valida esse debet

l. 6. l. 12. l. fin. C. de præd. minor. Richter *p. 1. dec. 13. n. 11.* Carpzov. *p. 2. c. 11. d. 28.*

13 in tantum, ut si vel unum ex iis deficiat, alienatio ipso jure nulla sit, manente apud minorem dominio, vi cujus ipse rem suam non rite & legitime alienatam una cum fructibus, (observata distinctione inter bonæ & malæ fidei possessorem & inter fructus extantes & consumptos) a quocunque possessore vindicare potest

l. 2. l. 4. l. 8. l. 10. l. 11. l. 14. l. 15. l. 16. C. d. t. l. 3. §. 13. l. 5. §. 15. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. Carpzov. *d. p. 2. c. 11. d. 29. & p. 2. dec. 105.* Richter *d. l.*

Deßwegen solches auch ebenmäßig scheinet zu 14
sagen zu seyn, de ejusmodi pacto, wodurch ein Minor will verbünden werden ein unbeweglich Hauptstück seines Vätterlichen Erbtheils in einem schnöden Preyß hinzugeben, zu veräussern und seinem Miterben zu überlassen,

quia quod prohibitum est in termino, omnino prohibitum quoque censendum in via, qua ad illum devenitur. Prohibita itaque alienatione, prohibitum quoque censetur pactum, quo quis ad illam adstringitur. Fine enim prohibito, prohibita etiam sunt 15
media ad finem deducentia

l. 16. ff. de sponsal.

prohibitoque effectu omnis ejus causa prohibita intelligitur

Menoch. *6. præsumpt. 93.*

Hinc quamvis oppignoratio proprie aliena- 16
tio non sit, cum res jure proprietatis maneat in dominio debitoris, attamen quia a pignore ad alienationem facilis est transitus, quia debitore cessante solvere, ad rei oppignoratæ distractionem proceditur.

t. t. ff. & Cod. de distract. pignor. t. t. C. de jure dom. impetr.

ideo prohibita alienatione omnino etiam prohibita censetur oppignoratio vel hypothecæ constitutio

l. fin. C. de reb. alien.

Atque ita in terminis Ei, cui interdicta est 17
rerum suarum alienatio, ut Minori, absque Decreto Magistratus, nec permitti pactum conscribere, propter quod alienari res possit, tradit

Merenda *lib. 1. controv. cap. 49. n. 2.*
Brunnemann. *ad l. 3. 4. 7. 8. L. de prædiis min. arg. d. l. fin. C. de reb. alien.*

Eaque de causa etiam expresse constitutum 18
ac cautum est, ut minor, cui immobile aliquod prædium donatum fuit, non possit paciscisci absque Decreto, ut res certis ex causis ad donatorem redeat.

l. 7. C. de præd. minor.

Ex quo deinde porrò colligunt ac firmant, 19
quod minor 25. annis, si ipse vel curator ejus emat rem cum pacto revendendi, absque Decreto judicis & aliis solennibus in alienatione rerum minoris necessariis, nequaquam ejusmodi pacto obligetur.

arg. d. l. 7. C. de præd. min. junct. l. 28. ff. de pact. Fabian. de Monte *de empt. vendit. qu. 7. princip. n. 1.* Joh. Andreæ *in addit. ad speculat. rubr. de pact.* Fachin. *2. controv. cap. 3.* Christin. *vol. 3. dec. Belg. 89. n. 2.*

Quo inducunt *l. 1. §. fin. l. seq. ff. de reb.* 20
eor. qui sub tut. vel cur. ubi ita JCtus: *Si minor 25. annis emerit prædia, ut, quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere. Nam*

ubi

ubi dominium quæſitum eſt minori, cœpit non poſſe obligari. Legis ſeq. 2.) vero verba ſunt: *Sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quæſitum eſt & ab initio obligatio inhæſit. Quod ſi a fiſco emerit, nec dubitatio eſt quin jus pignoris ſalvum ſit. Si igitur talis ſpecies in privato venditore inciderit imperiali beneficio opus eſt, ut ex Reſcripto pignus confirmetur.* Unde patet, quod is, qui minori vendidit prædium, paciſci non poſſit, ut res ſit ſibi hypothecata quoad pretium fuerit ſolutum, niſi Judicis Decretum vel Principis Reſcriptum acceſſerit, eoque hypotheca confirmata ſit.

21 Etſi vero Pinellus

in l. 1. part. 3. C. de bon. matern.

moneat differentiam eſſe inter pignus & pactum revendendi, quia pignus præſupponit dominium eſſe translatum in emptorem. Replicari tamen poterit etiam rei venditæ cum pacto revendendi dominium in emptorem transferri.

ut late probant Tiraquell. *de retract. convent. §. 2. gl. 1. n. 34.* Menoch. *lib. 1. Conſ. 26.*

22 Kan nun kein Minor 25. annis absque Decreto Magiſtratus, aliisque ſolennitatibus in alienatione rerum minoris requiſitis, ſich pacto verbinden ad alienationem rerum immobilium, noch in emptione vel ſimili contractu, quo ejusmodi rem acquirit, ſich per Pactum de revendendo absque prævio Decreto obligiren ad illius revenditionem, ſo ſcheinet offenbar zu ſeyn, daß hier diß in diviſione, quæ emptionis aut permutationis ſpeciem hat

l. 1. C. commun. utr. judic. ibi Brunnem. Sichard. Pruckman. *vol. 2. Conſ. 20. n. 5.* Mund. *v. 2. Conſ. 12. n. 42. 43.*

angehängte Pactum ob defectum dictorum ſolennium auch keinesweges beſtehen, noch Fr. Apellantin als Minorennem kräfftig verbinden können, ihr Theil Hauſes ihrem Hrn. Bruder in dem geringen in der Erbtheilung geſetzten Preyß der 7000. fl. käuffig zu überlaſſen.

23 Und ſolches um ſo mehr 2) als auch inter affines, cognatos & fratres, imo in ipſum Patrem die alienatio rerum minoris nicht anders geſchehen und beſtehen kan, als wann ſie prævio Decreto, aliisque ſolennitatibus in alienatione rerum minoris requiſitis ſtrictè obſervatis beſchehen iſt.

l. 4. l. 7. C. de præd. minor. Montan. *de Tutel. & Cur. cap. 33. n. 73.*

Folglich auch dem Anſehen nach dergleichen Pactum præliminare, quo ſe minor ad alienationem faciendam obligat, nicht anders validè eingegangen werden mag, als prævio Magiſtratus Decreto, ſique hoc non obſervatum, nullas videtur habere poſſe vires, ſed contra juris formam initum ipſo jure nullum eſſe. Falls aber 3) es gleich nicht ipſo 24
jure null und nichtig wäre, ſo würde ihr Fr. Appellantin, weil ſie tempore motæ litis noch in ætate minori conſtituirt geweſen, und poſt completam illam ætatem noch das quadriennium ad petendam reſtitutionem in integrum præſtitutum gehabt,

l. pen. & ult. C. de tempor. in integr. reſtit.

ſo, durante hac lite de nullitate contractus, ihro nicht gelauffen, conſequenter ihr noch offen ſtehet,

arg. l. 16. de inoff. teſtam. Brunnemann. *ad l. 1. C. de tempor. in integr. reſtit. n. 5.*

doch wegen des groſſen zuwachſenden Nachtheils und unerträglichen Schadens, darinn ſie durch ſolche beſchwehrliche angedungene Condition und deren Haltung geſetzt würde, das heylſame Beneficium reſtitutionis in integrum zu ſtatten kommen, und nulla ratione denegirt werden können, denn wenn ſie dem Pacto ſolte nachkommen, müßte ſie die Helffte des Hauſes um 3500. fl. laſſen, da ihro doch 6500. fl. dafür geboten worden, wäre alſo das um 7000. fl. angeſchlagene Haus um 6000. fl. zu gering æſtimirt, und käme ſie um 3000. fl. zu kurtz, ſo ja keine geringe, ſondern ein überaus groſſe Læſion wäre. Nun iſt aber rechtens, quod etſi

omnia obſervata ſint ſolennia in tali alienatione, probari tamen magna læſio poſſit, nilominus minori læſo ſubveniendum ſit per reſtitutionem in integrum. 25

l. 1. l. 11. C. de prædiis minor. ibi Brunnemann. *l. ult. C. fidejuſſ. min. l. 2. C. ſi tut. vel curat. interven.* Sfort. Odd. *de reſtit. in integr. part. 1. qu. 22. art. 9. n. 54.* Octav. Simoncell. *de Decret. & aliis ſolenn. in alien. rer. min. l. 3. tit. 7. inſpect. 1. n. 3.* ibique magnonum. allegati. Cui ſententiæ etiam ſubſcribit Weſenbecius *in Paratitl. ff. ad tit. de reb. eor.* & ibi Hahnius *in Obſervat.* addens, omnibus modis ſuccurri pupillis vel minoribus, adeò, ut etiamſi omnia ſolennia in alienatione intervenerint, & conſtet nihilominus minorem eſſe læſum v. g. nimis vili pretio rem eſſe venditam, cauſa cognita contra alienationem alias validam in integrum reſtitui poſſint. Iisdem ferè verbis eandem ſententiam probat Peretz. *ad tit. C. de præd. minor. n. 9.* ad Gometz. *tom. 2. var. reſ. c. 2. n. 13.* Carpzov. *p. 2. c. 34. d. 13.*

So können wir doch deſſen allen, und was ſonſt noch weiter ſcheinbarliches möchte angeführet werden, ohnerachtet, ſalvo ſemper melius ſentientium judicio, anders nicht dafür halten, denn daß das zwiſchen beeden

den Hochadel. litigirenden Geschwistrigen bey dero Vätter- und Mütterlichen Verlassenschafft wircklicher Vertheilung krafft des Vätterlichen Testaments aber gemeinschafftlich behaltener am Krebs-Stock gelegener um 7000. angeschlagener Vätterlichen Behausung wohl-bedachtlich angehengte Pactum, daß falls eines von ihnen sein halben Theil Hauses künfftig zu verkauffen gemeynt seyn würde, es solchen dem andern Mit-Erben oder dessen Nachkommen anzubieten und vor einem fremden in eben demjenigen Preiß der 7000. fl. wie es bey der Abtheilung anzusetzen beliebt worden, zu überlassen schuldig und gehalten seyn solte, zu Recht kräfftig, bündlich und beständig sey, dahero Fr. Appellantin anjetzo, da sie sich samt ihrem Ehe-Herrn des Heil. Römischen Reichs-Stadt Nürnberg bisher gehabt und genossenen Burger-Rechts aus gewissen Ursachen begeben und deswegen ihren Antheil Hauses käufflich hinzugeben getrachtet, solchen ihrem Hrn. Bruder krafft sothanen eingegangenen Pacti um die 3500. fl. zu überlassen in allweg schuldig und verbunden sey. In reif-
26 fer Erwegung 1) daß wann eine Erbschafft einem Majorenni und Minori 25. Annis zugleich anfällt und darüber ein ordentliches Inventarium aufgerichtet, auch Majore ad divisionem provocante wircklich unter sie vertheilt werden solle, man so wenig zu Aufrichtung eines solennen Inventarii, und darinn setzenden Anschlage und Æstimation der inventirenden Güter, als zu dem Ende wircklich darauf vornehmenden Theilung weder ein vorgängiges Obrigkeitliches Decretum zu requiriren, noch andere solennia zu observiren, nöthig hat, sondern beedes, ohne Beobachtung der sonst ad alienationem rerum immobilium minorennium erforderten Solennitäten, Rechtskräfftig und beständig geschehen mag, wann nur der Minor seine verordnete Vormund hat, und mit deren Beystand, Rath, und Willen, zumal in Beyseyn naher Befreundten und Anverwandten, alles vorgenommen, reifflich überleget, und abgehandelt worden,

Carpzov. *p. 3. c. 15. d. 44.* Brunnemann. *ad l. 1. 2. & 17. num. 11.*

27 kommt noch, wie hier, dazu, daß es von den von löbl. Obrigkeit aus ihrem Mittel geordneten Hn. Deputirten oder Genandten gesiegelt, und publico sigillo bestättiget worden, so ist so weniger an dessen rechtlichen Bestande zu zweiffelen.

Per ea, quæ in terminis tradit Octav. Simoncell. *tr. de Decret. & aliis solennit. in alien. rer. min. adhib. lib. 2. tit. 6. inspect. 6. pag. nob. 337. & 342.* ubi expresse tradit, in Inventario indistincte nullum requiri Decretum, cum nulla lex sit, quæ hoc dicat aut desideret, & Jura, quæ ad id adducantur, nihil in proposito probent. Bene volunt Jura, ut tutor administrationem suscipiat per Decretum Judicis, antequam res attingat, sic vero decretum non requiritur ratione ipsius inventarii, sed ad suscipiendam tutelæ administrationem &c. Idem Simoncell. *lib. 1. tit. 2. Inspect. 2. pag. 235. seq.* ubi idem etiam tradit de divisione. quod illa procedere aut fieri queat absque Decreto & aliis solennitatibus, si minor à 28
majore coherede ad divisionem provocatur, per

l. 1. §. si communis. 2. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura. l. inter omnes. 17. C. de præd. minor. ibi: *nam ad divisionis causam provocante tantummodo Majore socio, ejus alienationem & sine decreto fieri jam pridem obtinuit.* Sanden. *de prohib. rer. alienat. cap. 1. §. 32.* Carpzov. *p. 2. dec. 121. n. 6.*

ubi hoc casu nihil amplius quam Curatoris præsentiam vel consensum requirit, quod & facit additionator ad Simoncellum *d. l.* qui hanc ejus reddit rationem, quod cum minor à majore ad divisionem provocatur ex necessitate dividere teneatur, casus igitur hic non comprehendatur sub lege alienationem, cujus species suo modo alias quoque divisio, prohibente, Lex enim prohibens alienationem debet tantum intelligi de voluntaria, non autem de necessaria alienatione, quando vero minor provocatur, non suo facto, sed ex necessitate alienare dicitur, & ideo permittitur ipsi, ut dividere possit absque decreto, modo curator consentiat.

Wie nun ohne Requisition gerichtlicher Erkänntnis und Decrets, oder Observirung der ad alienationem rerum, immobilium præsertim, minorennium sonst erforderten Solennitäten die Inventur und wirckliche Theilung der angefallenen Erbschafft Rechts-kräfftig geschehen kan zwischen zweyen Erben, davon der eine majorennis, der ander minorennis, wann jener ad divisionem provocirt, und nur des Minorennis verordnete Vormunde dabey seyn, mit ihrem Rath, Wissen und Willen alles geschiehet, zumal des Minoris anwesendgewesene nechste Freunde und Anverwandten es auch also vor gut befunden und genehm gehalten; Also zweiffeln wir durchaus 29
nicht, daß nicht ebenmässig zwischen sothanen Erben Rechts-kräfftig und bündlich eine solche Abrede solte genommen werden, und sie der getroffenen Theilung ein solches Pactum anhängen können, daß sie dieses oder jenes Stuck in der Æstimation, Schatzung und Anschlage, worinn es an ihren Erblasser gekommen, gemeinschafftlich behalten, und falls ein oder ander sein daran habendes Antheil künfftig verkauffen wolte, in der beliebten alten Schatzung seinem Mit-Erben vor andern zu gönnen und zu überlassen schuldig und verbunden seyn solte, auch dieses der Theilung angehängte Pactum hernach so wohl den minorem als den majorem kräfftig binden und obligiren solte, daß er demselben nachkommen und es adimpliren müßte, si modo Pactum istud statim in ipsa here-

30 hereditatis divisione cum Curatoris minoris consensu initum & æstimatio illa judicio Curatorum & Agnatorum, qui divisioni præsentes fuere, consideratis & perpensis omnibus considerandis Circumstantiis pro justa & æqua tempore factæ divisionis habita fuerit, quæ in judicio familiæ erciscundæ inter coheredes, fratres & sorores præsertim, non ex rigore sed cum quodam moderamine ex æquitate fieri debet & solet.

Valasc. *de partit. cap. 10. n. 4.* Dav. Boring. *Bibliothec. JC. verb. Æstimatio. n. 375.*

31 Zu dessen Confirmation 2) nicht wenig thut die communiori calculo approbirte Doctrina Dd. quando docent ac tradunt, quod si minor

vel ejus Curator prædium aliquod emerit cum pacto de retrovendendo, in continenti adjecto, quod eo tendit, ut res empta venditori ejus pretium restituenti, vel quandocunque illi placuerit, vel intra certum tempus v. g. biennium, aut ex certo tempore v. g. post triennium, iterum vendatur ac restituatur, ipse minor, licet non intervenerit Decretum, nec solennia in alienatione rerum immobilium requisita observata, tamen pacto isto de retrovendendo venditioni prædii ipsi factæ in continenti adjecto omnino efficaciter obligetur, prædiumque vi illius venditori justo tempore pretium restituenti revendere ac redhibere teneatur,
32 simili ratione, qua ipse minor quoque pactum addictionis in diem, quod Curatoris consensu sine solennibus iniit, servare cogitur, & rem, quam emit & comparavit cum pacto addictionis in diem, si alius intra constitutum tempus meliorem conditionem, majusque pretium venditori offerat, eidem restituere tenetur, etsi decretum vel alia solennia non intervenerint, cum rem cum pacto isto addictionis in diem emit, nisi idem, quod alius adjecit, & ipse præstare paratus sit, juxta

l. 35. ff. de minor. ubi restitutione in integrum opus habere dicitur, eaque ipsi concedenda, si recusaverit tantum dare, quantum alius obtulit, & per hoc læsus sit, cum ejus omnino interfit rem emptam fuisse, forte quod res majorum ejus fuerit. Glossa. & Brunnemann. *ad d. l. 35.*

33 Obligari vero minorem efficaciter Pacto de retrovendendo emptioni prædii ab ipso vel Curatore factæ in continenti adjecto, licet decretum non intervenerit, postulat evidens juris ratio, quæ eum, cui jus quæritur ex contractu venditionis, illum cum omnibus suis pactis & clausulis, omnibusque qualitatibus acceptare jubet, non enim ipsi licere debet unam partem contractus approbare & aliam improbare, sed pro se contractum in uno agnoscens, eum quoque in altero contra se agnoscere tenebitur.

l. 16. ff. de admin. tut. l. 7. de bon. libert. l. 39. de oper. libert. l. quod si in uno. 13. ff. de in diem addict. Roder. Suaretz. *alleg. 27. n. 4.* Cavalcan. *p. 2. dec. 16. n. 19.* Et in terminis pacti de retrovendendo Surd. *Cons. 52. n. 40. seqq.* ubi id ipsum pluribus illustrat & hoc secundum Paul. de Castro *in l. si duo. ff. de acquir. hered.* procedere ait, etiam ubi quis ignoravit jus annexum. Tiraquell. *de retract. con-* 34
vent. ad fin. totius tituli n. 4. 5. ubi huc plura inducit jura, quibus probatur non licere partem contractus ratam habere, & partem reprobare, sed vel totum contractum cum omnibus suis qualitatibus, clausulis & pactis adjectis approbandum, aut totum reprobandum, cujus varia quoque ibi-
dem adducit præjudicia, ubi Baldus alii- 35
que veteres JCti ita responderunt, quod quis contractum à se vel alio ejus nomine initum vel totum approbare vel totum reprobare teneatur, nec illum dividere, & pro parte, quatenus in sui favorem tendit, agnoscere, pro parte vero, quatenus ipsi onerosus, reprobare possit. Pariter quoque ibid.
n. 2. 3. plura allegat jura, quibus evi- 36
denter probatur, quod filius, servus, tutor, curator, Prælatus & alii administratores in ipso contrahendi actu pacto quocunque adjecto nocere possint patri, domino, minoribus, Ecclesiæ & iis, quorum administrationem gerunt, hique pacta in ipsorum præjudicium ab illis in ipso contractu statim adjecta omnino ratihabere ac adimplere cogantur, si contractum ipsum
agnoverint, atque inde ulterius in- 37
fert ac concludit, quod proinde nihil quoque impediat, quo minus recte dicamus, simili modo minorem ratihabere ac adimplere cogi pactum de retrovendendo, quod rei immobilis emptioni ab ipso cum curatoris sui, quem habet, consensu, vel à Curatore nomine illius contractum celebrante, in ipso contractu emptionis statim adjectum fuit, vique ejus ipsum venditori pretium justo tempore restituenti rem emptam revendere & restituere teneri, & ad id obstrictum esse, licet haud intervenerit Decretum Magistratus, nec alia solennia in alienatione rerum minoris alioquin necessaria fuerint observata.

Quam quidem sententiam, ut nempe, si 38
in emptione rei alicujus, quam minor cum consensu Curatoris, absque decreto tamen fecit, non ex intervallo, sed statim in continenti pactum de retrovendendo adjectum sit,

id ipsum omnino valeat, & minorem efficaciter obliget, ut eidem stare ac parere teneatur, tanquam jure magis consonam etiam amplexi sunt.

Angelus, Jason, Paulus de castro, Baldus Gozadinus, Negusantius, Tiraquellus in locis à Pinello *in d. l. 1. part. 3. n. 52. seq. C. de bon. matern.* & post ipsum ab Octav, Simoncell. *d. tr. lib. 2. tit. 6. n. 14.* specificatis.

Ideoque hanc opinionem communem videri fassus est

Cavalcan. *tr. de tut. & curat. n. 246.*

& receptiorem videri dixit

Pinell. *in d. l. 1. p. 3. C. de bon. mat. n. 53.*

& veriorem, Reipublicæque utiliorem.

idem Pincell. *in l. 2. C. de rescind. vend. p. 1. c. 4. n. 1. in fin.*

Pro qua aliquot rationes, jura & leges adduxit

laudatus Pinellus *in d. l. 1. p. 3. C. de bon. matern. n. 5. seqq.* & Simoncell. *d. tit. 6. n. 14.*

Eique sententiæ subscripserunt & calculum suum quoque addiderunt.

Boër. *dec. 182. n. 35.* Modestin. Pistor. *Cons. 64. per tot.* & Collegium Ingolstad. *d. Cons. 64. fol. 1.* Sarmient. *l. 3. select. interpret. 8. n. 7.* Scip. Gentilis *de bon. matern. cap. 19.* And. Merenda *lib. 1. controv. cap. 49.* Sand. *de prohib. rer. alien. cap. 1. §. 3.* Brunnemann. *ad l. 7. C. de præd. minor. n. 14.* Octav. Simoncell. *lib. 2. tit. 6. pag. 303. n. 14. seq.* Klock. *vol. 2. Cons. 42. n. 113.*

Neque est, quod contrariæ sententiæ Au- 39
thores adeò refractarie Responso Ulpiani
in l. 1. §. fin. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel. cur.

innitantur. Hoc enim Dd. commun. secundum jam dictam distinctionem de pacto pignoris post consummatum per rei traditionem, fide de pretio habita, contractum emptionis, & postquam sic dominium jam tum minori acquisitum est, primum adjecto & ap- 40
posito accipiunt. Tunc autem merito non valet istud pactum pignoris, quia quando semel quæsitum est minori per contractum emptionis, re ipsa tradita, dominium non potest in re sua immobili pignus sine decreto constituere.

l. qui Romæ. 122. §. Callimachus. 1. ff. de V. O. Tiraquell. *de retract. convent. ad fin. tit. gl. 1. n. 1.*

Quod JCtus disertis verbis signficat

in d. l. 1. §. fin. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. dum ait: *Si minor 25. annis emerit prædia, ut, quoad pretium solveretur, essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere, nam ubi dominium quæsitum est minori, cæpit non posse obligari.*

Contractu emptionis jam consummato, & 41
per traditionem dominio in minorem jam translato pactum pignoris demum adjectum fuisse evidens fit ex eo, quod pignus vel hypotheca in re sua consistere nequeat.

l. 34. ff. de regul. jur.

Non potuit ergo à venditore antea constitui, quam res ad minorem pervenerit per traditionem, sicque ei dominium acquisitum fuerit. Secus se res habet cum Pacto de re- 42
trovendendo, hoc non perfici potest eo tempore, quo res est adhuc venditoris, & antequam eadem minoris facta fuerit, si nempe in continenti contractui emptionis adjectum fuerit, tuncque non est, cur de ejus validitate, dubitemus, licet decretum non intervenerit, modo Curatoris consensus accesserit, cum res ad minorem cum hoc onere pervenerit, ac venditor rei suæ legem dicere potuerit, quam voluit. Si autem Pa- 43
ctum de re retrovendenda post perfectum contractum emptionis venditionis ex intervallo adjiciatur, & dominio in minorem jam translato perficiatur, ipsum quoque absque decreto non posse subsistere evidens est, contineret enim tum alienationem rei minoris, quæ absque decreto fieri nequit.

Joh. Bapt. Aimus *de Jure allvvion. lib. 2. cap. 10. n. 14.* Octav. Simoncell. *de decret. & aliis solennit. in alienat. rer. minor. accessar. lib. 2. tit. 6. inspect. 1. n. 14. 15.* Klock. *d. Cons. 42. n. 120. seqq.*

Kan nun 3) ein Minor cum consensu Cu- 44
ratoris, absque Decreto Magistratus, das Pactum de retrovendendo gleich in ipso contractu eingehen, wann er oder sein Vormund ein Gut kaufft, und sich illo pacto kräfftig verbinden, das erkauffte Gut gegen Empfahung der Kauff-Summ ohn einige Ausflüchte dem Verkauffer wieder abzutreten, wann es ihm belieben wird, oder wie sie sich miteinander vereiniget, warum solte er nicht gleichfalls befugt seyn, in Theilung der ihm und einem Majori angefallenen Erbschafft der ad provocationem Majoris angestellten divisioni hereditatis, quæ nonnunquam emptionis, nonnunquam permutationis vicem habet

l. 1. C. commun. utriusque jud.

Ein solches Pactum cum consensu Curatoris & approbatione agnatorum, absque Decreto Magistratus, anzuhängen, und sich mittelst dessen mit seinem Coherede zu vergleichen daß sie die in gemeiner Erbschafft enthaltene Behausung in dem rechtmäßigen und billigen Preiß, worinn sie ihr Erblasser an sich gebracht, der Zeit gemeinschafftlich behalten, die Zins daraus miteinander geniessen, und die Bau-Kosten hingegen halbtheilig tragen, jedoch aber hiemit ausdrücklich ausbedungen haben wolten, daß wann künfftig ein oder anders den daran habenden Theil zu verkauffen gemeynt seyn würde, es denselben dem Mit-Erben anzubieten, und vor einem fremden in eben dem jetzt-gesetzten Anschla-

Anſchlage und Preyß käufflich zu überlaſſen ſchuldig und gehalten ſeyn ſolle. Deswegen dann wir durchaus nicht anſtehen, daß hierfalls zwiſchen Hrn. Appellato, der damals, als man die Inventur und Theilung der Vätter- und Mütterlichen Fürerischen Verlaſſenſchafft vorgenommen, bereits majorennis und 30. Jahr alt geweſen, und der Fr. Appellantin, die zwar damalen nur im 19. Jahr und alſo nach dem Jure communi noch minorennis, doch ſchon verheyrathet geweſen, bey Vertheilung ihrer Elterlichen Erbſchafft getroffene Pactum, krafft deſſen ſie ſich wiſſend- und wohlbedächtlich verglichen, daß wann ihrer eines oder anders ſeinen an der in communione behaltenen am Krebsſtock gelegenen Fürerischen Behauſung habenden Antheil künfftig zu verkauffen gemeynt ſeyn würde, es denſelben dem andern Geſchwiſtrigt oder deſſen Erben und Nachkommen anzubieten und vor einem Fremden in dem Anſchlag und Preyß der 7000. fl. ſo bey der Abtheilung anzuſetzen, beliebt, weil es ihrem ſel. Hn. Vater in dem Preyß auch von ſeinen Geſchwiſtrigten in ihrer Erbtheilung gelaſſen worden, zu überlaſſen ſchuldig ſeyn ſolle, vor ein zu Recht beſtändiges, kräfftiges und bündliches Pactum zu halten, welchem alſo Fr. Appellantin nachzukommen ſchuldig, und weil ſie ſamt ihrem Ehe-Herrn das bisher in Nürnberg gehabte Burger-Recht aufgegeben, auch deswegen ihren Antheil Hauſes käufflich hinzugeben geſonnen, ſolchen ihrem Hrn. Bruder dem Pacto zu Folge um die 3500. fl. zu überlaſſen verbunden.

46 Und zwar ſolches 4) um ſo mehr, als ſelbiges nicht nur mit Beyſtand, Rath und Willen, ja laut lit. B. auf Veranlaſſung ihres Ehe-Herrn als Curatoris Legitimi, ſondern auch mit Rath und Genehmhaltung der vorhin gehabten HHrn. Vormundern, nicht weniger mit Approbation und Beſtättigung zweyer HHrn. Genandten des Gröſſern Raths der Stadt Nürnberg, darzu in Gegenwart anderer anweſendgeweſenen nechſten Anverwandten und Befreundten geſchloſſen, zum Stande gebracht und beſiegelt worden, deſſentwegen man ſo weniger einen Zweiffel darein ſetzet, daß es nicht ſollte kräfftig und bündlich ſeyn.

Nam præſentia tot propinquorum, conſanguinorum & amicorum non modo facit ceſſare præſumptionem metus doli ac fraudis

Bartol. *in l. frater à fratre. n. 51. ff. de condict. indeb.* Natta *lib. 1. Conſ. 173. n. 22.*

ſed tantæ etiam à nonnullis cenſetur eſſe efficaciæ & roboris, ut ſuppleat defectum Decreti in alienatione rerum minoris requiſiti, ita, ut ſuſtineatur alienatio à minore abſque Decreto facta, ſi propinquorum præſentia adfuerit in alienatione.

Baldus *vol. 3. Conſ. 199. n. 5.* Kellenbentz. *de renunciat. ſucceſſ. q. 5. n. 16. 17.*

Imprimis vero præſentia duorum illorum 47
a Senatu Majori Deputatorum, der beeden Genandten, quorum adſiſtentia, ex communi obſervantia Civitatis Norimbergenſis, judiciali authoritati æquiparari ſolet, & ab ipſis vi officii per ſigilli publici ipſis concrediti appoſitionem facta confirmatio geſti negotii pactique adjecti, hic idem præſtat, quod Decreti ſolennitas.

Zumal 5) da durch dieſes Pactum nichts 48
wircklich alieniret, noch eigentlich auch der Weg zur Alienation gebahnet worden, indem ja Fr. Appellantin dadurch gantz nicht zu vornehmender Alienation adſtringiret oder neceſſitiret, ſondern blos dahin obligiret worden, daß wann ſie irgends einiſt, vel durante minorennitate ex juſta quadam & neceſſaria cauſa, vel poſt completos annos 25. ex libera etiam voluntate, ſonſt ohne dem ihren halben Theil Hauſes zu verkauffen gemeynt ſeyn würde, ſo ſolte ſie ſchuldig und gehalten ſeyn, denſelben ihrem Hrn. Bruder vor andern anzubieten, und in dem geſetzten Anſchlage der 7000. fl. darum es auch ihrem ſeel. Hrn. Vatter von ſeinen Geſchwiſtrigten wäre überlaſſen worden, zukommen zu laſſen.

6) Iſt inſonderheit zu conſideriren, daß die- 49
ſes ein Pactum reciprocum, indem ſich beede Geſchwiſtrigt mit Rath der zugegen geweßten Freunde und Anverwandten, auch deren beeden HHn. Genandten des gröſſern Raths der Stadt Nürnberg, und Fr. Appellantin inſonderheit mit Aſſiſtentz ihres Ehe-Herrn als Curatoris Legitimi und vorhin gehabten Vormundere, bey der Erbtheilung verglichen, daß wann ihrer eines oder das andere ſeinem an dem gemeinſchafftlich behaltenen Haus habenden halben Theil künfftiger Zeit irgends käufflich hingeben wolte oder müßte, ſo ſolte es denſelben dem andern Geſchwiſtrigt vor fremden anzubieten, und in dem in der Theilung angeſetzten Preyß der 7000. fl. darum auch ihr Hr. Vatter ſeel. das Haus bekommen, zu überlaſſen ſchuldig ſeyn, alſo in des einen, wie in des andern Geſchwiſtrigts commodum und favorem ermeldtes Pactum angehenat, deswegen wie Fr. Appellantin in krafft deſſen ſolch beneficium zu genieſſen gehabt, daß wann ihr Hr. Bruder ſeine an dem quæſtionirten Haus habende Helffte zu verkauffen gemüßiget worden, er ihro ſelbige um die 3500. fl. überlaſſen müſſen, alſo kan ſie in caſu converſo, nachdem ſie jetzo ob factam renunciationem Juris Civitatis gezwungen wird ihr Theil käufflichen hinzugeben, ohn höchſte Unbilligkeit ſolch beneficium ihrem Hrn. Bruder auch nicht denegiren, oder entziehen, noch ſich ulla ratione wegen ihrer Helffte des Hauſes in der verglichenen Schatzung, die zur Zeit der getroffenen Erbtheilung von beeden Geſchwiſtrigten, der Fr. Appellantin Ehe-Herrn, als ihrem Curatore Legitimo, ihren vorhin gehabten HHrn. Vormundern und andern bey der Theilung geweßten Befreundten, wie nicht

weniger von denen von löbl. Obrigkeit aus ihrem Mittel geordneten HHrn. Genandten vor billig gehalten, und ihrem Judicio nach nicht die geringste læsion importiret, dem Hrn. Bruder zukommen zu lassen, nach der in Summa æquitate fundirten Regula ipsius Juris naturæ:
50 Quod tibi fieri volueris, id alteri quoque faciendum, quam Salvator noster in Evangelio sic effert: Omnia quæcunque vultis ut faciant vobis homines, & vos facite illis. Quæ regula tam est universalis, ut omnia fere hominum officia inde definiri valeant: Consulat enim homo in casu oblato seipsum & accurate examinet, quid sibi fieri eo casu vellet, & tunc de alio sic statuat, ut de se esset statuturus. Sicut ergo in casu converso, si Dominus Actor partem suam ædium paternarum vendere coactus fuisset, Domina Rea desideraßet, ut eam ipsi vi pacti pro 3500. Fl. reliquisset, ita jam ubi contrarius evenit casus, quod nempe Domina Rea, ob juris civitatis, quo hactenus Norimbergæ gavisa est, renunciationem, suam domus partem venalem habeat, eodem beneficio Dominum Actorem quoque frui permittat, & ipsi hanc suam partem domus pro eodem pretio 3500. Fl. vi istius pacti in se jure validi relinquat, vigore generalis illius juris naturæ effati: Quod tibi, hoc alteri.

So wenig aber 7) offtberührtes Pactum, vi hactenus deductorum, ipso jure null und nichtig, sondern vielmehr zu Recht kräfftig und
51 beständig ist, so wenig ist dasselbe auch vor ein der Fr. Appellantin dergestalten schädliches und nachtheiliges Pactum zu halten, daß ihr die gebetene Restitutio in integrum darwider gleich auf ihr bisheriges blosses annoch gar nicht erwiesenes Angeben einiger tempore divisionis & initi pacti vorhanden gewesener læsion müste indulgiret werden. Denn es ist bekandt, quod ad obtinendam restitutionem in integrum etiam ex capite ætatis omnino requiratur, ut diligens causæ cognitio præcesserit,

l. 11. §. 3. l. 44. ff. de minor.

& restitutionem ex hac causa petens, sicut ætatem, ita, & læsionem, probaverit,

l. 19. ff. l. 9. C. de probat. l. 4. l. 5. C. de restit. in integr. min. l. 6. l. 39. ff. de minor. l. 9. §. 4. ff. de jurejur. Trentacinq. *lib. 2. var. resol. tit. de minor. resol. 2.* Carpzov. *p. 1. c. 26. d. 23. & lib. 2. Resp. 95.* Mynsi. *4. Obs. 16. 17.*

52 In dijudicanda vero læsione ad tempus negotii gesti respiciendum, non enim læsio casu ex postfacto superveniens attenditur vel consideratur, sed ut in universum, sic & in hac materia, læsio ex tempore contractus æstimanda, uti colligitur ex

l. 11. §. 4. ff. de minor. l. 1. C. de pact. l. 11. C. de transact. ubi casus proponitur, quo Pater duobus suis filiis, quorum alter adhuc minorennis, mutuum reliquit fideicommissum, & cavit, ut qui prior sine liberis decederet, alteri portionem suam relinqueret, eaque superstiti filio restitueretur. Hi vero duo fratres inter se transegerunt & sibi invicem spem mutui vel reciproci fideicommissi remiserunt. Quæritur ergo, An transactio valida sit & remissio fideicommissi teneat? atque num ne minor ex causa ætatis restitutionem in integrum contra eandem petere & obtinere queat? Resp. transactionem & remissionem fideicommissi omnino validam esse, nec eandem ætatis favore per in integrum restitutionem convelli posse. Quæcunque enim conventio 54
inter fratris, fraternæ concordiæ stabiliendæ & conservandæ causa, bona fide inita, & utrique consulit, ita ut uterque tantum commodi, quantum incommodi inde capere & referre possit, illa nequaquam rescindenda, sed rata & grata habenda, nec cum se habent ad lucrum, sicut ad damnum, ulla pars se per illam læsam de jure conqueri poterit, non enim ulla læsio vel circumventio prætendi potest ex conventione, ex qua quis tantum commodi & utilitatis, quantum incommodi & damni capere & referre valet, si quod ergo inde patitur postea damnum, illud cum utilitate, quam exinde recipere potuisset, si contrarius eventus secutus fuisset, compensare debet. Aliud si diceremus, omnino impingeremus in tritissimam illam juris regulam, quam Dd. colligunt ex *l. 12. C. de in offic. testam.* quod ubi fortuiti casus par in utramque partem ratio est, neuter lædi videatur, consequenter non habeat minor justam causam petendi restitutionem in integrum, quia ex præcedente conventione tam facile utilitatem, quam damnum recipere potuisset, si casus aliter cecidisset. Pro- 56
pter dubium igitur eventum nequaquam transactio inter fratres bona fide inita infringenda, nec attendendum damnum, quod casualiter evenit, & ex allegato incerto eventu secutum est. Ratione enim dubii eventus vel reci- 57
procationis multa valent, quæ per se alias non valerent. Brunnemann. *ad d. l. 12. C. de inoff. testam. n. 2.* Cujus ratione cum ista transactione convenit etiam hoc nostro casu inter Dn. Actorem & Ream quoad ædes Paternas initum Pactum quæstionis, de quo ideoque idem, quod de transactione ista ferendum quoque est judicium.

Wie demnach aus besagtem Pacto keine zugefügte Læsion erwiesen ist, noch allegirt werden kan, also mag Fr. Appellantin gleicher Gestalt deswegen auch keine Restitution in integrum angedeyen und indulgirt werden

per

per latius deducta in Exceptionibus, ſo von Herrn Appellaten auf die Gravatorial-Klag in ſecunda Inſtantia eigegeben worden, worauf wir uns geliebter Kürtze halber bezogen haben wollen.

Und wie wir 8) dieſes alles den gemeinen Rechten gemäß zu ſeyn erachten, wann wir gleich ſupponiren, daß Fr. Appellantin zur Zeit der getroffenen Erbtheilung und dieſes derſelben angehengten Pacti annoch ſolchen gemeinen Rechten nach, Minorennis geweſen;
58 Alſo waltet bey uns kein Zweiffel, daß diß alles ſo viel mehr Statt und Platz greiffe, daß nemlich das Pactum durchaus kräfftig, bündig und zu Recht beſtändig, daher Fr. Appellantin dadurch efficaciſſime obligirt ſey, ihrem Hrn. Bruder ihre Helffte des Hauſes qu. in Krafft deſſen pro 3500. fl. zu überlaſſen, nachdem ſie ſich des Bürger-Rechts der Stadt Nürnberg per renunciationem ſponte begeben, und ſich dadurch ſelbſt inhabil gemacht, unbewegliche Güter in der Stadt zu beſitzen, auch wider ſothanes Pactum im geringſten keine Reſtitution in integrum ex capite ætatis, læſione, quæ tempore geſti negotii adfuerit, non probata, ſuchen und erhalten möge, wann wir inſonderheit die Statuta Civitatis Imperialis Norimbergenſis anſehen, in denen die Minorrennitas anno decimo octavo circumſcribirt und diſponiret, daß die minderjährige nach complirten 18. Jahr, von der Curatel befreyet werden, und Rechnung von ihren geweßten Curatoren zu fordern befugt ſeyn ſollen. Sic enim expreſſe cautum reperimus

in Reformatione Norica *part. 3. tit. 39. leg. 1.*

So die Kinder, die Mädlein über 12. und die Knaben über 14. Jahr kommen ſeyn, ſo bleiben die geweſene Vormünder alsdann Curatores oder Verſorger bis in das 18. Jahr, wie in folgenden Geſetzen ferner erklärt wird.

& ibid. leg. 11.

59 So unmündigen Kinder Vormunder geſetzt ſeyn, die bleiben in Verwaltung ſolcher Vormundſchafft, bis die Pfleg-Kinder, nemlich die Knaben 14. Jahr und die Mädlein 12. Jahr völlig erlangt haben, nach Ausgang derſelben Zeit ſollen ſie Curatores und Verſorger ſeyn, bis die Pfleg-Kinder 18. Jahr ihres Alters erfüllet haben, alsdann mögen ſie auf gebührliche Rechnung von der Vormundſchafft und Curation abtreten, und ſoll ſolche Endrechnung den jenen, ſo zu ihrem Alter, wie vor gemeldt, und aus der Curation und Verſorgnis kommen ſeyn, förderlich beſchehen.

Similiter diſpoſitum *in d. part. 3. tit. præced. 36. von Theilung der Erbſchafft. leg. 1. pag. 224.*

60 So die Eltern in ihren Teſtamenten die Kinder oder andere abſteigende zu Erben eingeſetzt, ſo mögen dieſelbe Erben, ſo viel deren NB. in völligem Alter ſeyn, und 18. Jahr erfüllet haben, dergleichen der andern Vormundern oder Curatores die Erbtheilung der Erbſchafft von den Innhabern oder Geſchäffts-Executorn begehen und fürnehmen ꝛc.

Ex quibus, ſi hoc noviori jure non ſit cor- 61
rectum, de quo nobis haud conſtat, oppido patet, quod ſicut terminus juventutis & minorennitatis JCivili Romano annis 25. circumſcriptus plurium aliorum locorum Statutis & Legibus abbreviatus, veluti in Legibus Longobardorum, exhibitis.

à Goldaſto *in Collectione Conſuetudin. & Legum Imperial. l. 2. Leg. Longobard. tit. 29. §. 1. pag. 66.*

ubi à Rege Luitprando ſancitum: *Hoc pro- 62*
ſpeximus, ut intra decem & octo annos non ſit legitimus homo ad res ſuas alienandas, & in decimo nono anno ſit homini Longobardo legitima ætas, & quodcunque fecerit vel judicaverit de rebus ſuis ſtabili ordine debet permanere &c. Et hinc etiamnum in hodiernum diem in plerisque Italiæ locis is, qui 18. annos complevit, pro majore habetur, veluti Mediolani, Florentiæ, Lucæ, Papiæ, in Regno Siciliæ & Neapolitano ac alibi, ut ex adductis Authoribus probat.

Mev. *ad Jus Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 5. n. 4. 5.* add. Horat. Carpanus *ad Statuta Mediolan. cap. 452.* Matth. de Affict. *ad Conſtit. Regni Neap. lib. 2. rubr. 38. n. 14.*

Quibus congruit quoad Maſculos Statutum Hamburgenſe.

lib. 1. tit. 9. art. 1.

Ita idem quoque factum Statutis Inclutæ Reipubl. Norimbergenſis, quibus ſimiliter adoleſcentiæ & minoris ætatis terminus octodecim annis incluſus. Jure autem Saxo- 63
nico & Bavarico tertio ſeptenario hæc ætas ſe terminat & Puberes ſeu Adoleſcentes die Mündige die zu ihren Jahren und Tagen gekommen, minorennitatem exuant anno uno & vigeſimo completo, teſte

Carpzov. *p. 2. c. 11. d. 9.* Joh. Franc. Balthaſar. *reſol. Jur. Civil. & Bavar. tit. 5. reſ. 5. n. 26.* Simon von Leekwen. *Cenſur. for. lib. 1. cap. 8. n. 3.*

Statuta hujusmodi legitimam ætatem ali- 64
ter ac Jus commune definientia valere, dubio caret

Franc. Vivius *dec. 489. n. 4.* Cravetta *Conſ. 722. n. 1.*

metam enim ætatis JCivili conſtitutam contraria lege ſeu ſtatuto reſtringi & mutari nihil prohibet.

Teſſaur. *dec. 87. n. 3.* Menoch. *Conſ. 478. n. 18.* Corneus *vol. 3. Conſ. 108. n. 6.* poſt alios plures Mylerus *in Etologia cap. 2. n. 4. ſeq.*

65 Cum autem Lex vel Statutum aliquem, qui annos 18. vel 21. natus est, pro homine ætatis perfectæ vel legitimæ habet, perinde est, ac si annos 25. naturaliter complevisset.

Paul. de Castro *in l. 2. C. de his qui ven. ætat. n. 9.* Cothmann. *vol. 1. Cons. 42. n. 10.*

66 Hinc sua sponte sequitur, quod post illam ætatem læsi ex causa ætatis restitutionem in integrum impetrare nequeant, & sine omni solennitate perinde, ut 25. annis majores Jure Communi, obligari, contrahere, alienare, & agere possint.

Menoch. *d. Cons. 478. n. 50.* Mev. *d. l. n. 14.*

Deswegen weil Fr. Appellantin zur Zeit der getroffenen Erbtheilung und des eingegangenen Pacti schon ihre 18. Jahr völlig complirt gehabt, und bereits im 19. Jahr ihres Alters constituirt gewesen, so ist kein Zweiffel, sie habe auch absque Curatoris consensu & sine solennitatibus in alienatione rerum minorum necessariis dergleichen Pactum valide wohl eingehen, und sich dadurch kräfftig verbinden können, und möchte, wann sie auch gleich dadurch lædirt wäre, doch derentwalben ex causa ætatis keine Restitutionem in integrum
67 suchen. So weniger zwar 9) weil sie darzu schon verheyrathet gewesen, und der Ursach auch jure majorum zu censiren, um willen sie durch die getroffene Heyrath von der Curatel befreyet worden, wann sie gleich noch nicht sonst des Alters halben davon wäre befreyet worden, nach klarer Maßgab der Nürnbergischen Reformation

d. part. 3. tit. 39. leg. 11.

ubi clare ita dispositum: Wo aber der Kinder eins vor Erfüllung des achtzehenden Jahrs ehrlich bestattet würde, alsdann soll es der Curation geledigt und die Curatores ihm seinen angebührenden Theil auf vorhergehende Rechnung einantworten.
68 Quod & alibi in consuetudinem venisse testatur

Mev. *ad Jus Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 6. n. 19.*

ut nempe conjugati minores, dum propriam inchoant familiam, sibique relinquuntur, jure majorum censeantur, & sic per matrimonium a Curatoribus liberentur.

Dessentwegen wir nochmals der beständigen rechtlichen Meynung seyn, daß das hierfalls zwischen beeden Hochadelichen litigirenden Geschwistrigten mit Beystand, Rath und Willen der Fr. Appellantin ihres Ehe-Herrns, als Curatoris Legitimi, auch mit Genehmhaltung und Approbation der vorhin gehabten Vormundern, und beder HHn. Genandten des Grössern Raths der Stadt Nürnberg bey der Erbtheilung wohlbedächtlich getroffene Pactum, da sie sich verglichen, daß wann eines von ihnen seinen Theil am Vätterlichen gemeinschafftlich behaltenen Haus künfftig zu verkauffen gemeynt seyn würde, es solchen dem andern Geschwistrigt oder dessen Erben anzubieten und vor einem Fremden in demjenigen Preiß der 7000. fl. wie es bey der Theilung der Elterlichen Erbschafft anzuschlagen einmüthig beliebt, zu überlassen schuldig und gehalten seyn solte, in allweg zu Recht kräfftig und beständig, und einen wie den andern Theil efficacissime obligire demselben stricte nachzukommen und zu geleben, Fr. Appellantin also sich nur vergeblich prætextu minoris ætatis (darinn sie zwar dem Jure Communi nach, nicht aber nach den Statutis Civitatis Norimbergensis gewesen, sintemaien sie horum vigore schon Anno 18. completo majorennis worden) & omissorum solennium, demselben zu entziehen suche, und gleicher gestalt frustraneo plane conatu, prætextu prætensæ, sed non probatæ, læsionis, eventualiter restitutionem in integrum darwider zu erlangen sich bemühe, ohnerachtet deren in contrarium obangeführten Schein-Gründe, inmassen dieselbe durchaus nicht von der Würckung, daß sie das widrige zu erhärten vermöchten; Denn so viel die erste dubitandi 69
rationem concernirt, so ist zwar diß indubitatæ veritatis quod alienatio rerum, immobilium præsertim, quæ ad minorem 25. ann. spectant, sit ipso jure nulla, si facta sit absque justa causa, sine prævia causæ cognitione & Decreto Magistratus, welches auch wohl de ejusmodi Pacto mag concedirt werden, wodurch ein Minor sich gantz von freyen Stücken proprio motu zur Alienation eines Haupt-Stucks seines Vätterlichen Erbtheils verbindet, ohn daß er einigen Vortheil dagegen ex pacto reciproco zu hoffen hätte; Wir wollen auch 70
nicht so sehr dawider seyn, daß solches nicht ebenmäßig Statt finde in oppignoratione rerum immobilium ad minorem spectantium, quia per illam utique jus in re in rebus minoris tertio constituitur, & sic in latiori sensu est alienatio, quin & via parata ad plenam rerum oppignoratarum alienationem ac distractionem per eam sternitur, unde tanto magis videri posset comprehendi sub alienatione sine prævio decreto interdicta.

Dn. D. Lauterbach. *in Tract. Synopt. de Pignore sive hypotheca. §. 7. n. 38.* sed vid. Ejusd. *Disp. de Alienat. rerum Minor. th. 4.*

Dergleichen Pactum paratam viam ad alie- 71
nationem sternens ist nicht das hier zwischen den beeden Fürerischen Geschwistrigten getroffene Pactum, anerwogen sich dadurch ihrer keines zu seines Antheils Hauses Verkauffung verknüpfft und verbunden, daß er gehalten wäre sein Theil Hauses käufflich hinzugeben, sondern sich allein darzu obligirt, daß wann eines oder das andere sein Theil ohne dem entweder aus freyem Willen oder aus Noth zu verkauffen gesonnen wäre, es dem andern vor fremden anzubieten, und in dem in der Theilung gesetzten Preiß zu überlassen schuldig seyn solle, so in effectu

effectu nichts anders als das Pactum Protimiſeos iſt, quod differt à Pacto de retrovendendo, quod eſt Pact. adject. Contractui Emptionis vendit. obligans Emptorem ad rem reſtituendam ſ. refendendam, intra vel poſt certum tempus, aut quandocunque, adeoque ad transferendum dominium ex eadem cauſa emptionis in priſtinum dominum.
72 Pactum autem protimiſeos relinquit emptionem venditionem perpetuam nec tempus revenditioni, ſed emptorem in caſum futuræ venditionis determinat, & promit-
73 tit emptor prælationem emendi. Quod ſi futurus emptor non ſolum determinatur, idem, qui modo vendidit, ſed pretium quoque idem deſignatur, redemptionis quandam ſpeciem habet, unde & ex Italico ſermone Jus Recompræ vocatur, a recomparando & a nonnullis ad retrovenditionem conditionalem refertur.

Gylman. *Symphorem. Tom. V. part. 3. vol. XI. n. 3.* Richter. *ad l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. n. 83.*

74 Quod vero *in l. 7. C. de præd. minor.* reſcriptum eſt, quod minori non obſit pactum quod absque Decreto interpoſuit de re ſibi a Patre donata, quod hæc certis ex cauſis ad ipſum reverti debeat, accipiendum eſt de Pacto donationi non in continenti ſed ex intervallo adjecto, quod patet ex ipſis verbis, quæ ita habent: *Si ad reſolvendam donationem, quam in emancipatum te contulerat, minor 25. annis cautionem ei emiſiſti, cum hujusmodi ſcriptura contra SCti authoritatem facta ſit, non oberit juri tuo.* Ubi verbum illud: *Contulerat* relatum ad verba iſta: *cautionem emiſiſti*, ſatis aperte oſtendunt, minorem emiſiſſe cautionem circa donationem, quam antea ei fecerat Pater. Ju-
75 risque ratio ſic nos textum explicare compellit, quia certi juris eſt, pactum reſolutivum contractus cum minore geſti in traditione rei adjiciendum eſſe, ſi valere debet, & ſic adjectum omnino obſervandum eſſe, quia hac conditione rem minori venditor tradidit.

vid. l. 35. ff. de minor. l. 20. ff. de manumiſſ. l. 20. ff. de manumiſſ. vindict. Anton. Merenda *lib. 1. controv. cap. 49.*

76 Quod deinde attinet Pactum de retrovendendo emptioni rei a minore vel ejusdem Curatore factæ adjectum, in ratione decidendi ſecunda ſatis declaratum eſt, quatenus & in quantum valeat, minoremque obliget ad rem retrovendendam, aut invalidum ſit, ipſumque haud obſtringat. Diximus nim. ibi, valere illud & minorem ad rem revendendam efficaciter obligare, licet non intervenerit Decretum, ſi in continenti emptioni adjectum, non valere vero, nec obligare minorem, ſi ex intervallo poſt contractum perfectum initum atque adjectum ſit. Deswegen der in hac ratione dubitandi gemachte Schluß: Kan kein Minor absque Decreto Magiſtratus aliisque ſolennitatibus in alienatione rerum minorum requiſitis ſich verbinden ad rem alienandam vel revendendam; So kan auch das Pactum quæſtionis unter den litigirenden beeden Geſchwiſtrigen ob minorennitatem der Fr. Appellantin nicht beſtehen, noch ſie verbünden ihr Theil Hauſes ihrem Hrn. Bruder in dem geſetzten Preiß krafft deſſen zu überlaſſen, durchaus nicht bündig iſt, ſondern kan vielmehr è converſo kräfftig alſo geſchloſſen werden: Wann ein Minor ex pa- 77
cto de retrovendendo emptioni rei in continenti adjecto auch absque Decreto obligirt iſt dem Venditori pretio reſtituto das verkauffte Stück wieder abzutreten, ſo iſt Fr. Appellantin auch ſchuldig dem Pacto quæſtionis diviſioni hæreditatis paternæ partim emptionis partim permutationis vices habenti in continenti adjecto ein Genügen zu thun, und nachdem ſie jetzo ob renunciationem juris civitatis genöthiget wird ihr Theil Hauſes zu verkauffen, ſelbiges vi pacti Hrn. Appellato für die bedungene 3500. fl. zu überlaſſen.

Ex ſecunda ratione dubitandi kan nichts 78
inferiret werden, weil durch diß Pactum quæſt. keine Alienatio geſchehen, noch Fr. Appellantin ſich dadurch verbunden ihr Theil Hauſes zu alieniren, ſondern ſich allein obligirt, wann ſie es einmal ohne dem wolte verkauffen, ſolches ihrem Hn. Bruder in dem Preiß, worinn es ihr Hr. Vatter ſeel. von ſeinen Geſchwiſtrigten, und ſie wieder untereinander angenommen, zukommen zu laſſen, dergleichen Pactum, zumal da es reciprocum, und zu der Freundſchafft beſten angeſehen, in allweg, als favorabel, gültig und beſtändig iſt.

Die dritte Ratio dubitandi hat ihre Abfer- 79
tigung durch die ſiebende und achte Rationem decidendi, desgleichen in den Exceptionibus des Hn. Appellati ad libellum Gravatorium *pag. actor. 60. ſeqq.* überflüſſig bekommen, indem noch keine Læſion, wie ſich zu recht gebührt, erwieſen, daher wir bey der obausgeführten Meynung beſtändig verharren, und nicht zweifflen, es werde ſolche per ſententiam in ſecunda inſtantia ab Auguſtiſſimo Judicio Camerali confirmirt werden.

Welches wir, ſalvo quorumvis rectiori judicio, zu verlangter rechtl. Nachricht dienſtlich nicht verhalten, und mit unſerer Facultät gewöhnlichem Inſiegel beſtärcken wollen.

Actum in Collegio d. 12. Sept. 1701.

CONSILIUM CVIII.

Cujus

Prima Quæſtio de modo dividendi bona ad præſcriptum Juris Lubecenſis : ſecunda vero de Dote , à patre filiæ ipſius ſecundi matrimonii ex bonis maternis ad filiam primi matrimonii ſpectantibus incaſſum & nulliter conſtituta agit.

SUMMARIA

Præmittitur Species Facti à num. 1. usque 7.

8. 9. & 10. De jure Lubecenſi inter bona dotalia & receptitia magna differentia intercedit.

11. Bona dotalia de Jure Lubecenſi pro debitis Mariti obligantur.

12. & 13. Econtrario Receptitia Bona ab illis libera ſunt, & jure ſeparationis in Creditorum concurſu ad Uxorem redeunt.

14. Nec refert quod Maritus horum adminiſtrationem ad tempus habuerit.

15. Non enim, quod Maritus ex bonis Uxoris habet, ſed quod ea, ad illum, ut Maritum attulit, conſideratur.

16. Hinc etiam quæ Pater de proprietate harum rerum alienavit , jure vindicat.

17. Eſt enim interdicta Patri bonorum adventitiorum alienatio.

18. Omnis quippe adminiſtratio ad conſervandum conſtituta cenſetur.

19. Finis adminiſtrationis legitimæ Patri conceſſæ quis?

20. Ratio alia Cur Patri adventitiorum bonorum alienatio interdicta.

21. Pater liberis , in bonis , quæ ab aliis conſequuntur , præjudicare nequit.

22. Nec ea obligare.

23. Hujusmodi Patris legibus non probata , alienatio rei vindicationis remedio retractatur.

24. & 25. Poteſt tamen hujusmodi filius vel filia liberè renunciare.

26. Liberi prioris matrimonii omnibus Creditoribus , ipſi etiam novercæ , dotem &c. repetenti, præferendi ſunt.

27. 28. & 29. Rationes hujus cur Novercæ præferantur , adducuntur.

30. Quæ in ſpecie ex Mevii tract. ad Jus Lubecenſe corroborantur.

31. & 32. Fruſtra Pater ex bonis primi matrimonii filiæ maternis ſecundi matrimonii filiæ dotem conſtituit.

33. Paterna & Materna in natura exiſtentia bona , cuique liberorum ad quos pertinent, reſtituenda ſunt.

34. Dominus ratione ſuæ adhuc exiſtentis, Creditorum concurſui ſe non immiſcet.

35. Vindicat enim illam à quovis poſſeſſore.

36. Modo , ſi prius non conſtet , dominium probet.

37. Uxor, juxta regulam Communem res dotales , paraphernales , & receptitias extanter vindicat.

38. Liberis primi matrimonii bona eorum materna non amplius exſtantia reſarcienda ſunt.

39. Præferuntur liberis ſecundi matrimonii tum ratione temporis tum hypothecæ.

40. Primi matrimonii filia ratione dotis nondum plenariè acceptæ præfertur Novercæ, nec non hujus bona ad ſupplendæ primi Matrimonii filiæ maternæ validè adhibentur.

41. Ratio hujus.

42. Quæ ſtabilitur ex Mevii tract. ad Jus Lubec.

43. Patris Ceſſio filiæ ſecundi matrimonii ex bonis maternis primi Matrimonii filiæ nil operatur.

44. Inprimis Ceſſio hæc in ſubſtrato nullius efficaciæ eſt , quia inſtrumentum à Patre nondum fuit traditum.

45. Imo licet traditio facta fuiſſet , nihilominus idem eſſet dicendum.

46. Cujus ratio adhuc ſpecialior adducitur.

47. Ut valeat & effectum humana actio producat , duo illius Principia concurrant , neceſſe eſt.

48. Perfici ceſſio nequit , ſi quis illius poteſtate deſtituitur.

FIGU-

FIGURATIO CASUS
aut
SPECIES FACTI.

1 JOhannes hat bey seinem Absterben, 2. Töchter aus erster, und anderer Ehe hinterlassen, namentlich Anna Margaretha, und Engel.

Nun hat es Defuncti erste Ehe-Frau zwar, vermöge der Ehe-Pacten, sub No. 1. ohne denen Mobilien, auch Gold und Silber, demselben, allein an belegten Capitalien, 30000. Marck an Braut-Schatz zugebracht, und andere 30000. Marck an bonis receptitiis oder
2 Spiegel-Geldern für sich behalten; Es hat aber von solchen Mütterlichen Gütern der Defunctus seine Tochter Erster Ehe Anna Margareta in pactis dotalibus sub No. 2. nur 18000. Marck in dotem promittiret, und das übrige zu seiner eigenen Nothdurfft gebraucht, hat auch, dieser Ursachen wegen, auf die promittirte 18000. Marck nicht mehr als 11000. Marck bezahlet, und ist derselben pro resto 7000. Marck schuldig geblieben, ohne denen, was ihr von ihren reservirten Mütterlichen zugekommen.

3 Desgleichen hat zwar der Defunctus mit seiner andern Ehe-Frauen einen dotem etwa von 20000. Marck bekommen, und davon seiner Tochter anderer Ehe Engel 6000. Marck an Braut-Schatz zugesaget, aber nur 1000. Marck gezahlet, doch gleichwohl demselben an einen gewissen Ort noch andere beygelegte 4000.
4 Marck zugedacht; Alldieweil aber diese 4000. Marck von der Tochter erster Ehe Mütterlichen Gütern gewesen, und noch diese Stunde deroselben seel. Mutter im Obern Stadt-Buch geschrieben stehen; Dieserwegen auch gedachte 4000. Marck wie zu Lübeck sonst üblich, vor einem Hochweisen Rath in öffentlicher Audience niemalen seyn verlassen, und im Obern Stadt-Buch eigenthumlich zugeschrieben worden, sondern vielmehr der Defunctus alles in statu quo gelassen, auch die Zeuchen, davon immerfort gehoben, ja gar die deßfalls aufgerichtete Cession-Schrifft sub Num. 3. an seiner Tochter nicht extradiret, sondern bey sich behalten hat, die sich jetzo nur im Sterb-Hause findet.

So fraget man:

I.

5 Wie die Theilung der Güter nach Lübischen Rechte jetzo anzustellen sey?

Und II.

6 Ob die 4000. Marck welche von der Tochter Erster Ehe Mütterlichen Geldern seyn, Krafft solcher Cession, deroselben gebühren, oder nicht?

7 DEmnach wir Decanus und andere Doctores der Juristen Facultät bey gemeiner Hochfürstlich-Würtembergischen Universität Tübingen freundlich ersucht worden, über vorstehende kurtze Facti Speciem mit Beylagen Num. 1. 2. 3. und deroselben angehengte Fragen unser rechtliches Gutachten zu erstatten und schrifftlich mitzutheilen; So haben wir nicht ermangelt dieselbe reifflich zu erwegen und in versammletem Collegio darüber sorgfältig zu deliberiren, da wir uns dann folgender Meynung verglichen, wie bey jeder Frage absonderlich zu sehen. Und zwar was forderist

Die erste Frage:

Wie die Theilung der Güter nach Lübischen Rechte jetzo anzustellen sey?

8 betrifft, so ist, weil des in Facti Specie benandten Johannis erste Ehe-Frau besage der mit ihro aufgerichteten Ehe-Pacten *sub Num. 1.* von ihrem schönen durch GOttes Segen erlangten Vermögen, so an Obligationen, Renten und Pfand-Geldern sich auf sechzig tausend Marck betragen, besagtem ihrem Ehe-Mann 30000. Marck zum Ehe-Geld und Braut-Schatz zugebracht, und nach gehaltener Hochzeit ihm durch ihre HHn. Testamentarien dieselbe anweisen lassen, die übrige 30000. Marck aber ihro zu Spiegel-Geldern, h. e. pro bonis
9 receptitiis reservirt, dergestalt, daß sie dieselbe quoad proprietatem, usumfructum & administrationem vor sich behalten, davon gleich wie von dem daraus fallenden Zinsen nach ihrem Belieben und Gutdüncken zu disponiren, ausserhalb daß sie sich ferner sponte erklärt von 10000. Marck dieser Spiegel-Gelder die Renten in die Haushaltung, selbe desto besser auszubringen, noch fliessen zu lassen, hier vor allen Dingen ein
10 Unterschied zu machen unter den 30000. Marck Braut-Schatzes, die in illam aliqualem de Jure Lubecensi inter Conjuges obtinentem Societatem & communionem bonorum, quam probat

Mevius *ad Jus Lubec. lib. 1. tit. 5. art. 5. n. 21. seqq.*

11 inferirt seyn, und unter den 30000. Marck Spiegel-Gelder. Jene hafften mit vor ihres Manns Schulden, die bekanntlich oder zu Recht erweißlich seyn, dem Lübischen Rechte nach, *lib. 1. tit. 5. art. 7.* ibi Laud. Mevius.

12 dieſe aber nicht, ſondern bleiben der Tochter erſter Ehe allein bevor, und iſt ſie als matris heres in iis dieſelbe ante omnes Creditores Paternos hinweg zu nehmen und zu vindiciren befügt.

13 Bona enim, quæ uxor marito non attulit, ſed ſibi quoad proprietatem, uſumfructum & adminiſtrationem ſeparatim retinuit, ſicque in communionem non venerunt, debitis mariti non onerantur, nec exinde creditoribus ejus ſatisfacere tenetur.

Mev. *lib. 1. tit. 5. art. 7. n. 49. ſeqq.*

14 Und hindert nicht, daß der verſtorbene Ehe-Mann bey und nach Ableiben ſeiner erſten Ehe-Frauen dieſe Spiegel-Gelder immerfort adminiſtrirt, und zum Theil alieniret hat, weil ſothane Spiegel-Gelder hierdurch ihre naturam nicht verlohren haben, noch commun oder gemeinſchafftlich geworden, ſondern vielmehr ſelbige der Tochter erſter Ehe, als Erbin ihrer ſeel. Mutter, nach wie vor eigenthumlich geblieben ſeyn.

15 Nam conſiderandum eſt, non quod maritus ex bonis uxoris habet, ſed quod ad illum ut maritum ea attulit: Etſi enim in domum mariti quædam devenerint, non incidunt in communionem, niſi expreſſim translata, & licet uxor marito ex iis quædam crediderit, non tamen fiunt communionis, multo minus, ſi quæ uxor ſibi reſervare voluit, maritus invitæ extorſit, & in uſus convertit, quorum inter creditores eſt repetitio, non autem onus æris alieni, ut inquit

Mev. *part. 3. dec. 125. n. 7. ſeqq.*

16 Deswegen ſie auch optimo maximo jure dasjenige, was der Vatter de proprietate harum rerum alienirt hat, wiederum zu vindiciren berechtigt iſt.

17 Conſtat quippe Patri legitimo bonorum adventitiorum ad ipſius liberos ſpectantium Adminiſtratori Legibus interdictam eſſe alienationem ipſarum rerum adventitiarum: Cum enim proprietas bonorum adventitiorum non ad ipſum ſed ad liberos pertineat, illique per leges ſubducta in hos translata ſit, uſufructu tantum eorundem cum adminiſtratione ipſi relicto: Non poſſunt non hic obtinere & vim ſuam exſerere certæ & indubitatæ juris regulæ, quibus diſpoſitum quod uſufructuarius proprietatem rei uſufructuariæ, ne deteriorem quidem facere debeat, nedum ut alienare queat. Et cum

18 omnis adminiſtratio introducta & conſtituta non ad diſſipandum aut diminuendum, ſed conſervandum, etiam in iis, qui domini loco haberi ſolent, v. g. tutoribus, curatoribus

l. 27. j. l. 46. §. 7. ff. de adminiſtr. tut. l. 56. §. 4. ff. de furt. l. 7. §. 3. ff. pro empt.

19 Repugnaret omnino hoc fini adminiſtrationis legitimæ Patri conceſſæ ad hoc, ut officium ſuum nulla pravitate corruptum liberis præbeat, maximè ut eorum bona tueatur ac augeat potius quam diminuat.

l. fin. §. 2. C. de ſentent. paſſ.

20 Et ne forſan patriæ poteſtatis reſpectus è priſtinæ facultatis memoria quid iniqui ſibi aſſereret, expreſſa quoque lege facultas bona hæc liberorum alienandi Patri legitimo eorum adminiſtratori adempta & interdicta eſt extra caſum neceſſitatis aut evidentis utilitatis filii:

in l. 1. C. de bon. matern. l. 4. in fin. l. fin. §. fin. C. de bon. quæ liber. ibi Dd. id quod uno ore agnoſcunt omnes Ludwell. *tr. de Ult. volunt. ad d. l. 1. C. de b. m. p. 556.* Georg. Achat. Enenk. *de Privileg. Parent. & liber. Privil. 4. cap. 4. n. 12. ſeqq. & cap. ult. n. 25.* Gœdd. *vol. 1. Conſ. Marpurgenſ. 27. n. 40.* Sebaſt. Monticul. *tr. de Inventar. n. 140.*

21 Unde dicunt recte, quod Pater non poſſit præjudicare liberis in bonis, quæ conſequuntur ab aliis & jure proprio,

poſt Bald. Beroj. Vincent. Honded. *vol. 1. Conſ. 72. n. 40. ſeq.* Vultej. *vol. 2. Conſ. Marp. 26. n. 55. & Conſ. 25. n. 71.*

22 quod in Patris poteſtate non ſit bona filii adventitia obligare.

Mev. *p. 4. dec. 320. n. 10.*

23 Non probata ergo juſta & legibus fundata alienationis cauſa, à Patre ut illegitime & nulliter facta alienatio ordinario rei vindicationis remedio retractari poteſt, nulla contra hanc revocandi facultatem, durante adminiſtratione, currente præſcriptione.

l. fin. §. 5. C. de bon. quæ lib. l. 1. §. fin. C. de ann. except. Honded. *vol. 2. Conſ. 19. n. 17.* B. D. Fromman. *Diſp. de adminiſtr. advent. legitim. th. 71. ſeqq.*

24 Wolte aber die Tochter erſter Ehe und dero ehel. Vormund zu Rettung des ſeel. Vatters Ehr und Namens, aus Liebe und Reſpect gegen demſelben, darinn cediren und conſentiren, daß vor allen deſſen Creditores möchten bezahlet werden, und alſo nur in der Frage übrig bliebe zu reſolviren, welcher geſtalt die übrige Güter getheilet werden müßten: So muß allhie die Theilung geſchehen nach dem *28. Articul* Lübiſchen Rechtens,

lib. 2. tit. 2. de ſucceſſ. ab inteſtat. & heredit. diviſ.

25 daß nemlich nach vorher bezahlten fremden paſſiv-Schulden die Tochter erſter Ehe An. Margaretha nach Abzug der empfangenen 11000. Marck Braut-Schatz-Gelder den Reſt ihrer verſtorbenen Mutter Guts, desgleichen die Tochter anderer Ehe Engel, nach Abzug derer auf ihren Braut-Schatz empfangenen 1000. Marck den Uberreſt ihres Mutter-Guts, voraus nimmt, und was alsdann an Vatter-Gut übrig, zur Helffte getheilet werde. Woferne aber der Nachlaß nicht zureichen ſolte, daß eine jede Tochter ihre Materna vollkommen bekommen könte, ſo gehet die Tochter erſter Ehe mit ihren Braut-Schatz-Geldern der Tochter anderer Ehe vor.

26 Vi illius, quod expresse & clare cautum ac constitutum est, quod liberi prioris matrimonii omnibus creditoribus & ipsi etiam novercæ, dotem, donationem propter nuptias, paraphernalia & cætera illata repetenti præferendi sint

in l. 12. §. 1. in f. vers. Exceptis &c. C. qui potior. in pign. ibique Dd. *junct. Auth. Si quid ex reb. C. eod. tit. l. si quis prioris. C. de secund. nupt. l. 6. §. fin. C. de bon. quæ lib. junct. Nov. 91. cap. 1.* Berlich. *p. 1. concl. 65. n. 75.* Carpzov. *p. 1. c. 28. d. 96. seq.* Richter. *de privileg. cred. cap. 3. sect. 1. num. 83. 84.* ubi varia præjudicia.

27 quia liberi prioris matrimonii non tam hereditario, quam sanguinis & connexitatis jure ex persona matris, cui arctissime sunt conjuncti bona materna repetunt, ideoque ipsis tale prælationis privilegium & hoc favoris præ Noverca indultum est, ut non minus quam mater prædefuncta jure hoc prælationis gaudeant ex constitutione Justiniani Imp.

in d. l. 12. §. 1. vers. exceptis videlicet. C. qui pot. in pign. & d. Nov. 91. c. 1. Carpz. *d. l. & lib. 4. R. 22. n. 5. 6. 7. 8.*

28 nec enim privilegiatus contra æqualiter privilegiatum utitur suo privilegio

l. sed & militis. ff. de excus. tut. c. ult. x. de ordin. cognit. l. 11. §. 7. ff. de minor. Joseph. Ludov. *Dec. Perus. 3.* Vinc. de Franchis. *Dec. Neap. 16. n. 3.*

29 quin & cum uxoris prioris privilegium in persona liberorum illius antiquius sit privilegio Novercæ, merito illi præferuntur in hereditate ex bonis maternis sibi delata huic: Privilegia enim priora priori doti & posteriori posteriora danda, nec vel dos doti vel hypotheca illarum hypothecæ opponenda.

l. 8. §. ult. C. de secund. nupt. l. 6. §. ult. C. de bon. quæ lib. Schneidew. *ad §. fuerat. 29. Inst. de act. num. 73.* Dan. Moller. *ad Const. Elect. Sax. 28. p. 1. n. 62. & lib. 4. semestr. 26. n. 1. seqq.* Joh. Mich. Beuther. *de jur. prælat. p. 1. c. 35. vers. Ferner ist allhier zu mercken &c.* Negusant. *de pignor. part. 5. membr. 2. num. 12. & 23.* Merlin. *de pignor. lib. 3. tit. 2. qu. 63. num. 1.* Barbosa *in l. 1. part. 6. n. 15. ff. solut. matrim.* Burchard. Berlich. *de jur. novercar. part. 2. art. 3. sect. 17. in fin.*

30 Hancque sententiam etiam probat Mevius *ad Jus Lubec. lib. 2. tit. 2. art. 31. n. 9. 10.* scribens: *Si Pater post secundas nuptias decedit duo ex confusis adhuc bonis poscunt liberi prioris matrimonii, nempe matris defunctæ illata, der Mutter eingebrachtes, & legitimam ex bonis paternis. Quoad illa nempe bona illata,* potiores *sunt liberorum partes* (ante Novercam vel liberos secundi matrimonii) *eodem privilegio quoad materna gaudentes,*

quo utitur Noverca, *sed tempore & hypotheca anteriores prioritate quoque merito fruuntur. d. l. 12. §. 1. C. qui pot. in pign. Nov. 91. c. 1. &c.*

qui hic imprimis adeundus & consulendus est.

Die andere Frage:

Ob die 4000 Marck, welche von der Tochter erster Ehe mütterlichen Geldern seyn, Krafft solcher Cession derselben gebühren oder nicht?

belangend, so können wir anders nicht erachten, 31
denn daß die Tochter an derer Ehe Engel die ihr auf den promittirten Dotem angewiesene quæstionirte 4000 Marck zu erfordern keines Weges befugt sey, sondern gleichwie dieselbe assignirte 4000 Marck der Tochter erster Ehe Annen Margarethen seel. Mutter gehöret haben, und annoch gegenwärtiger Zeit deroselben seel. Mutter im obern Stadt-Buch zugeschrieben stehen, also solche auch der Tochter erster Ehe in allwege allein verbleiben müssen, und daß zwar aus folgenden bewährten Rechts-Gründen und unwidertreiblichen Ursachen:

Weil 1.) nicht allein diese 4000 Marck quæ- 32
stionis ein angelegtes Capital so von der Tochter erster Ehe ihren mütterlichen Gütern annoch würcklich vorhanden, und biß auf diese Stunde deroselben seel. Mutter im obern Stadt-Buch zugeschrieben stehen geblieben, deßwegen nichts billiger ist, als daß es der Tochter restituirt werde, deren Mutter es gehöret hat, und annoch im obern Stadt-Buch zugeschrieben steht.

Est enim communis Dd. conclusio legibus firmata, & usu fori comprobata, quam maximæ loco tenendam esse ait

D. Mevius *ad Jus Lubec. lib. 2. tit. 2. art. 28. n. 42.*

Si existunt, quæ Patris, Matrisque fuerunt, 33
& restitui valent, ad paterna, maternaque pertinere, iisque quibus ea statutum assignat, tribuenda & tradenda esse, & quidem meliorationis seu deteriorationis habita ratione, quatenus inter socios utriusque ratio haberi solet.

Cui omnino convenit illa juris civilis re- 34
gula, qua definitur & asseritur, quod dominus ratione rei suæ, si creditores in bonis possessoris concurrunt, non opus habeat sese concursui creditorum immiscere, si res ejus adhuc extat, sed possit illam extra concursum jure vindicationis, præ omnibus indifferenter creditoribus qualiacunque illi habeant privilegia, auferre

l. 24. §. 2. ff. de reb. author. jud. possid. ibi: *si tamen nummi extent, vindicari eos posse puto à depositariis, & futurum eum, qui vindicat, ante privilegia.*

quia dominus rem suam à quovis possessore 35
vindicare potest

l. 9. ff. de rei vind.

& si res alicujus adhuc extat in bonis debito- 36
ris, in quibus creditores concurrunt, ac dominus modo rei dominium probat, si de eo

alias non ante constat, indeque apparet, rem non pertinere ad bona debitoris, sed esse alienam, eadem à bonis debitoris est separanda, ac domino suo restituenda, neque creditores ex re illa aliena solutionem quærere ulla ratione ac jure possunt, dum dominus rei ipsis nihil debet.

l. 12. pr. C. qui potior. in pign. sub fin. ibi:
Oportebat enim maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere non de dote mulieris. l. 1. C. de privileg. fisci. ibi: *res quas tuas esse liquido probaveris ab aliis separatæ tibi restituantur.*

37 vi cujus regulæ & uxorem res dotales ac paraphernales extantes, multoque magis receptitias, nec non liberos materna sua extantia ita vindicationis jure extra concursum præcipere posse communiter tradunt
vid. Anton. à Mara *de concurs. creditor. lib. 1. tit. 1. n. 40. seqq. 58. 59.* Struv. *Ex. 44. th. 44.* Carpz. *p. 1. c. 28. d. 13. 14.* Richter. *de Jur. & privil. credit. membr. 1. cap. 2.*

38 Sondern wann diß 2.) auch gleich nicht wäre, so müssen doch der Tochter erster Ehe ihre mütterliche Güter, die ihre Mutter seel. zur Zeit ihres Todtes hinterlassen, und auf die Tochter erblich erwachsen, itzo aber nicht mehr verhanden wären, ersetzt, und die Æstimation dafür præstirt werden,
per tradita Mevii *ad Jus Lub. d. lib. 2. tit. 2. art. 28. n. 43.*

39 Welche der Tochter erster Ehe ersetzende bona materna den unzweifflichen Fürgang hätten so wohl in tempore als hypotheca vor den bonis maternis der Tochter anderer Ehe, per deducta ad quæst. 1mam.

40 3.) Hat die Tochter erster Ehe besage Facti Speciei den ihr von ihrem mütterlichen promittirten Brautschatz der 18000 Marck Lübisch noch nicht völlig empfangen, ist also den Nach-Rest deroselben à 7000 Marck als eine rechtmäßige Schuld zu erfordern bestens berechtiget, und darinnen auch einer unbeerbten Wittiben zu præferiren, wie vielmehr der Tochter letzter Ehe, deren Mutter zugebrachte Güter auch zu Ergäntzung der Tochter erster Ehe maternorum, wann sie derselben aus dem väterlichen Vermögen nicht völlig habhafft werden mag, angewendet werden können und müssen, wann auch gleich allem Falls nichts davon übrig bleiben sollte.

41 Censentur enim secundæ conjugis bona illata, cum damno liberorum prioris matrimonii, horumque maternorum jactura, conservata, & probabiliter etiam aucta & meliorata, æquum igitur esse intelligitur, damnum istud iis indè resarciri, in quem enim commodum redundat, is ab incommodo immunis esse nequit.
facit *arg. Nov. 97. c. 3.* ibi: *quoniam ex eorum substantia res acquisita est.* Burchard. Berlich. *de jur. novercæ. part. 2. art. 3. sect. 17. n. 4. 6.*

Et hoc in terminis quasi terminantibus tradit Mevius *ad Jus Lub. lib. 2. tit. 2. art. 31. n. 26. seq.* scribens: 42
Contigit non ita pridem de eo disquiri, cum Pater filiæ prioris matrimonii sed non separatæ, mille florenos dotis nomine promisisset, quingentos vero saltem, cum in vivis esset, numerasset, reliqui debitor mortuus, an illa dotis reliquum ante Novercam præcipere debeat? Anne vero maternis contenta novercæ illati præceptionem permittere, & prævia collatione reliqua cum noverca & liberis cœteris dividere necesse habeat? Prius rationi & juri consentaneum existimavi. Ita enim hic dispositum, quòd ante divisionem bonorum, quæ inter Patrem & liberos communia fuerunt, deducendum sit æs alienum, ist auch Schuld verhanden, die soll man von dem gemeinen Gut vorher bezahlen, *art. 28. h. tit.* Idque dubio caret, omnia debita esse ante dotem Novercæ solvenda, cum & illa creditoribus mariti cedat, atque obnoxia sit; Sed dos (filiæ) promissa æris alieni loco est & jamdum ex bonis patris discessisse censetur, ut in his tanto minus sit, quantum illa faciat. *l. fin. ff. de collat.* Præterea nec Parenti permissum fuit, facto aut mora sua dotis semel constitutæ deteriorem conditionem facere. *l. 7. de pact. dot. l. 7. C. de jur. dot.* Faber. *in Cod. lib. 5. tit. 9. d. 7. n. 3.*

Und hindert 4.) diesem allem nicht, daß gleichwohl der defunctus communis parens diese 43
quæstionirte 4000 Marck der Tochter anderer Ehe Engel zugedacht, und ihr gleichsam cediret hat, denn solches ist der Defunctus zu thun nicht bemächtigt gewesen, weil dieselbe der Tochter erster Ehe zugehöret haben, und deroselben mütterliche Güter gewesen seyn, welche er derselben nicht nehmen und der Tochter anderer Ehe cediren und geben können, sondern einer jeden Tochter ihre materna ungeschmählert lassen müssen. Zu 44
geschweigen daß 5.) diese Cessio darum nicht zu attendiren, weil der Defunctus die deßfalls errichtete Schrifft seiner Tochter anderer Ehe noch nicht extradirt, sondern dieselbe bey sich behalten und die Zinsen dieses Capitals nach wie vor gehobē, auch das Capital auf seiner ersten Ehe Tochter ihrer seel. Mutter Namē im obern Stadt-Buch unverändert geschrieben stehen lassen hat.

Wie dann auch 6.) und wann gleich die ver- 45
meinte Cession schrifftlich in der Tochter zweyter Ehe ihren Handen wäre, dieselbe dennoch daraus nichts itzo würde fordern können, weil diese Cessio niemahlen zum Effect gebracht, noch derselben à Defuncto das Capital quæstionis in offentlicher Audience verlassen, und wiederum im obern Stadt-Buch zugeschrieben worden, welches alles beydes nothwendig, nach Lubischem Rechte, geschehen muß, wann die Cession bestehen und Krafft haben solle, damit allemal diejenigen, welche an der Cession part haben, und dieselbe, als ihnen zum Præjudiz gereichend zu contradiciren benöthigt seyn, davon Nachricht bekommen,

kommen, und wider dieselbe innerhalb Jahr und Tag einbringen können, was sie darwider zu excipiren haben, hingegen aber und wann in solcher Zeit nichts dawider eingebracht, noch sie impugnirt worden, der Cessionarius und Besitzer hernach ohne Anspruch bleiben möge und gesichert stehe.

vid. *art. 1. & 2. Jur. Lub. lib. 3. tit. 6.* ibique Mevius *in Comment. ad d. art.*

46 Gestalten dann auch 7.) es nicht einmahl in des Defuncti Kräfften und Vermögen gewesen, diesen Posten zum Præjudiz der Tochter erster Ehe zu cediren, weil derselbe niemahl an ihne von seiner seel. Eheliebsten Hrn. Testamentarien verlassen, und demselben im obern Stadt-Buch zugeschrieben worden, was ihm also selbsten noch nie zugeschrieben gewesen, das hat er auch an andere zu cediren nicht Fug und Macht gehabt noch jemanden ulla ratione cediren können, ob ers gleich thun wollen.

47 Duo enim sunt actionum humanarum principia, voluntas nempe & potestas, quæ, ut illæ valeant & effectum juris producant, simul concurrere debent; cum iisdem, ceu duobus axibus, actiones humanæ volvantur, & sine potentia nihil perfici possit, vel uno ergo horum deficiente nulla est illarum subsistentia, nam voluntas est radix & substantia cujusvis actus, qua deficiente omnis actus caret anima, caret spiritu essentiali, hinc nulla ejus potest esse subsistentia, si autem non adsistat juris potentia, inanis & vacua est omnis voluntas.

l. 6. C. Si quis alteri vel sibi &c. ibi: *dum quæ Tibi non vis, nec illi potes. l. 26. C. de jur. dot.* verb: *nec sibi cessante voluntate, nec tibi prohibente jure, quærere potuit actionem. c. 23. x. de offic. & potest. jud. deleg.* Socin. *reg. 30.* Klock. *de contribut. cap. 12. n. 55.* Covarruv. *in c. cum esses. 10. n. 7. x. de testam.*

Licet igitur quis alteri jus vel actionem cedere voluerit, si tamen potestatem non habuerit, sed hanc jus ei denegaverit, cessionem perficere nequit. 48

Derowegen wir nochmahls beständig dabey verharren, daß hierfalls Johannes das quæst. Capital der 4000 Marck der Tochter anderer Ehe cum effectu nicht cediren können in præjudicium der Tochter erster Ehe, deren Mutter seel. es zugehört. Welches wir, salvo cujus vis aliter sentientis judicio, mit unser Facultät gewöhnl. Insigel bekräfftigen wollen. Actum in Collegio nostro den 24 Oct. 1701.

CONSILIUM CIX.

DE

Avia, mediante juris usufructus, Patri competentis, ademtione, in favorem Nepotum, valide disponente.

SUMMARIA.

Succincta casus narratio cum subjuncto generali decisu à num. 1. usque 9.

10. & 11. Matri & Aviæ aliisque Parentibus juxta Novell. 117. post legitimam partem liberis derelictam residuam facultatem suam, quomodo voluerint, disponere licet.

12. Hinc licitum est Patri jus usufructus in bonis maternis competens adimere.

13. Idque sive per pactum sive per ultimam voluntatem fiat.

14. Ut & vel expressa vel tacita s. præsumta voluntate.

15. & 16. Liberum quippe cuique est, rei suæ honestam conditionem, quam vult, addere idque vel expresse, vel præsumtive.

17. Sunt, qui putant, usumfructum legitimæ liberis debitæ Patri quoque adimi posse.

18. Idque (α) ob textum generalem in Auth. excipitur. Cod. de bon. quæ liber. (β) quoniam per hujusmodi ademtionem liberorum conditio longe melior efficitur. (γ) Dispositio legis qua pater legitimæ legem imponere nequit procedit saltem in lege gravaminis, non favoris (δ) ob generalem liberorum favorem. (ε) Ut & communem Ddrum eamque receptam opinionem.

19. Contraria tamen sententia verior legibusque magis conformis est.

20. Per textum hac de re Cardinalem in Novella 117. cap. 1. ibi namque (α) usus fructus ademtio non simpliciter conceditur (β) sed in eo, quod est reliquum. (γ) Id quod clare satis patet ex dicta Nov. rubrica, ut & (δ) ex assignata ab ipso Imperatore in textu Novellæ valde notabili ratione.

22. usque 26. Quæ applicantur ad casum substratum & contrariari visa simul refutantur.

27. In dispositione Parentum & liberorum cui persona extranea immiscetur, duo testes requiruntur.

28. Non Hæredes solummodo sed & Magistratus in conscientia obligantur ultimas defunctorum voluntates servare.
(*) Legitimæ quænam imputentur.

29. Hoc enim utilitas publica exposcit.

30. Major namque impietas, & injuria erga defunctum committi nequit, quam ultimam ipsius voluntatem spernere.

31. Subjungitur admonitio ad præsentis causæ hæredes.

1 AUs denen uns Decano und andern Doctoribus der Juristen Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Würtemb. Universität Tübingen jüngst übersandten hiebey wieder zuruckkommenden Actis haben wir nach fleißiger deren Durchgehung mit mehrerm ersehen, was massen sich zwischen einigen weyland Frau Sybillä S. gebohrner J. seel. Erbs-Interessenten, nemlich Paul S. und Johann Ulrich Z. einer, so dann Joh. Georg Z. anderer Seits etwelche Differentien hervor ge-
2 than, indem gedachte Frau S. in ihrer in Copiis sub *Num.* 3. beyligender zwischen ihren Kindern aufgerichteter Disposition unter andern disponiret, daß ihren beeden von ihrer *in anno* 1689. verstorbenen Tochter Maria Elisabetha seel. und Herr Johann Georg Z. erzeugten Enckelin das Gut, so sie von ihr der Ahnen bekommen unverändert gelassen werden, und ihnen die
3 Nutznieſſung selber zugehen solle; doch so lang sie noch bey ihrem Vater seyn werden, ihme von jeder jährlich 50 fl. gegeben werden, die Fahrniß, Bette und was es sey ihnen ungebraucht und ohne untermengt aufbehalten werden, und solches Gut von ihrem Sohn Paul S. und Tochtermann Johann Ulrich Z. biß zu der Enckelein Verheyrathung verwaltet werden sollte;
4 dagegen sothaner beeden Enckelein Herr Vater Johann Georg Z. die Administration und Nutznieſſung solch seinen Kindern angefallenen Ahnfräulichen Vermögens, in Krafft deren mit seiner Frau Eheliebstin seel. specialiter aufgerichteten und bey den Actis sub *Num.* 5. befindlichen Pactorum dotalium, juris communis & observantiæ Civitatis Memmingensis prætendirt, und sich beschwehrt, daß solche Benehmung der Nutznieſſung und Administration des Ahnfräulichen Guts zu seiner nicht geringen Verkleinerung und Abbruch seines Credits ge-
5 reiche; Worüber von beederseits Herrn Interessenten rechtliche Bedencken eingehohlet worden, jeder Theil aber dasselbige in seinem Favor erhalten, deßwegen Herrn Syndici Lupius Gutachten darüber verlangt worden, der aber um Willen Herrn Johann Georg Z. so wohl Vor- als Nach-Kinder seine liebe Döttlein wären, gebeten ihn damit zu verschonen und die Acta anderwärtshin ad consulendum zu verschicken, darinn ihm deferirt und die Acta ad Collegium nostrum jüngst gesandt worden mit dem freundlichen Gesinnen, daß wir solche collegialiter durchsehen, unsere rechtliche Gedancken so bald möglich darüber eröffnen und den Ausschlag geben möchten, wie diese Sache zu decidiren.

6 Dem zu gehorsamer Folge, Beförderung der heylsamen Justiz, und Bezeugung, willigster Dienstgefliſſenheit, wir nicht ermangelt die Sache gleich unter Handen zu nehmen, sammtlich die Acta mit Fleiß zu durchlesen, zu erwegen und drauf in versammletem Collegio davon reifflich zu deliberiren, da wir dann gantz einmüthig da-
7 für gehalten, daß nach dem doppelt ausgefertigten Responso sub *Num.* 9. & 13. die von weyland Fr. Sybilla S. verordnete Disposition, daß das von ihr ihren beeden von ihrer verstorbenen seel. Tochter und Hr. Joh. Georg Z. erzeugten Enckelein zufallende Gut ihnen ungeändert gelassen werden, und ihnen die Nutznieſſung davon selber zugehen solle, biß an 50 fl. so von jeder ihrem Vater, so lang sie bey ihm seyn werden, jährlich gegeben werden solle, die Administra- 8
tion aber biß zu ihrer Verheyrathung benandter ihr Sohn und Tochtermann führen ꝛc. durchaus zu recht kräfftig, gültig und beständig, auch dem zwischen Hrn. Joh. Georg Z. und seiner seel. Fr. Eheliebsten aufgerichteten Heyraths-Brief im geringsten nicht zuwider, noch dieser quoad passum de usufructu bonorum maternorum caventem auf das Ahnfräuliche von seinen Töchtern itzo erbende Vermögen ulla ratione zu extendiren sey, weniger derselbe der Fr. Sybilla 9
S. die Macht und Freyheit benommen, also von ihrem, dem Enckelein verlassenden Vermögen dergestalt jure permittente zu disponiren, deßwegen Löbl. Obrigkeit obliege, ob sothaner Disposition stricte zu halten, und dieselbe in allwege gebührend zu exequiren.

Denn 1.) ist ausser allem Zweiffel gesetzt, daß 10
Fr. Sybilla S. den gemeinen geschriebenen Kayserl. Rechten nach die Macht und Freyheit gehabt in Faveur ihrer beeden von ihrer verstorbenen seel. Tochter Maria Elisabetha und Hrn. Joh. Georg Z. erzeugten Enckelin von dem ihnen von ihr über den gebührenden Pflicht-Theil anfallendem Erbe und Gut zu disponiren, daß ihnen solches dergestalt erblich anfallen und zukommen solle, daß die Nutznieſſung davon nicht ihrem Vater, sondern ihnen selber zugehe, auch von denen von ihr constituirten und benenneten Personen biß zu ihrer Verheyrathung verwaltet und administriret werden solle, wie dasselbe in dem widrigen Responso sub *Num.* - selbst agnoscirt wird, und unmöglich geläugnet oder in Zweiffel gezogen werden kan, weil der Textus hanc in rem admodum manifestus vorhanden ist *in Novella* Justiniani 117. wo das rubrum & nigrum seu die Inscriptio & contextus ipse gantz klar also lautet: Ut liceat Matri & Aviæ 11
& aliis Parentibus post legitimam partem liberis derelictam quomodo voluerint residuam facultatem suam disponere &c. Hæc sunt verba inscriptionis; ipsius autem contextus tenor ita sonat: *Sancimus & matri & aviæ, aliisque Parentibus, postquam reliquerint filiis partem, quæ lege debetur: quod reliquum est suæ substantiæ sive in solidum voluerint, sive in partem filio vel filiæ, nepoti vel nepti & deinceps descendentibus donare, aut etiam per ultimam relinquere voluntatem, sub hac definitione atque conditione si voluerint ut Pater aut qui omnino eos habent in potestate, in his rebus neque usumfructum, neque quodlibet penitus habeant participium. Hæc enim & extraneis relinquere poterant, unde nulla parentibus utilitas nasceretur. Hoc itaque non solum Parentibus, sed etiam omni personæ licere præcipimus. Res autem ita relictas sive donatas*

positis

poſitis ſub poteſtate perſonis, ſiquidem perfectæ ſint ætatis licet ſub poteſtate ſint licentiam habeant, quo volunt modo diſponere. Si vero ætate minores ſint, per quem perſpexerit teſtator aut donator, hæc gubernentur, donec illi quibus donata ſunt aut relicta ad perfectam ætatem veniant &c. in Krafft deren verborum die Dd. uno ore omnes
12 einmächtig darinn übereinkommen, quod licet introducto peculiorum diſcrimine in bonis, quæ liberi in poteſtate parentum exiſtentes non ex re & ſubſtantia ejus, in cujus ſunt poteſtate, ſed ab aliis, ex liberalitate fortunæ, vel laboribus ſuis, acquiſiverunt, & in ſpecie quoque bonis maternis & materni generis h. e. quæ liberis à cognatione materna per ſucceſſionem, donationem, legatum vel alio quocunque titulo obvenerunt, patri uſusfructus ad dies vitæ à legibus conceſſus regulariter competat, nihilominus hoc jus uſusfructus Patri vigore patriæ poteſtatis competens in bonis liberorum adventitiis non modo à lege, ſed ab homine etiam omnino adimi poſſit, ſi ſcil. is, qui liberis aliquid contulit prohibeat, ne uſusfructus ad patrem pertineat, ſed ipſis liberis obtingat, & gaudeant quidem hac facultate uſumfructum patri adimendi omnes, qui liberis in patria poteſtate conſtitutis aliquid donare vel relinquere poſſunt, ſive ſit mater, ſive avia, vel alii aſcendentes vel etiam extraneus quicunque

d. Nov. 117. cap. 1. pr. in fin.

13 nec referat ſive fiat per pactum ſive per ultimam voluntatem, ut teſtamento, legato &c.

d. Nov. c. 1. Perez. *ad tit. C. de bon. quæ lib.*

14 fierique queat non modo expreſſa, ſed etiam tacita & præſumpta voluntate. De expreſſa quidem voluntate, quando nempe res ab aliquo Parentum vel etiam extraneo filio vel filiæfamilias ea lege & conditione deferuntur, ne ad Patrem, cujus in poteſtate eſt filius vel filia, uſusfructus perveniat, ſed plenum dominium adeoque & uſusfructus & proprietas filio aut filiæ acquiratur, dubium non eſt.

d. Nov. 117. c.

15 Quæ enim invidia eſt ſub hac conditione relinquere aut dare ea, quæ plane in alium transferri poterant, unde nulla Parentibus utilitas naſceretur, cumque teſtator vel alius donator extraneus haud aliter jus ſuum transferre voluerit, niſi ſub hac ipſa lege & conditione, quid obſtabit, quo minus voluntas diſponentis ſervetur, liberum enim eſt cuique addere rei ſuæ conditionem honeſtam, quam vult.

Auth. Excipitur. C. de bon. quæ lib. Phil. Paſchalis *de viribus patr. poteſt. part. 1. cap. 3. num. 37.* Berlich. *dec. 135.* Struv. *Ex. 12. th. 5.*

16 Sed non minus tacitam quoque & conjecturatam aut præſumptivam ademptionem vel prohibitionem uſusfructus valere & ſufficere, communiori Dd. calculo recepta & uſu fori ac praxi probata eſt ſententia, quam ſic reſpondendo approbarunt JCti Witteb. Scabini Lipſienſes & Curia Burdegalenſis teſte poſt Mollerum, Heigium, Boërium, Berlichio *d. dec. 135.* ubi monet ab hac antiqua & communi practica non recedendum eſſe, & in *ſeq. dec. 136.* oſtendit ex quibus conjecturis tacite uſusfructus patri præſumatur ademptus.

Num vero talis prohibitio matris etiam ex- 17
tendenda ſit ad legitimam filio vel filiæ debitam, ita, ut nec in illa Pater habeat uſumfructum, ſicuti in reliquis bonis, quæ excedunt legitimam, de eo acris inter Dd. eſt concertatio? Uſumfructum legitimæ liberis debitæ quoque Patri adimi poſſe putant

Gloſſa *in d. Nov. 117. c. 1. verſ. Sed num quid etiam in naturali debito.* Angel. *in Auth. Excipitur.* Vaſquius *de ſucceſſ. creat. lib. 1. §. 10. n. 234.* Heig. *qu. 12. n. ult.* Ludwell. *de ult. volunt. ad d. Auth. Excipitur. pag. 584.* poſt plures alios Klock. *v. 3. Conſ. 110. n. 2.*

1.) Ob textum generalem alleg. Auth. Excipitur: ibi Excipitur quod eis datur vel relinquitur ab aliquo Parentum conditione hac adjecta, ne ad Patrem perveniat uſusfructus. 18 (α)

2.) quoniam per hanc ademptionem legitima liberorum non oneratur, nec liberi ullo modo gravantur, ſed illorum conditio potius longe melior efficitur, (β)

l. 25. C. de inoffic. teſtam. Gloſs. *in d. Nov. c. 1.* Berlich. *dec. 110. n. 4.*

3.) quia diſpoſitio legis, qua Pater legitimæ non poteſt imponere legem, procedit ſaltem in lege gravaminis, non vero in lege favoris. (γ)

Salicet. *in Auth. non licet. C. de liber. præter. & ex hered.*

4.) quia hoc per leges novas introductum eſt in favorem liberorum, ut ſcil. habeant non tantum proprietatem, ſed etiam uſumfructum, non itaque retorqueri debet in eorum læſionem & detrimentum contra regulam (δ)

l. 6. C. de legib.

5.) quia hæc opinio eſt communiter recepta, quam etiam in conſultando & judicando ſequuntur Dd. teſte (ε)

Berlich. *dec. 137.*

Contrariam tamen ſententiam amplectuntur 19
Struv. *Ex. 12. th. 5.* Perez. *ad tit. C. de bon. quæ lib. num. 5.* Lugo *de J. & Jur. Diſp. 5. ſect. 2. n. 33.* Boër *dec. 193. & 194.* Harppr. *ad tit. Inſt. per quas perſon. §. 1. n. 10.* Chriſtin. *vol. 4. dec. 75.* Th. Sanchetz. *Conſ. moral. lib. 1. cap. 8. dub. 16. n. 2.* Brunn. *ad Auth. Excipitur. C. de bon. quæ lib.* Fachin. *l. 5. controv. c. 21.* Lauterb. *ad tit. ff. de pecul. §. 4. n. 8. & in Diſp. de pecul. advent. irreg. th. 13. it. in Diſp. de uſufruct. Patern. th. 23.*

Eamque firmiſſimo niti fundamento, & veri- 20
tate juris theorica inſpecta omnino convenientiorem eſſe

Nov. 117. c. 1. ibi: *poſtquam reliquerint filiis partem, quæ per leges debetur,* quod reliquum? *ſuæ ſubſtantiæ relinquere ſub hac conditione ſi voluerint, ut Pater* in his rebus *neque uſumfructum, neque quod-*

quodlibet penitus habeat participium &c. agnoscit Berlich. *dec. 137.*

(α) quia ibi 1.) matri & aviæ conceditur ususfructus ademptio non simpliciter & absolute, sed cum certo moderamine & limitatione, nimirum postquam reliquerint legitimam. Ergo in ipsa legitima ususfructus Patri adimi non

(β) poterit. 2.) Conceditur demum illa ademptio in eo, quod reliquum est. E. non in ipsa

(γ) legitima. 3.) patescit idem clarius ex rubrica d. Nov. 117. cujus formalia ita habent, *quod liceat matri vel aviæ & aliis Parentib.* post legitimam partem *liberis derelictam*, *quomodo voluerint* residuam *suam facultatem*

(δ) *disponere.* 4.) hoc omnium solidissime evincit ratio *in d. Nov. 117. c. 1.* ab ipso Imp. assignata & adjecta, quod sc. mater, avia vel alius ascendens ideo *in reliqua* substantia hereditatis patri usumfructum auferre possint, nec Pater de injuria per id sibi illata conqueri valeat, quoniam *hanc substantiam etiam aliis extraneis* relinquere possunt. Hæc enim ratio tantum obtinet & procedit in bonis legitimam excedentibus, non vero in ipsa legitima, quam mater, avia extraneis relinquere nequit, sed liberis omnino dare vel relinquere cogitur, ni velit testamentum suum per querelam inofficiosi everti. Ideoque ea ratio luculenter ostendit, quod matri aviæ facultas excludendi patrem ab usufructu legitimæ concessa non sit. Quæ rationes adeo evidentes & solidæ sunt, ut ob eas huic potius quam priori sententiæ subscribere cogamur.

21 Waltet also durchaus kein Zweiffel bey uns, daß nicht Fr. Sybilla S. de jure communi sollte befugt gewesen seyn, die Nutznieſſung der von ihr den beeden Enckeln über den Pflichttheil anfallenden Substanz dem Vater zu benehmen, und daß solche den Enckelein selbst zuständig seyn solle, zu disponiren, auch deren Verwaltung biß zu der Enckelin Verheyrathung ihrem Sohn u. Tochtermann zu übertragen, und den Vater davon auszuschliessen. Es könnte und möchte dann
22 klar erwiesen werden, daß sie sich dessen specialiter begebē, und diesem ihr competirenden Recht ausdrücklich renunciret, welches Hr. Joh. Georg Z. durch die zwischen ihm und seiner seel. Fr. Eheliebsten aufgerichtete Pacta dotalia von ihr seiner Schwieger seel. beschehen zu seyn vermeinet und vorgibt, indem sie solche Pacta, in welchem ihm der Ususfructus bonorum maternorum, sub quibus comprehendantur etiam bona quæ ab avia materna obvenerunt, ausdrücklich vorgeschrieben und ausgedungen, mit unterschrieben.
23 Aber daß nichts weniger denn diß geschehen sey, ist überflüßig in dem Responso sub *Num. 10.* gezeigt, dann in den Pactis dotalibus wird ja in *§. Im Fall sich aber zutruge &c.* dem Joh. Georg Z. in illum casum daß seine seel. Eheliebste Mar. Elisab. S. vor ihm mit Todt abgehen und Kinder verlassen sollte, wie itzo geschehen, mehr nicht, als die Nutznieſſung das denen mit ihr erzeugten Kindern durch ihren der Mutter Tod angefallenen mütterlichen Guts, so sie Mar. Elisab. S. ihm Joh. Georg Z. zugebracht, und von ihrer Seiten her ererbt, und hinter sich nach ihrem Tod verlassen, ausgedungen, und zu Vesthaltung dessen hat im Namen der Tochter die Fr. Sybilla S. als Mutter die Pacta dot. mit unterschrieben. Nun hat Hr. Joh. Georg Z. seel. Eheliebste Ma- 24
ria Elisab. S. undisputirlich, weil sie in die 11 Jahr vor ihrer Fr. Mutter Sybil. S. die erst den *16 Nov. 1700.* die Schuld der Natur bezahlet, verstorben, von ihro nichts geerbet, noch erben könen, cum viventis nulla sit hereditas, sondern es hat Fr. Syb. S. das ihrige biß an ihr seel. Ende eigenthumlich gehabt und besessen, genutzt und genossen, damit nach ihrem Belieben geschaltet und gewaltet, und ererst in abgewichenem Jahr durch ihren erfolgten seel. Tod solches auf ihre Enckelein erblich verfallet, durch ihre inter liberos & neptes aufgerichtete Disposition aber ausdrücklich aus erheblichen sonderbaren Ursachen versehen, daß was von ihrem Vermögen auf die Enckelein kommen würde, zugleich mit Nutzen und Eigenthum auf sie fallen, also die Nutznieſſung dessen nicht dem Vater, sondern dem Enckelein selbst zugehen solle, auſſer daß ihm, so lang sie bey ihm seyn würden, jährlich von jeder *50 fl.* gereicht sollten werden, deßwegen ja dieses den Enckelein 25
itzo erst angefallenes Großmütterliche Gut unmüglich unter dem Mütterlichen davon der *§. Im Fall sich aber zutruge &c.* caviret, begriffen seyn, noch auch per bonæ interpretationis regulas solcher §. auf selbiges extendiret werden kan, wie dasselbe mit mehrerm in den beeden Responsis ausgeführet, auf die wir uns geliebter Kürtze halben bloß beziehen, unnoth achtende, daß wir alle und jede argumenta in contrarium adducta sigillatim repetiren und beantworten sollten, indem solches in angezogenen Responsis zur Gnüge geschehen, und alles Widrige solide beantwortet worden. Ist auch negry vel jota in dem gantzen Heyraths-Brief zu finden, woraus vel per remotam consequentiam erzwungen werden könnte, daß die Großmutter sich ihrer de jure communi habenden Macht und Freyheit, also von ihrem Vermögen zu disponiren, hätte wollen begeben, und weil auch selbiges nicht præsumiret werden kan, so bleibet es dabey, daß sie sich denen ihro competirenden Freyheit opt. max. jure bedienet, noch beschuldigt werden möge, daß sie dadurch jemand einige injuriam zugezogen, cum injuriam nemini facere dici queat, qui
jure suo utitur, per vulgata. Und wird vergeb- 26
lich eingewandt, daß die Dispositio ex defectu solennitatum nicht bestehen könne, um willen die Fr. S. nicht allein inter liberos suos & nepotes vel neptes disponirt, sondern personam extraneam, ihren gewesenen Tochtermann, Joh. Georg Z. admiscirt u. zu seinem Præjudiz die Verordnung gethan, daß er nicht den Usumfructum und Administration des ihrigen auf seine Kinder erwachsenden und fallenden Vermögens und Guts haben, sondern der Usufr. den Kindern selbst zugehen solle; denn der Context der Disposition klar gibt, daß sie einig und allein inter lib. suos & neptes ex filia prædefuncta disponirt, und kein Wort von ihm Hrn. Z. gedacht, auſſer daß sie meldet, daß ihm jährlich von denen auſſer seiner

seiner Kinder Gut fallendē Zinsen, so lang sie bey ihm seyn werden, jährlich *50 fl.* vor jede gegeben werden sollen, indem sie ordnet, daß nach Abstattung ein und anders ihr gantzes Vermögen gleich in 5 Theil, unter ihre vier Kinder, und von der vor ihr verstorbenen Tochter der Z. hinterbliebene Enckelein, solle getheilet werden, die Nutznieſſung dessen aber, was den Enckelein zufallen möchte, ihnen selbst zugehen, und die Verwaltung und Administration desselben ihr Sohn und einer Tochtermann biß zu ihrer Verheyrathung führen, von fallenden Zinsen aber dem Vater, so lang sie bey ihm bleiben, jährlich vor jede *50 fl.* geben sollen; Welche Disposition inter liberos & neptes unice facta ex sola matris & respect. aviæ voluntate, propria ipsius scriptura & manu declarata, absque ullo adhibito teste, in allweg gültig und zu recht beständig ist.

Auth. Quod sine. C. de testam. l. fin. C. familiar. erc. Stryk. *vol. 2. Disp. 19. de jure testand. int. liber. cap. 3. n. 35. 54. seq.* Struv. *Ex. 32. th. 18.*

27 Und werden allein duo testes requirirt, si in tali inter liberos & nepotes facta dispositione extraneæ personæ einige Legata vel fideicommissa verschafft werden.

per Nov. 107. c. 1. Dn. Collega Harppr. *Disp. de admixt. personæ extr. in Dispos. Parent. int. liber. th. 24. seqq.*

28 deßwegen wir nicht den geringsten Anstand oder Zweiffel haben, daß nicht diese der Aviæ Disposition zu recht bestehen, gültig und kräfftig, folglich so wohl Hr. Joh. Georg Z. als die Obrigkeit in conscientia verbunden seyn sollte, darob steiff und vest zu halten, und dieselbe quoad bona, quæ
(*) excedunt legitimam, (in quam imputanda veniunt omnia, quæ defuncta filia, harum neptum mater, à sua matre in dotem, vel argum. dotis, aut pro rei familiaris subsidio, accepit, quia & omnia ornamenta muliebria, annuli, catenæ aureæ, gemmæ, vestes pretiosiores, quas mater illi dedit, *legitime imputabuntur* per tradita Struv. *in not. & observ. ad Ant. Matthæi tr. de successionib. cap. 6. th. 16. & cap. 17. th. 23. & 27.* Mülleri *de debito bonor. subsid. vom Pflichttheil. cap. 9. §. 7.* Carpz. *p. 3. c. 11. d. 11. & d. 31.* ibiq; Gosser. ab Esb. ac ab eo magn. nro. allegatur.) zu adimpliren und zu exequiren.

Publice enim expedit, ultima hominum, 29
& imprimis Parentum, vel qui Parentum loco sunt, judicia exitum sortiri,

l. 5. ff. testam. quemadm. aper.

Piumque est supremas voluntates defunctorum exequi, cum nihil magis hominibus debeatur, quam ut supremæ voluntatis postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stylus, licitumque quod iterum non redit arbitrium. *l. 5. C. de SS. Eccles.*

Nec major est impietas, ingratitudo & injuria 30
in defunctis, quam cum seria illius & enixa ac suprema legitime declarata voluntas, legis instar servanda, temere spernitur. Qua de causa varia prodita sunt media atque remedia compulsorialia pro exequendis ultimis voluntatibus, quarum exec. cum proterve negligitur peccatum mortale committitur, quo ipse defunctorum animæ contristari censentur.

c. ultim. volunt. 13. q. 1. Corn. *vol. 1. Cons. 261. n. 2. & Cons 298. n. 27. 28.* Bald. *ad c. 8. x. de constit.*

Ni ergo hujus delicti rei fieri velint, omnibus 31
modis operam dabunt, ut ultima hæc voluntas Sybillæ S. legitime declarata suum etiam sortiatur effectum.

Welches also kürtzlich zu verlangter rechtln. Belehrung und Nachricht in dieser Sach wir dienstl. nicht verhalten wollen bestverständiger Meynung durchaus nichts benommen. Actum in Collegio nostro den 5 Nov. 1701.

CONSILIUM CX.

De Exceptione ordinis sive excussionis à tertio hypothecæ possessore valide rectèque oppositæ.

SUMMARIA.

Præmittitur sententia sub num. 1.
2. & 3. Tertio hypothecæ possessori beneficium excussionis sive ordinis jura noviora concedunt.
4. Quod tamen antiquo jure secus.
5. Ob publicam vero utilitatem hoc mutatum, cujus rationes hic allegantur.
6. Quidam Justin. Constit. Nov. 4. cap. 4. ad generalem saltem hypoth. restringunt.
7. Rectius tn. etiam ad spec. hypoth. illa cum ibi concesso. ordinis beneficio extenditur.
8. Nec obstat Novella 112. cap. 1.
9. & 10. Explicatur casus substratus.
11. Cum pluribus diversim in distinctis præcipue locis litigare maxima difficultas est.
12. Cessat excussionis beneficium, si debitor notorie solvendo non est.
13. Item si difficilis sit conventionis.
14. 15. & 16. Quæ tn. in substrato non considerantur cujus rationes hic adducuntur.
17. Obligationes divisionem recipientes inter hæredes ab aditæ hæreditatis primo momento ipso Jure dividuntur.
18. Hinc uti quilibet pro sua tantum portione conveniri potest.
19. Ita & quilibet suam tantum portionem hæreditario creditori offerre valet.
20. Uno ex plurib. hæred. non solvendo facto peric. ejus ad creditorem saltem spectat.
21. Invitus etiam creditor particularem solutionem ab hæredibus recipit.
22. Nec ipsi propterea extran. hypothecæ possessorem conveniendi facultas datur.
23-25. Id quod applicatur ad cas. propositum.
26. & 27.

26. & 27. Remedium in casu quo contra plures diversæ jurisdictioni subjectos actio instituenda.

28-30. Cujus rationes allegantur.

31. Continentia causarum cujus sit utilitatis hic ostenditur.

Urthel.

1 In Implorations-Sachen weyl. Joh. Michael. Erben von Niederkleen Klägern und Imploranten eines entgegen und wider Annam Mariam Greisin, Dav. Molthers seel. nachgelassene Wittiben, Beklagtin und Imploratin andern Theils, erkennen und sprechen wir Burgermeister und Schöpffen des Heil. Röm. Reichs-Stadt Wetzlar, allem gerichtlichen Vorbringen nach, auf eingeholten Rath auswärtiger unparrheyischen Rechtsgelehrten, mit Urtheil zu recht, daß die den 30 Aug. 1697. publicirte Urtheil dahin zu confirmiren, daß Klägere und Imploranten forderist die hinterlassene Chelische Erben der eingeklagten 80 Rthlr. und der drauß verfallener Zinsen wegen zu suchen und zu belangen schuldig seyn, Falls denn selbige nicht solvendo seyn sollten, oder Klägere von ihnen ihre Satisfaction nicht erlangen könnten, wird ihnen der Regress wider die von Beklagtin besitzende hypotheck hiemit kräfftigst reservirt, so, daß Beklagtin alsdann entweder die geklagte 80 Rthlr. sammt den erweißlich rückständigen Zinsen Klägern und Imploranten zu bezahlen, oder die verhypothecirte Behausung ihnen einzuraumen schuldig und verbunden seyn solle, es wäre dann, daß dieselbe darthun und beweisen könnte, daß sie ratione bonorum paternorum von ihrer seel. Mutter und Stieff-Vatern Joh. Phil. Chelio noch so viel zu fordern hätte, daß diese eingeklagte Schuld von dem hypothecirten Hause nicht könnte abgeführet werden, inmassen wir dieselbe dahin confirmiren und bestättigen, die Unkosten aber aus Bewegniß gegen einander compensiren und vergleichen.

Daß diese Urthel denen Rechten und uns zugesandten Actis gemäß seye, bezeugen wir Decanus und andere Doctores der Juristen Facultät bey der Fürstl. Wirtemb. Universität zu Tübingen urkundlich unserer Facultät Insigels. Actum in Collegio nostro d. 7 Jan. 1702.

RATIONES DECIDENDI.

2 DJe Ursachen, so uns zu Abfassung vorstehender Sentenz und Confirmation der den 30 Aug. 1697. vorhin eröffneten Urthel bewogen, mit wenigem beyzufügen: So haben wir unmöglich salva justitia & veritate anders sprechen können, als daß Klägere und Imploranten ihrer gewesenen principal Schuldner Erben, das sind des Chelii hinterlassene Söhne und Töchter, der geforderten 80 Rthlr. und daraus verfallener Zinsen halber, excutiren sollen, ehe sie die Besitzerin des ihnen verhypothecirten Hauses hypothecaria actione belangen, und wann sie von jenen ihre Satisfaction nicht sollten bekommen können, alsdann ererst ihren Regress wider die Besitzerin der hypotheck nehmen und die Immission in die verschriebene hypotheck erlangen möge. 3 Weil die Rechte darinn gantz klar und offenbahr seyn, und dem tertio possessori hypothecæ, wie hier der Beklagtin und Imploratin, die constanter leugnet, daß sie jemals ihrer sich mit verschriebener Mutter Erbin geworden, das beneficium ordinis seu excussionis indulgiren, auch wann der Inhaber der hypotheck vor dem principal Debitore und dessen Erben belanget worden, demselben exceptionem ordinis seu excussionis concediren, qua opposita er erlangt, daß die actio hypothecaria so lang muß eingestellt bleiben, biß der principal Debitor vorher ad peram & saccum usque excutirt worden.

Nam etsi jure antiquo creditor eligere potuerit an debitorem personali actione, an vero illo relicto, prius hypothecæ possessorem in rem actione convenire velit. 4

l. 14. l. 24. C. de pign. l. 19. ff. qui pot. in pign. l. fin. C. de oblig. & act.

Attamen Justinianus Imper. considerans publice interesse, ne lites ex litibus serantur, 5 condemnato prius possessore, qui mox adversus authorem suum regressum sit habiturus, & non tantum naturali æquitati, sed ipsorum quoque contrahentium intentioni omnino conveniens esse, ut prius agatur adversus illos, cum quibus actum & contractum est, vel illorum heredes quam ad accessiones apud tertium existentes perveniatur, saluberrime id ipsum correxit, & constituit, ut hodie creditor contra extraneum rerum hypothecarum possessorem agere non possit hypothecaria actione, priusquam omnes debitoris, & fidejussorum, si qui sunt, facultates excussæ fuerint.

Nov. 4. cap. 2. Auth. Hoc si debitor. C. de pignor. Auth. Sed hodie. C. de oblig. & act. Gail. *2. Obs. 27. num. 7.* Carpzov. *p. 2. c. 18. d. 17.* B. D. Lauterb. *tract. Synopt. de pignorib. & hypothec. §. 9. n. 56. & Disp. de benef. excuss. th. 26.* D. Stryk. *vol. 1. Disp. 10. c. 2. num. 19. 20.*

Quam

6 Quam Juſtiniani conſtitutionem nonnulli ad generalem hypothecam reſtringunt, aut illam quoad ſpecialem hypothecam correctam eſſe exiſtimant, per

Nov. 112. c. 1. §. 3.

ſtatuentes fundi ſpecialiter oppignorati poſſeſſorem excuſſionis beneficio minime gaudere,

Carpzov. *p. 2. c. 18. d. 18.* Berlich. *p. 2. concl. 24. n. 71.* Brunnem. *ad l. fin. C. de O. & A. & ad l. 16. §. 3. ff. de pign. num. 14.*

7 ſed etiam in rebus ſpecialiter hypothecæ obligatis hoc beneficium locum habere, recte defendit

Frantzk. *lib. 1. Reſol. 12. num. 11. ſeqq.* Struv. *Ex. 26. th. 38. & ibid. in Evolut. controv. ac Reſolut. dubior. & text. obſtant.* Richter. *ad Auth. ſed hodie. C. de oblig. & act. n. 5.* Peretz. *ad tit. C. de pignor. n. 15.* Fachin. *l. 8. c. 105.* Bachov. *lib. 3. de pignor. c. 17.*

8 Nec obſtat d. Nov. 112. c. 1. Non enim ibi diſtinguitur inter hypothecam generalem & ſpecialem quoad hunc effectum, ut in illa beneficium excuſſionis locum inveniat, in hac non item; ſed ibi de certo & ſpeciali agitur caſu, quo lite inter creditorem & debitorem jam mota res hypothecæ obligata à debitore eſt alienata, & emptor, qui ſcivit qualitatem pignoris rei emptæ inhærentem, non curavit, ut expretio creditori ſatisfactum ſit, ſicuti hoc ei incumbit, ipſe enim vigilare debet pro ſua ſecuritate, ut ex pretio rei emptæ ſpecialiter oppignoratæ creditori ſatisfiat, quod, ſi factum non ſit, creditori quodammodo fraus facta videtur, quæ emptori in tantum imputatur, ut creditori protinus actio hypothecaria contra illum detur, & hoc caſu fruſtra opponat emptor exceptionem excuſſionis, quia ſcivit rem emptam ſpecialiter obligatam fuiſſe & ſic propria ipſius culpa eſt, quod non vigilaverit & fecerit, ut pecunia ad creditorem pervenerit, illique ſatisfactum & res empta à pignoris nexa liberata ſit. Ibi igitur ex hac ſpeciali cauſa beneficium excuſſionis in rebus ſpecialiter obligatis locum non habere, ſed ceſſare, conceditur, ſecus ac generali hypotheca conſtituta, ex qua unius vel alterius rei alienatio ac diſtractio indifferenter permiſſa eſt & valet; Exceptio autem illa regulam confirmat in caſibus non exceptis quoad hypothecam ſpecialem.

vid. Frantzk. Bachov. Struv. & reliqui Authores *dd. ll.*

9 Derowegen ob gleich auch hierfalls vor die von der Beklagtin und Imploratin Stieff-Vatter, und dero ſeel. Mutter auffgenommene 80. Rthlr. daß von der Beklagtin und Imploratin itzo beſitzende Hauß ſpecialiter hypotheciret und verſchrieben, ſo iſt doch nichts deſto weniger gantz recht und billig in den beeden vorigen Urtheilen auff die exceptionem excuſſionis Reflexion gemacht, und ſind Klägere und Imploranten dahin verwieſen worden, daß ſie forderiſt des Chelii ſeel. Söhne und Töchter, die ihrer Eltern als der Haupt-Schuldner Erben geworden, actione perſonali belangen und excutiren ſollten, auch ihnen allein auff den Fall, daß des Chelii Erben nicht ſolvendo ſeyn ſollten, noch ſie von ſelbigen ihre Satisfaction erlangen könnten, der Regreſs wider die Beklagtin als Beſitzerin des verhypothecirten Hauſes reſerviret worden.

10 Dawider ſie ſich 2) zwar beſchwehret, vermeinende, daß weil des Chelii Erben hin und her zerſtreuet wohnen, der eine Sohn nemlich in Grünberg, ſo ein abſonderlich Fürſtl. Heſſiſches Amt iſt, der ander zu Bendorff im Wiediſchen, ſo 6. biß 8. Meil von Wetzlar gelegen, endlich die Tochter in Naſſau Hadamariſchen, alſo in dreyen unterſchiedlichen Territoriis, ſich auffhalten, und deßwegen difficilis conventionis ſeyn, ſintemalen ſie Klägere und Imploranten ſolcher Geſtalten, wann ſie die unter ſo viel Herrſchafften geſeſſene Cheliſche Erben ſuchen und belangen müſſen, zu ihrer gröſten Incommoditæt in plures adverſarios diſtingiret würden.

11 Difficultas enim haud parva eſt, ſed ſane maxima, cum pluribus diverſim, in diſtinctis præſertim locis & territoriis, rem habere & litigare, inde enim ſumptus majores, progreſſus litis tardiores, fraudes faciliores, aliaque plura incommoda eveniunt, de quibus

Chriſtin. *vol. 3. Deciſ. Belgic. 187. n. 4.* Mev. *p. 2. dec. 342. & p. 4. dec. 63.*

ſo könne ihnen mit Fug Rechtens nicht zugemuthet werden, daß ſie die Cheliſche Erben vorher ſuchen und belangen.

12 Cum conſtet beneficium excuſſionis non tantum ceſſare, ſi debitores notorie non ſint ſolvendo,

Nov. 4. c. 1. Richter. *ad Authent. ſed hodie. C. de oblig & act. n. 9.* Gail. *2. O. 27. n. 14. ſeqq.* ibi Græv. *§. primo concl. 27. n. 2.* Mynſing. *2. O. 15.* Carpzov. *p. 2. c. 18. d. 15.* Metlin. *de pignor. lib. 5. q. 69. n. 7. ſeqq.*

13 ſed etiam ſi propter abſentiam vel aliam cauſam difficilis ſint conventionis.

d. Nov. 4. c. 1. arg. l. 2. ff. qui ſatisd. cog. l. 112. in fin. de verb. oblig. Gail. *d. Obſ. 27. n. 25. & 35. ibi Græv. conſid. 9.* Carpzov. *d. c. 18. d. 8. n. 1. & def. 11. it. lib. 2. Reſp. 71. n. 7. 8.* Richter. *d. l. n. 14. ſeqq.* Frantzk. *lib. 1. Reſol. 16. num. 63. 65.*

14 Wir haben aber dieſer Urſach halber, ſalvo ſemper melius ſentientium judicio, der Fr. Beklagtin das beneficium excuſſionis nicht abſtricken oder abſprechen können, dann wann der tertius poſſeſſor hypothecæ des beneficii excuſſionis ſolle priviret werden, ob abſentiam principalis debitoris vel heredum ejus,

ejus, so wird erfordert, ut principalis debitor vel heredes ejus in longinquis regionibus absentes sint, ita, ut ab iis difficulter creditor, id, quod ipsi debetur, consequi valeat, tunc enim longinqua hæc & diuturna debitoris absentia creditori incommodo atque fraudi esse non debet hinc nec ordinis exceptione impediri debet, quo minus hypothecam suam persequatur, indeque satisfactionem obtineat.

Carpzov. *d. p. 2. c. 18. d. 11.* Græv. *ad Gail. d. Consid. 9.*

15 Weil nun des Chelii seel. Erben so weit nicht entsessen, noch sich in fernen und weit entlegenen Landen enthalten, sondern bloß ein oder anderthalb Tag-Reiß entfernet seyn, und wo sie wohnen und gesessen seyn, leichtlich belanget werden können, kan der Fr. Beklagten und Imploratin das ihro, wie allen tertiis possessoribus pignorum, indulgirte Beneficium ordinis aut excussionis darum keines wegs abgestricket werden, auch hat sie dessen im geringsten so weit
16 nicht zu entgelten, daß sie deßwegen des ihr competirenden beneficii wollte beraubet werden, daß gedachte Chelische Erben unter dreyerley Herrschafft wohnhafft, und sie also an drey Orten belanget werden müssen, in Erwegung es ja eben das wäre, wann sie unter einer Herrschafft in zerschiedenen Aemtern wohneten, denn so müsten sie eben so wohl an drey unterschiedenen Orten in prima instantia belanget werden, sollte aber derentwegen tertio possessori hypothecæ das beneficium excussionis benommen werden? mit nichten, das ist eines der incommodorum, so die creditores, die den privatis leihen ins gemein post debitoris mortem zugewarten haben, wann sie sich nicht sonderlich prospiciret haben.

17 Constat enim post mortem debitoris, obligationes quæ divisionem recipiunt, statim ab adita hereditate ipso jure inter heredes dividi, ita, ut eorum quisque pro portione hereditaria, ex qua defuncto heres extitit, ad æs alienum hereditarium saltem teneatur.

l. 10. C. de jur. delib. l. 1. C. si cert. petat. l. 1. C. de except.

18 Ideoque nec in quid amplius, quam pro hereditaria sua portione à creditore conveniri queat, cum quoad reliquorum coheredum partes pro extraneo & plane non obligato habeatur.

arg. l. 14. C. de R. V. l. 6. C. de hered. vel act. vend.

19 proinde & quilibet eorum portionem suam solam sine aliorum adjunctis portionibus, creditori hereditario offerre possit, & in casu recusationis deponere ac deponendo se ab obligatione liberare valeat

arg. l. 9. C. de solut. l. 19. C. de usur.

20 Unoque ex pluribus heredibus non solvendo facto periculum ejus partis non ad coheredes, sed ad ipsum creditorem pertineat, & fallimentum unius cedat in damnum creditoris.

arg. l. 33. de legat. 2. Molina *de commerc. part. 2. n. 63. seqq.*

Creditor igitur post mortem debitoris 21
hoc sentiat onus ac incommodum, ut invitus particularem solutionem recipere cogatur à debitoris heredibus, nec in illius sit potestate, unum ex heredibus in solidum convenire, sed contra quemlibet pro sua tantum parte hereditaria agere necesse habeat.

l. 85. §. 5. de V. O. Carpz. *lib. 6. Resp. 64. n. 15. 18.* Gail. *2. Obs. 14. n. 4.* Besold. *vol. 3. Cons. Tub. 106. n. 6.*

Propterea autem ipsi non datur facultas 22
recta actione hypothecaria conveniendi tertium & extraneum hypothecæ possessorem, sed hic eadem conventus se recte tuetur exceptione ordinis seu excussionis.

Deßwegen solch beneficium auch hierfalls 23
Frau Beklagtin und Imploratin wegen der Incommoditæt, so den Klägern post mortem debitoris zugewachsen à pluribus heredibus debitum exigendi, ohnerachtet auch unter ihnen einige pupilli oder minores seyn, quia licet pupillorum partes in jure nostro semper sint favorabiles, non tamen iis favendum est in judicio cum ulla adversarii injuria.

Mev. *part. 2. dec. 278.*

nicht kan benommen, noch abgestrickt werden, 24
sondern sie gaudiret dessen billig so lang, biß sich ereiget, daß die Chelische Erben durchaus nicht solvendo seyn, so von denselben fast nicht zu vermuthen. Klägere und Imploranten aber könnten zu ihrer Erleichterung und Facilitirung der Sachen sehen, ob die Chelische Erben sich willig in foro defunctorum Parentum, quorum heredes facti, sistiren, und unum communem Procuratorem constituiren wollten, qui omnium nomine ibi compareret, causamque illorum ageret, wie sie ad utrumque verbunden zu seyn scheinen

juxta *l. 19. pr. ff. de judic. l. 48. ff. famil. erciſc. l. 5. §. pen. ff. judic. solvi.* Franz. *lib. 1. Resol. 16. n. 71.* Mev. *p. 2. dec. 342. & p. 4. dec. 63.* Brunnem. *ad d. l. 19. & l. 42 ff. de Procurat. n. 8. 9.*

Oder wann sich die Chelischen Erben darin 25
nicht bequemen wollten, könnten Klägere und Imploranten sehen, ob sie nicht wider sothane unter zerschiedenen Gerichten sitzende Chelische Erben, wann sie wider selbige actione personali juncta hypothecaria ob hypothecæ illi speciali additam & adjunctam hypothecam generalem in omnibus bonis, ex quibus procul dubio quædam ad ipsos pervenerunt heredes, & etiamnum possidentur, agiren wollten, ex continentia causæ coram omnium superiore judice, cui omnes subsunt, nemlich an dem Hochpreißlichen Cammer-Gericht gleich Process erhalten möchten

Quando enim actio contra plures perso- 26
nas diversis jurisdictionibus subjectas competit, ex causæ connexitate sive continentia ea coram proxime superiori Judice proponi

poni & ventilari poteſt, ne quod uno judicio determinari poteſt, apud plures judices ventilari neceſſe ſit

l. 10. C. de judic. l. 1. l. 2. ff. de quibus reb. ad eund. judic. eat. R. J. *de Ao. 1600. §. bey unſerm Kayſerl. Cammer-Gericht.* ex quo textu patet, hac ratione Cameræ Imperialis Jdictionem etiam in prima inſtantia fundari, quod quotidiana Praxi firmari, notat Mynſ. *cent. 1. Obſ. 4.* ubi notabile ejus rei exemplum & præjudicium allegat, quod nempe Comites de Hanov. egerint contra incolas aliquot pagorum, fuerintque plus quam ſexaginta rei conveniendi, & quidem diverſarum jurisdictionum, qui omnes & ſingul. ad ſupremum Imperii Tribunal eapropter citati fuerint, illorumque fori declinatoriis exceptionibus non attentis, iis litis conteſtatio injuncta, ne continentia cauſæ divideretur.

27 Graviſſimis enim ex cauſis generali Reſcripto prudenti conſilio cavit Imperator Conſtantinus, nulli prorſus audientiam præbendam, qui cauſæ continentiam dividit, & ex beneficii prærogativa id, quod in uno eodemque judicio poterat terminari, apud diverſos judices voluerit ventilare, pœna ex officio judicis imminente ei, qui contra hanc ſupplicaverit ſanctionem.

d. l. 10. C. de judic.

28 Cum maxime Reipubl. interſit, ut lites, quæ magnam ſæpe odiis atque diſſidiis materiam præbent, abbrevientur & contrahantur

l. 13. pr. C. d. t. c. 8. ibi: *non quia amarioribus legibus delectamur, ſed quia lites minores efficimus. Nov. 18.*

29 Quo plures enim inter Cives ſunt lites, plures inſtantiæ, plura judicia, eo plures ſunt controverſiæ, diſſidia, anxietates atque impenſæ, plura etiam, quæ inde proficiſcuntur, odia, inimicitiæ, quæ non raro à neceſſariis negotiis, ſervitiis, cultibusque divinis homines abſtrahunt, & morte ſine pœnitentia & reconciliatione præventos mittunt in gehennam.

tota diſtinct. 90.

Ne igitur partes nimiis ſumptibus & ex- 30
penſis exhauriantur, multis judiciis & laboribus fatigentur, ipſa tribunalia ſuperfluis litibus onerentur, nec pars alterutra ob difficilorem cauſæ expeditionem in diverſis judiciis jure ſuo cedere aut ſe cum adverſario gravi cum damno ſuo componere compellatur, ſaluberrime ſancti Imperatores continentiam cauſæ non dividendam eſſe ſtatuerunt. Et hinc, ſi plures rei diverſi fori & diverſis Jdictionibus ſubjecti ejusdem rei nomine conveniendi, propter litis conſortium recta proximus omnium ſuperior Judex adiri poterit, ibique cauſa coram eo uno eodemque judicio terminari debebit.

c. fin. x. de Reſcript. d. l. 10. C. de judic. l. 1. l. 2. ff. de quib. cauſ. ad eund. jud. eat.

Conſtat namque continentiam cauſarum 31
tam reſpectu rerum, quam perſonarum, eſſe peculiarem & legitimum ſortiendi fori modum, ejusque vi coram uno eodemque judice facilius ac felicius tractari cauſas, quæ alias ſub diverſis judicibus majori cum difficultate tractandæ fuiſſent.

d. t. ff. de quib. reb. ad eund. judic. eat. ibi Dd. Petr. Frider. Mindan. *lib. 3. Proceſſ. Cam. cap. 2. 3. 4. n. 3. 4. 10. 11.* Carpzov. *lib. 2. Reſp. 17. 18. & de Proceſſ. Jur. tit. 3. art. 5.* Trentac. *l. 2. var. reſol. tit. de jud. 1. reſol.* Hunn. *Encycl. Jur. Univerſ. part. 2. tit. 35. c. 3. num. 22.*

Welches wir zu verlangter Rechtl. Nachricht dienſtlich nicht verhalten wollen.

Actum in Collegio noſtro d. 7. Jan. 1702.

Decanus und andere Doctores der Juriſten Facultät bey der Fürſtlich Würtenbergiſchen Univ. zu Tübingen.

CONSILIUM CXI.

Puncto Cit. Prævent. & puncto Legati pii.

SUMMARIA.

1. *Cum ſola citatio præventionem fori, multo magis arreſtum hunc & litis pendentiam operari dicitur.*
2. *Prævention præoccupat Jurisdictionem, & excludit aliud judicium, ac exc. fori declinatoriam operatur.*
3. *Ubi cæptum judicium, ibi quoque finiendum.*
4. *Si arreſtatus, qui ſub cautione ab arreſto relaxatus, vel fuga elapſus eſt, eum qui arreſtum procuravit, forte ad ſuum judicem competentem ex L. Diffamari citari curaverit, hic per exceptionem litis pendentis defenditur, ſicut & ſi creditor debitorem, quem arreſtari curaverat, deinde, Proceſſu arreſti derelicto, eum alibi convenire vellet, hic quoque eadem exceptione ſe defendere poſſet.*
5. *Connexitas cauſæ judici alias etiam poteſtatem ſuper aliqua cauſa non habenti tamen tribuit jus & facultatem ejusmodi cauſam prævia debita cognitione, ſua ſententia terminandi.*

6. *Connexitas facit simul devolvi connexum.*
7. *Descriptio connexitatis causarum.*
8. *Doctorum sententia, de arresto præventionem Jurisdictionis operante, præcipue de arresto personali inteligenda.*
9. *Ubi arrestum est injustum, id ut nullum nullas habet vires, & præventionem, ac litis pendentiam non operatur, sed relaxari debet, ac partes ad forum competens remittendæ.*
10. *seqq. De indissolubilitate matrimonii, ejusque rationibus.*
14. *De pœnis mulieris maritum suum malitiose deserentis, earumque usu hodierno.*
15. *Status Imperii Jurisdictioni Territoriali Con-Status, præcipue Principis, per impositionem arresti ratione præventionis Fori nullum præjudicium inferre potest.*
16. *Uxor foro & dignitate maritigaudet, & munera etiam personalia non in loco originis suæ, sed in domicilio mariti obit.*
17. *Qui in alio loco forum & domicilium habet, in loco rei sitæ tantum actionibus realibus, & in rem scriptis, non etiam simpliciter personalibus, conveniri potest.*
18. *Differentia præventionis & litis pendentiæ proprie acceptæ.*
19. *Præventio vel litis pendentia non inducitur per supplicationem Principi vel Præsidi Provinciæ oblatam.*
20. *Sed tantum per legitime decretam & insinuatam citationem omnino perfectam.*
De citationis hujus sex requisitis, remissive. ibid.
21. *Præventio tantum prodest quoad causam specialem in qua emanavit citatio, & ad quam hæc est restringenda, non autem quoad causam distinctam & separatam.*
22. *De validitate Rei judicatæ.*
23. *seqq. Priora ulterius confirmantur.*
26. *seq. Civis & subditus duorum Dominorum, ubi ipse, & ex ejus persona uxor, sortiatur, forum in causa matrimoniali?*

Appendix hujus Consilii.

De annuis reditibus ad pias causas legatis, in certo quodam Territorio, neque extra illud, impendendis & præstandis.

FACTUM.

1 VOr allen Dingen ist zu wissen, daß Herr Johann Septimius Starck, von welchem hernach die Frag seyn wird, zwar aus einem Adelichen Rathsfähigem Geschlecht zu Nürnberg entsprossen, er vor seine Person aber daselbst nicht- sondern auff seinem freyen Adelichen Ansitz und Hoffmarck Reckenhoff (so Hochfürstl. Brandenburgische Lehen, auch mit der hohen Obrigkeit selbigem Hochfürstl. Hause unterworffen, mit übriger Jurisdiction und Vogteylichkeit, aber ihme selbst zugehörig ist) gebohren und erzogen worden seye, allwo er auch jederzeit sein Domicilium gehabt hat.

Und ob er wohl in der Stadt Nürnberg, nebenst unterschiedlichen Häusern und anderm Vermögen, auch das Burgerrecht und Patriciat von seinen Voreltern ererbt, so hat er jedoch der Republique mit den gewöhnlichen Burger- oder andern Pflichten sich niemahlen verwandt gemacht, ist auch niemahlen darzu erfordert worden.

2 Dieser Herr Starck nun hat sich vor einiger Zeit an damals Jungfrau Julianam Susannam Imhoff, eine Nürnbergis. Patritiam, verheurathet: nachdem er aber bald hernach Sinns worden, sich in Hochfürstl. Brandenburgischen Schutz und Dienst einzulassen, hingegen sein gehabtes Nürnbergisches Patriciat und Erb-Burgerrecht zu resigniren, hat dieselbe darüber, wie auch weil er ihr nicht gestatten wollen, ihre ältere ledige Schwester, die ihme allen Verdruß im Hause angerichtet, bey sich zu behalten, einen solchen Unwillen auff ihn geworffen, daß sie endlich nicht nur gar von ihme hinweg gegangen, sondern auch bey vermerckter dessen Abwesenheit, mit Zuziehung der Ihrigen zum viertemal in dem Adelichen Ansitz zu Reckenhoff gewalthätig eingefallen, und was sie an Fahrniß daselbst gehabt (worinnen dann ihr gantzes Ein- und Zubringen bestanden) auff hierzu mitgebrachten Wägen mit sich fort geschleppt.

Ob nun wohl sie zu deme allen die aller ge- 3
ringste rechtmäßige Ursach nicht- viel weniger weiter etwas an Herrn Starcken mit Recht zu prætendiren gehabt, so hat jedoch derselbe, wider alles Verhoffen erfahren müssen, daß auff dieses seines ausgetrettenen Eheweibs Anstifften E. Hoch-Edlen Magistrat zu Nürnberg, gleichwohl ohne vorhergehende Communication, auff alle in der Stadt befundene Starckische Mittel einen Arrest gelegt habe: Woher er Anlaß genommen, nach Ausweis N. 1. an wohlbesagten Magistrat zu schreiben und alls darauff nichts erfolgt, solches laut N. 2. zu wiederholen: in welchem letztern Schreiben er dann occasionaliter seines Weibs an ihm begangenen Unfug in etwas fürgestellt und gebe-

„gebeten, daß E. Hoch Edler Magistrat so gut „seyn, und nachdrücklich verordnen wollte, da„mit von ihr die Ablata wieder herbey ge„schafft werden, und sie selbst zu ihme als ih„rem Ehe-Herrn und Haußhaltung reverti„ren möge.

Hierüber ist ihme endlich die Signatur sub N. 3. zu Handen gekommen: Worauff er, laut N. 4. ausführlich geantwortet: und nachdem inner etlichen Monathen weder von E. Hoch-Edlen Magistrat weiter etwas erfolgt, noch weniger sein ausgetrettenes Eheweib sich zur Aussöhnung und Wiederkehr angeschickt, sondern vielmehr aversissimum animum gegen ihn je länger je mehr verspühren lassen: so hat er nolens volens im Februario 1701. vor dem Hochfürstl. Consistorio zu Bareuth eine Klag gegen sie anstellen, und ex capite malitiosæ desertionis dissolutionem matrimonii begehren müssen.

Die Beklagte aber hat so wohl daher, weil sie eine Nürnbergische Burgerin seye, als auch, daß durch obiges Schreiben N. 2. lis coram Magistratu Norico prævenirt worden, forum zu decliniren vermeint und als das Consistorium solche Exception verworffen, sie aber nichts destoweniger auff öffters wiederhohlte Citationes, in ihrer Contumacia beharret, ist letzthin den 31. Augusti die Definitiva ergangen, wie die Anlage sub N. 5. ausweiset.

Weil nun sothanes Urtheil noch immerhin unter erstangeführten Prætexten angefochten werden will, so fragt sich:

1.) Ob dann aus ob angezogenem Schreiben, N. 2. prævention litis zu erzwingen seye, zumahl in Ansehung, daß selbiges (1) eine blosse extrajudicial- (2) nicht an das Nürnbergische Ehe-Gericht, sondern an Ein Hoch-Edlen Magistrat daselbst, welcher in Ehe-Sachen nicht cognoscirt, (3) idque tantum incidenter occasione deß auff die Starckische Effecten in der Stadt geschlagenen Arrests, ergangene Beschwehrung in sich enthält (4) das Begehren auch darinnen nicht, wie nachgehends am Hochfürstl. Consistorio zu Bareuth, auff eine Ehe-Scheidung ex capite desertionis sondern nur die ausgetrettene Frau Starckin ad cohabitandum anzuweisen, gerichtet ist?

2.) Ob bey ob angeführten Bewandtniß des fürgeschützten Starckischen Burger-Rechts zu Nürnberg, da er zum Uberfluß solches schon resignirt gehabt, auch nicht daselbst, sondern etliche Stunden darvon auff seinem frey Adelichen Ansitz Reckenhoff, sein häußliches Wesen geführt, E. Hoch-Edlen Magistrat zu Nürnberg die Cognition in dieser Desertions-Sache mit Recht zu vindiciren?

Als uns Decano und übrigen Doctoribus der Juristen Facultät bey gemeiner Hoch-Fürstl. Würtenbergischen Universität Tübingen vorstehende Species Facti mit Beylagen von Num. 1. biß 6, zugesandt worden, um unser Rechtliches Gutachten darüber und insonderheit über die deroselben angehängte Fragen zu ertheilen; So haben wir nicht ermangelt, besagte Facti Speciem sammt den Beylagen, so bald es wegen anderer sehr überhäuffter Geschäffte möglich gewesen, unter Handen zu nehmen, mit Fleiß zu durchgehen, reifflich zu erwegen und drauff in versammletem Collegio sorgfältige Deliberation darüb zu pflegen, da wir uns verglichen, wie bey einer jeden Frage absonderlich folget.

Und zwar, was die

Erste Frage:

Ob dann aus obig angezogenem Schreiben Num. 2. Prævention litis zu erzwingen sey, zumahl in Ansehung, daß selbiges 1) eine blosse Extrajudicial- 2) nicht an das Nürnbergische Ehe Gericht, sondern an einen Hoch-Edlen Magistrat daselbst, welcher in Ehe-Sachen nicht cognoscirt, 3) idque tantum incidenter occasione des auff die Starckische Effecten in der Stadt geschlagenen Arrests ergangene Beschwehrung in sich enthält 4) das Begehren auch darinnen nicht, wie nachgehends am Hoch-Fürstl. Consistorio zu Bareith auff eine Ehescheidung ex capite desertionis, sondern nur die ausgetrettene Frau Starckin ad cohabitandum anzuweisen, gerichtet ist?

anbelangt, so möchte es ersten Anblicks irgends wohl das Ansehen haben, ob wäre hier nicht nur durch das von Hrn. Joh. Septimio Starcken von Reckenhoff an Löbl. Obrigkeit des Heil. Röm. Reichs Stadt Nürnberg abgelassene sub N. 2. beyligende Schreiben, sondern schon vorher durch den von seiner gewesenen Ehe-Liebsten Fr. Juliana Susanna gebohrnen Imhoffin gebetenen und von Hochlöbl. Obrigkeit zu Nürnberg auf seine allda gelegene Effecten decernirten und geschlagenen Arrest die Prævention inducirt, und er deßwegen gehal- 1

ten gewesen, die Ehe-Sache mit gedachter seiner gewesenen Eheliebsten zu Nürnberg vor dem alldasigen Consistorio auszumachen, daß er also unbefugter Weise dieselbe vor das Hochfürstl. Marggräfl. Bareitische Consistorium gezogen, daher die alldort ausgefällete Urtheil nicht unbillig nullitatis arguirt zu werden scheinet, in dem bekandt, daß unter andern Würckungen, so dem Arrest zugeschrieben zu werden pflegen, demselben insonderheit auch dieser Effect ins gemein tribuirt wird,

ut inducat præventionem & litis pendentiam, sicque pariat exceptionem prævention nis; Cum enim sola citatio præventionem alias inducere valeat & dictam exceptionem prævention is pariat

Gail. *1. O. 74. n. 28.* Zanger. *de except. part. 2. c. 3. n. 14.*

eandem multo magis operari dicunt arrestationem, quæ, proinde, nisi aliæ ratio avocet, astringat causam foro, ubi arrestum decretum est.

Petr. Peck. *de jur. sistend. cap. 33. n. 1.* Mev. *de arrest. cap. 15. n. 26. 27.*

2 Nam prævention præoccupat Jurisdictionem, & excludit aliud judicium, forique declinatoriam operatur & largitur

l. 7. ff. de judic. ubi notabilis proponitur regula, quod si quis postquam fuerat in jus vocatus ad causam, mutavit forum, non sit remittendus ad novum forum, sed coram primo judice teneatur causam prosequi. Quæ regula firmatur quoque per *c. pen. x. de for. compet.* & ea ratione, quod in pari causa is, qui prævenit, præferatur. *arg. c. pen. de rescript. in 6. l. 19. C. de his qui accus. non poss.*

3 Ubi ergo per decretum arrestum cœptum est judicium, omnino finiendum quoque esse videtur.

l. 30. ff. de judic.

4 etsi arrestatus, qui sub cautione ab arresto relaxatus vel fuga evadens eum qui arrestum procuravit forte ad competentem judicem suum ex L. Diffamari citari curet, exceptio prævention is & litis pendentis ipsum defendet, nec juste ob diffamationem alium compellat, qui necessitate arresti obstrictus fuit ad respondendum in loco, ubi arrestare licuit, parato ibi ad agendum creditore. Perinde si creditor, ubi arrestari curasset debitorem, deinde Processu arresti derelicto, eum alibi etiam in loco domicilii convenire vellet, reus exceptione litis pendentis ex arresto tutus est, donec ille finiatur.

Mev. *d. tr. de arrest. cit. c. 15. n. 30. 31.*

Derentwegen, weil der Arrest zu Nürnberg auf Hrn. Starcken allda gelegenes Vermögen von dessen gewesenen Fr. Eheliebsten aesucht u. erlangt, scheinet er dardurch vinculirt worden zu seyn, die Ehe-Sache auch dort wider sie auszuführen, da er aber selbige nacher Bareith hingezogen, hat allem Ansehen nach sie nicht unbillig die exceptionem prævention is per impetratum arrestum inductam opponirt, weil nun selbige nicht attendirt werden wollen, arguiret sie itzo nicht ohn Schein Rechtens die wider sie dort ausgefallene Urtheil null und nichtig zu seyn.

Um so mehr 2) als Hr. Starck selbst in sei- 5
nem angezogenen Schreiben sub Num. 2. der Obrigkeit zu Nürnberg officium wider seine gewesene Eheliebste implorirt und gebeten, weil sie ihn ohne rechtmäßige Ursach verlassen, sie dahin zu halten, daß sie wieder zu ihrer Haußhaltung kehre, und mit ihm als ihrem Ehemann in auffrichtiger Liebe, Leid und Freude lebe, wie einem Christl. Ehegatten geziemet u. gebühret, deßwegen er ex connexitate causæ scheint obligirt gewesen zu seyn, da sie sich nicht dazu bequemen wollen, auch dorten ad divortium zu agiren.

Cum enim imploraverit Magistratus Norici officium ad hoc ut compellere dignaretur uxorem, quæ ab eo injuste diverterat, ut reverteretur ad ipsum, eique cohabitaret, utique eundem Magistratum etiam adire & ab eo divortium petere debuisse videtur, in casu, quo illa se flecti non pateretur ad revertendum, cum hæc duo maxime connexa esse, individuoque nexu cohærere videantur. Connexitatis autem hæc est virtus, vis & potestas, ut Judici super aliqua causa cognoscendi potestatem etiam alias non habenti tribuat jus & facultatem eandem prævia causa cognitione sua sententia terminandi, si cum suæ jurisdictioni subjecta causæ sit connexa atque ab ea quodammodo dependeat.

l. 1. C. de ordin. judic. ibique Gothofred. add. Ant. Peretz. *ad tit. C. ubi caus. stat. agi deb. n. 3. l. 3. C. de judic.* ibi Sichard. Petr. Frider. Mind. *in Proces. lib. 3. de contin. caus. c. 5. n. 32. sqq.*

Connexitas enim facit simul devolvi 6
quod connexum

Lancellot. *de attentat. part. 2. c. 12. limit. 2. n. 25. 26.* Mev. *p. 3. dec. 116. n. 3.*

Imo hoc amplius, causæ ob singularem Ju- 7
ris & facti cognationem, quam inter se habent, connexæ, divisionem regulariter respuunt, & coram eodem judice cognosci & disceptari debent. Est enim connexitas causarum ejusmodi cohærentia controversiarum, propter quam illarum cognitio commode non potest separari, sed coram eodem judice institui & terminari debet.

l. 10. C. de jud. l. 13. C. de R. V. Carpzov. *in Proc. tit. 3. art. 5. n. 5.* Frantzk. *ad tit. de jud. n. 55.*

Dessen allen aber, und was sonst noch ferner scheinbarliches möchte fürgewendet werden können, ohngeachtet, halten wir beständig dafür, daß hier weder per decretum arrestum, **noch durch das sub N. 2. abgelassene Schreiben oder sonst** per aliam idoneam causam einige prævention Jurisdictionis in causa divortii inducirt worden, **daher dieselbe Herrn Starcken durchaus nicht im Wege gestanden,**

daß

daß er derentwegen nicht hätte können die Ehescheidung ex capite malitiosæ desertionis bey dem Fürstl. Bareithischen Consistorio suchen und kan consequenter ex hoc capite die alldort ausgefällete Urtheil keiner Nullitæt arguiret werden, wann sie sonst kräfftig und beständig, noch ex aliis capitibus als null u. nichtig angefochten werden mag.

8 Dann wann 1) dem Arrest neben andern auch die Würckung und der Effect zugeschrieben wird, daß er eine Prævention und litis pendentz inducire, derentwegen die Sach, warum der Arrest gesucht und decerniret worden, vor dem Richter, der solchen erkandt, ausgemacht werden müsse, und vor kein anders Judicium gezogen werden könne, sondern da solches geschiehet, die Exceptio præventionis opponiret werden möge, so ist solches insonderheit von dem Arrest der Person zu verstehen, und nicht vom Arrest, so auff eines Sachen geschlagen worden. Denn die allegirte Authores von jenem, nicht von diesem Reden, wie insonderheit ex traditis Mevii zu sehen, wo er allezeit de arrestato homine seu persona arrestata redet, insonderheit da er *cit. c. 15. num. 49.* die Quæstion movirt: An sicut arrestum (personæ scil.) inducit regulariter litis pendentiam s. prævention em, cujus regulæ tamen plures in præcedentibus etiam tradidit limitationes) ita etiam efficiat rem arrestatam litigiosam? si scil. rei impositum?

9 Vors ander aber gesetzt, daß es auch de arresto, so nicht der Person, sondern den Sachen aufferlegt worden, zu verstehen, so wird wann der Arrest den Effect haben solle, erfordert, daß er rechtmäßig gesucht und erlanget worden.

Sic ubi enim arrestum reperitur injustum, utique ut nullum nullas habet vires, nec efficere potest, ut arrestatus teneatur in judicio, ubi illegitime s. injuste impositum est, super causa principali contendere, sed ostensa ejus iniquitate vel injustitia relaxari & partes ad forum competens remitti cebent. Regula enim illa: Quod nullum est, nullum quoque producere potest effectum, ad arresta etiam pertinet, eaque non legitime imposita censentur tanquam nulla, uti in terminis.

arg. l. 5. C. de legib. cum Vultejo *vol. 4. Cons. Marp. 36. n. 49. seq.* tradit. Mev. *p. 5. dec. 221. num. 5.* add. *dec. 111. & 112. ejusd. part.* ubi dubio carere ait, quod cujus bona tanquam debitoris arrestata sunt condictione ex L. Diffamari arrestantem ad suum forum trahere possit.

10 Nun hat Fr. Juliana Susanna gebohrne Imhoffin mit Recht kein Arrest auff Herrn Starcken Güter suchen und erlangen können, weil sie ihn als ihren Ehe-Herrn unaebührlich verlassen, und sich von demselben propria authoritate separirt, da sie billig consideriren sollen, daß der Ehestand eine von GOtt selbst geordnete unzertrenliche und unauflößliche Vereinigung eines Mannes und Weibes sey, zu dem Ende eingesetzt, daß sie die Zeit ihres Lebens beysammen in Lieb und Leid leben, und einander nehren und mehren helffen sollen, wodurch Mann und Weib so nahe und fest verknüpffet und verbunden werden, daß sie gleichsam ein Leib seyn.

vid. Scherzer. *System. Theol. Loc. 27. §. 17.* 11

Darum wie ein Mensch ohne Verletzung seines Wesens nicht kan getheilet werden, also auch Mann und Weib ohne Verletzung solcher von GOtt selbst gestiffteten unauflößlichen Vereinigung nicht getrennet werden möge, und wie niemand leicht etwas von seinem Fleisch absondert, es sey denn dergestalt beschaffen, daß er es ohne höchsten Nachtheil an seinem Leib nicht länger leiden kan, also auch Mann und Weib, welche Ein Fleisch seyn ohne erhebliche und dem Wesen des Ehestands zu widerlauffende von GOtt selbst gebilligte Ursachen nimmer separiret werden solle.

Ziegler. *ad Instit. Jur. Canon. lib. 2. tit. 12. §. 1. pag. 427.*

Um desto weniger, weil sie GOtt selbst zu- 12
sammen gefügt, was also GOtt selbst vermittelst seiner Heil. Ordnung zusamen gefügt, u. vermittelst ordentlicher Zusammen-Willigung Ein Fleisch werden lassen, soll der Mensch als eine GOttes des Höchsten Ordnung und Gebott unterworffene, und selbiger schuldige Folge zu leisten verbundene Creatur eigenmächtig ohne sondere von GOtt selbst im Neuen Testament gebilligte Ursachen nicht scheiden noch zweyen. Dahin auch die Natur und Eigenschafft der ehelichen Gesellschafft zielet, als damit es eine weit andere Beschaffenheit hat, dann mit andern menschlichen Societæten, sintemalen in deren keiner solche genaue Vereinigung u. Verbündniß, als in jener zu finden, denn wo und in welcher Gesellschafft hat ein Mitglied derselben jus in corpus alterius, wie in Conjugali societate maritus in uxoris & uxor in mariti Corpus jus reciprocum hat?

Valent. Alberti *in Compend. Jur. natur. p. 2. cap. 10. §. 18.*

Oder wo ist eine Gesellschafft, deren Mitglie- 13
der dermassen genau mit einander vereiniget, daß verschiedene Personen einen Leib constituiren, wie in der ehelichen Gesellschafft? so lang also in dieser nichts geschiehet, wodurch solche Vereinigung verletzet und sothaner Leib getheilet wird, welches bloß durch das Laster des Ehebruchs, und die bößliche Verlassung geschiehet, so lang soll diese Gesellschafft fest und unzertrennet stehen und bleiben.

Weil nun Fr. Juliana Susanna Imhoffin, 14
mit Hindansetzung der zu leisten so theur versprochenen Ehe-pflicht, durch bößliche Verlassung sich unbefugter Weyse propria authoritate selbst zu separiren gesucht, hat sie dadurch mehr eine Straffe, als den favorem meritirt, einen Arrest auff ihres gewesenen, und ohne erhebliche Ursach, und gemachte Hoffnung zur Wiederkehr, verlassenen Mannes Gütern zu erlangen.

Constat enim mulierem maritum malitiose deserentem, eoque causam divortio præbentem 1) dotem, quam accepit, amittere, eamque maritum lucrari, licet pactum de lucranda ea nullum intervenerit. 2) hoc ipso sese indignam reddere lucro nuptiali, & quam alias ex pacto vel consuetudine lucraretur, donationem propter nuptias vel totam vel pro parte amittere, eamque maritum itidem lucrari debere. 3) de reliquis ejus bonis quoque tantum marito deferri, quantum tertia pars dotis esse cognoscitur

Nov. 117. c. 8. B. D. Bardili *Diss. de divortio ex caus. desert. thes. 49. seqq.* ubi monet *th. 54.* tertiæ hujus partis lucrum hodie ubique fere in desuetudinem abiisse, duo priora vero hodienum adhuc obtinere. Mev. *p. 5. d. 135. 136.* de aliis pœnis partis deserentis vid. Dn. Stryck. *de Dissens. sponsalit. & malitios. desert. sect. 6. §. 45.*

Tantum ergo abest, in favorem uxoris maritum deserentis, & ad eum reverti nolentis arrestum decerni debere in bonis mariti deserti.

15 So hat auch 3) ex officio kein Arrest auff seine Güter in Nürnberg dieser Sache halber von Löbl. Obrigkeit der Stadt Nürnberg gelegt werden mögen, cum effectu inducendi prævention em Jdictionis Serenissimi Domini Marchionis Brandenburgici Baruthini, deren sich Hr. Starck, mit Auffkündung seines zu Nürnberg von seinen Voreltern ererbten, nie aber mit Abstattung der gewöhnlichen Burger-Pflichten bestättigten Burgerrechts, vorhin unterwüffig gemacht, nicht nur durch Annehmung und würckliche Besitzung eines Lehens in Jhrer Durchlauchtigkeit des Herrn Marggraffens zu Brandenburg Bareith Territorio gelegen, indem dergleichen Lehen-Leute Krafft deren Ao. 1626. und 1662. errichteten Recessen neben der Lehen- die gewöhnliche Landsässen-Pflicht, wie Herkommens, zugleich ablegen, mithin sich also Jhrer Durchl. Lands-Fürstl. Hohen Obrigkeit und Jurisdiction unterwerffen müssen, wo sie die Lehen von Jhro in ihrem Territorio besitzen wollen, so Herr Starck ohn allen Zweiffel wird gleichmäßig gethan haben, sondern auch noch ferner durch Annehmung würcklicher Ober-Ammtmanns-Dienste, deren intuitu ein jeder Fürstl. Beamter seines Fürsten Jurisdiction immediate unterworffen ist, und vor ihm oder seiner Cantzley, Hoff-Hericht oder Consistorio, Recht geben und nehmen muß.

l. 14. ibi: *quos Princeps evocavit. ff. de judic. junct. l. 3.* ibi: *ab observatione aliorum Tribunalium liberamus, ut in sublimitatis solummodo tuæ judicio propositas adversus se excipiant actiones. C. de Præpos. Sacr. Cubicul. l. 4.* ibi: *nisi ex judicio tantummodo Viri Excellentissimi Magistri Officiorum conveniri. C. de silentiar.* Myler. ab Ehrenbach. *in Hyparcholog. s. de officialib. Magistr. & Administr. c. 9. §. 1.*

Welcher Ursachen halber dann er Hr. Starck 16
indubitato sein forum bey Hochfürstl. Cantzley oder Consistorio zu Bareith sortirt und gehabt, folglich auch seine geweßte Ehefrau.
cum enim uxor sese perpetuo mariti consortio addixerit, & mariti habitationem obsequiose sequi teneatur, ex persona illius foro & dignitate ejus gaudet, juraque ejus sequitur.

l. fin. §. 3. ff. ad municip. l. 5. ff. de rit. nupt. l. fin. C. de incol.

munera etiam personalia non in loco originis suæ, sed in domicilio mariti obit.

l. un. C. de mulier. in quo loco. Carpz. *in Proc. tit. 3. art. 1. n. 53.* Richter. *p. 1. dec. 9. n. 1.*

Und weil er also, zumal nach auffgekünde- 17
tem Burgerrecht, in Nürnberg tanquam in foro rei sitæ, keiner andern Sachen halber, denn bloß seiner allda ligender Güter wegen actionibus realibus solum, non vero personalibus, nisi in rem scriptis, convenirt werden können, und Red und Antwort zu geben schuldig gewesen, all anderer Sachen halber aber, consequenter auch dieser Ehe-Sache wegen, sein forum bey Jhro Durchl. dem Herrn Marggraffen zu Brandenburg Bareith als seinem Lehen- und Lands-Herrn, in dessen würcklichen Diensten er zumahlen, schon damals und vorhin, folglich ex necessitate juris auch seine Ehefrau ex illius persona, gehabt, so hat zu Jhro Durchl. Præjuditz ihre in sothaner Ehe-Sach wohlfundirte Jurisdiction durch den sive ad Implorationem uxoris sive ex officio verhängten Arrest nulla ratione prævenirt, mithin die Sache von ihrem best gegründeten foro abgezogen werden mögen, per tradita

Mevii *p. 5. dec. 112.*

So wenig aber durch den decernirten Ar- 18
rest die Prævention inducirt worden ist, so wenig ist solches auch 4) durch das sub Num. 2. von Hrn. Starcken an die Obrigkeit zu Nürnberg abgelassene Schreiben geschehen, und mag daraus gantz im geringsten keine Prævention jurisdictionis vel litis pendentia (quatenus hæc in latiori sensu accipitur & ita cum illa promiscue sumitur, alias enim quatenus litis pendentia proprie accipitur differt à prævention e potissimum in eo, quod prævention per citationem, litis pendentia vero per litis contestationem demum inducatur.

vid. Frantzk. *ad tit. ff. de judic. n. 54.* Decker. *in Vindic. Blumii tit. de Jurisdict. Cameræ. 25. n. 46. seq.*)

Sub ullo Juris colore erzwungen werden, 19
denn er darinn nichts anders gesucht, als die Relaxation des unbefugter Weyse angelegten Arrest, und allein incidenter der von seinem Eheweib geschehenen Verlassung und in des Hrn. Marggraffen von Brandenburg Territorio begangenen Spolii gedacht, mit dem Anhang, er hoffe und bitte, es werde eine Löbl. Obrigkeit

zu

zu Nürnberg, weil sie sich in ihrem Gebieth zu Altdorff auffhalte, sie vermögen, daß sie wieder zu ihm kehre, und der Haußhaltung abwarte, wie einem ehrlichen Eheweibe gebühre, kan demnach daraus keine prævention vel litis pendentia erzwungen werden.

Constat namque & indubitatum est Præventionem vel litis pendentiam non induci per supplicationem Principi vel Præsidi Provinciæ oblatam, per firmata à

Carpzovio *p. 1. c. 7. d. 22. & in Proceſſ. tit. 9. art. 3. num. 21. ſeqq. ac lib. 2. Reſp. 50.* Berlich. *p. 2. dec. 232.* Brunnem. *ad l. 30. de judic. n. 19.* Barbosa *ad l. 7. ff. de judic. n. 45.* ubi expresse in terminis ait per præsentationem literarum non censeri præventam Jdictionem.

20 sed tantum per legitime decretam & insinuatam citationem ad comparendum & respondendum in causa, eandem induci, & quidem per hanc non aliter etiam, quam si citatio omnibus numeris perfecta, valida & efficax fuerit, habeatque illa sex requisita, quæ ponit

ex Guidone Papa *dec. 488.* Carpzov. *d. art. 3. n. 50.* Mynſ. *4. O. 26.* add. Zanger. *de except. part. 2. cap. 3. n. 14. 15. ſeq.* Barbosa *ad d. l. 7. de judic. n. 23. 32. 60.*

21 Weil nun in der Ehe-Sach zwischen Hrn. Starcken und seiner gewesenen Ehe-Liebsten wegen dieser bößlichen Verlassung und verweigerter Wiederkehrung zu Leistung der schuldigen Ehe-Pflicht vom Consistorio zu Nürnb. noch niemals einige formal Citation an Hrn. Starcken legitime ergangen und ihm insinuirt, sondern in der Signatur sub N. 3. ihm allein von einem Hoch-Edlen Rath bedeutet worden, daß er sich persönlich einfinden möchte, seines gehabten und auffgekündeten Burgerrechts und anderer noch ausständiger Schuldigkeiten halber Richtigkeit zu machen, so ist von keiner Prævention und litis pendentz in der zwischen ihm und seiner gewesenen Eheliebsten versirenden Ehe-Sach puncto divortii ex capite malitiosæ desertionis nicht das Geringste zu sagen oder zu gedencken.

Et tanto quidem minus, quo certius, magisque expeditum est apud omnes, quod prævention tantum possit quoad causam specialem, in qua emanavit citatio, & de qua principaliter actum, quæ hic fuit renunciatio Juris civitatis, & solutio census, qui ex consuetudine exigi solet ab iis, qui Jus civitatis mutant, die Nachsteur, non autem quoad causam distinctam & separatam, nam cum prævention procedat à citatione, & citatio restringatur ad causam in ea expressam

l. aut qui aliter. 5. pr. ff. quod vi aut clam.

non potest dici facta prævention, nisi in ea causa speciali pro qua facta fuit citatio.

Petr. Barbosa *ad l. 7. ff. de judic. num. 90. 91.*

Wann dann quoad hanc causam in punc- 22
to divortii ex capite malitiosæ desertionis ob nunquam in ea à Consistorio Norinbergensi legitime decretam & insinuatam citationem keine Prævention jemals induciret, so kan auch ea ex causa, daß selbige nicht attendirt werden, die vom Fürstl. Marggräffischen Bareithischen Consistorio ergangene Urtheil keiner Nullitæt arguiret werden, so weniger, als sich in allwege gebührt hätte, daß Hrn. Starcken gewesene Ehefrau von der Urtheil, worinn die von ihr opponirte exceptio prævention seu litis pendentis nicht wollen attendirt werden, sondern rejicirt und ohnnachtheilig zu seyn, vom Consistorio zu Bareith erkandt worden, intra decendium appellirt, quo omisso, selbige itzo vim rei judicatæ erlangt, quæ pro veritate habetur, & jus inter partes facit.

l. 15. de ſtat. hom. l. 207. de reg. jur. c. 13. c. 19. x. de re jud.

Nec facile quisquam contra rem judicatam auditur & audiendus est.

Imola *in cap. tenor. & in cap. lator. x. de re judic.*

Nec prætextu novorum Instrumentorum aut etiam Principis rescripto ea retractanda, cum illa pleniſſimum jus tribuat, quod nec Princeps ex plenitudine potestatis immutare vel auferre alicui potest.

l. causas. 16. C. de transact. l. ult. C. ſent. reſcind. non poſſ. Mev. *p. 2. dec. 293.* Brunnem. *ad l. 30. de judic. n. 5.*

Und wider diese unsere in Rechten steiff und 23
fest gegründete Decision vermögen nichts die Anfangs in contrarium angeführte Schein-Gründe, inmassen die erste von selbst gantz hinfällt und ihre völlige Abfertigung bekommt, aus dem, was decidendi rationibus ex jure von dem Arrest beygebracht; was aber die andere belangt, so ist ebenmäßig in decidendi ratione quarta gezeigt, daß durch Hrn. Starcken Schreiben sub Num. 2. die Jdictio nicht 24
vor præoccupirt gehalten werden könne, weil die prævention jurisdictionis nicht per præsentationem ejusmodi literarum, noch per talem supplicationem Principi vel alii Magistratui exhibitam inducirt werde, noch alius aliquis actus citationem antecedens dieselbe operire, sondern selbige zu induciren nothwendig eine formliche Citation ad comparendum & respondendum in illa causa, à cujus cognitione alius competens alioquin Judex per prævention vult excludi, erfordert werde, und dieselbe nicht nur rite & legitime decretirt, sondern auch würcklich der Parthey insinuirt, noch per haud factam comparitionem circumducirt sey, deßwegen weder dieses des Hrn. Starcken Schreiben, noch die drauff ihm zugekommene Signatur N. 3. als darinn er allein beruffen worden, daß er sich endlich und mündlich erkläre, ob er das Burgerrecht auffgeben wolle, und wann er drauff beharre, alsdann zugleich wegen der Nachsteur und andern Schuldigkeiten Richtigkeit mache, einige Præ-

vention in causa matrimoniali puncto divortii ex capite malitiosæ desertionis contra uxorem intentata, à causa renunciationis juris civitatis & solvendæ detractionis plane separata & distincta, nicht induciren
25 kan. Und hindert nicht, daß Hr. Starck in seinem Schreiben sich beklagt, daß seine Frau ihne ohne rechtmäßige Ursach verlassen, und sich absentirt. auch gebeten, sie dahin zu halten, daß sie wieder zu ihm kehre, und ihm beywohne, wie einem ehrlichen Ehegatten geziemet, denn solches incidenter geschehen, occasione der gebetenen Relaxation des, allem Ansehen nach, hauptsächlich wegen der prætendirten Nachsteur angelegten Arrests, den er vermeynt, daß er von seiner Frau und den Ihrigen gesucht und erlanget worden. und wanns gleich principaliter geschehen wäre, inducirte doch diese Supplicatio keine Prævention quoad actionem ad obtinendum divortium ex capite malitiosæ desertionis, weil diese Action von jener, da gebeten wird sie anzuhalten, daß sie wieder zu ihm gehe, und ihm beywohne, gantz unterschieden, u. nicht solche Connexitæt und Verwandschafft haben, daß weil die Obrigkeit zu Nürnb. die Frau nicht durch gebührliche Mittel compellirt u. angehalten, sich, wie ihr gebührt, wieder zu ihrem Mann zu verfügen und ihm beyzuwohnen, sondern sie bey ihrer Hartnäckigkeit verharret, und sich gewegert, wieder zu ihm zu gehen, und ihre Pflicht zu beobachten, er nicht befugt seyn sollte, in beharrlicher Verweigerung der vor dem Angesicht Christl. Kirchen so theur versprochenen schuldigen Beywohnung ad divortium in alio suo foro competente zu agiren, da zumalen er der Sache halber noch nie ad Consistorium Norinbergense citirt gewesen, und also die freye Hand und ungekränckte auch ohngeschmählerte Freyheit gehabt, dieselbe Action in suo foro zu instituiren, werden demnach die Jura connexorum hier impertinenter applicirt, und bleibt es nochmahlen bey der Rechtlichen Decision, daß hier die exceptio præventionis mit nichten cum effectu opponirt werden könne.

Belangend

Die andere Frage:

26 Ob bey angeführten Bewandniß des fürgeschützten Starckischen Burgerrechts zu Nürnberg, da er zum Uberfluß solches schon resignirt gehabt, auch nicht daselbst, sondern etliche Stunden davon auff seinen frey Adelichen Ansitz Reckenhoff sein häußliches Wesen geführt, ein Hoch-Edler Magistrat zu Nürnberg die Cognition in dieser Desertions-Sache mit Recht zu vindiciren?

So halten wir kürtzlich dafür, daß wann Herr Starck zu der Zeit, da ihne seine Frau verlassen, sein von seinen Voreltern ererbtes Burgerrecht zu Nürnberg schon aufgekündigt gehabt, das forum competens instituendæ actionis ad obtinendum divortium ex causa malitiosæ desertionis allein das Consistorium zu Bareith gewesen, zumalen da Hr. Starck auf seinem frey Adelichen Gut Reckenhoffen, so Hochfürstl. Brandenb. Bareithische Lehen, auch der Hohen Obrigkeit selbigen Hochfürstl. Hauses unterworffen, geboren und erzogen worden, darauff auch jederzeit gewohnet, u. sein häußliches Wesen geführt, in Nürnberg aber allein die von seinen Voreltern ererbte Güter u. Häuser besessen, nie aber bewohnet, sondern nur dann und wann hinein gekommen u. darnach gesehen. Hat er 27
aber zur Zeit ihrer böß'lichen Verlassung u. tempore movendæ actionis das Burgerrecht zu Nürnb. noch nicht rechtmäßig aufgekündigt gehabt, sondern es nur hernach gethan, so wäre so wohl zu Nürnberg als Bareith competens forum gewesen, und pure in seinem Hrn. Starcken Belieben und arbitrio gestanden, wo er die Action instituiren wollen, indem seine geweßte Frau ex ipsius persona das forum sortirt, wo ers gehabt, deßwegen ein Hoch-Edler Magistrat zu Nürnberg die Cognition in dieser Sache ihm vor Bareith, nulla ratione vindiciren können, sondern hätte vielmehr Bareith, weil er von Bareith nicht nur ein blosser Vasall, sondern zugleich Krafft der bey voriger Quæstion allegirten Recessen de Ao. 1626. und 1662. ein Landsäß, darinn einigen Vorzug, weil Hr. Starck zu Reckenhoffen unter Brandenburgisch Bareithischem Schutz Schirm u. Jdiction gebohren, erzogen, jederzeit häußlich gesessen und gewohnet, in Diensten würcklich engagiret, dazu das delictum malitiosæ desert. im Bareithischen Territorio begangen.

Welches wir also, salvo semper melius sentientium judicio, zu verlangter Rechtlichen Nachricht dienstlich nicht verhalten wollen. Actum in Colleg. nostro d. 27. Mart. 1712.

FACTI SPECIES.

1 Es ist der einen Facti Speciei ferner angehängt, daß weyland Hannß Starck vor mehr dann 200. Jahren um 6000. fl. Goldgulden bey Löbl. Stadt Nürnberg eine Gült von 200. Goldgulden erhandelt und darüber in seinem Testament folgender Massen disponirt:

„Nemlich und zum ersten so schicke ich die „zweyhundert Gulden Rheinisch ewigs Gelds, „die ich hier in der Lösungs-Stube zu Nürn„berg erkaufft habe zu dem Allmosen, daß ich „habe angefangen auff St. Michaels-Tage 2
„Ao. 1495. zu geben, fünffzig armen Perso„nen, ingleichen alle Wochen zehen Pfenning „und solch Allmosen soll alle Wochen in der „Behausung, da ich itzo einsitze, gegeben wer„den: Und darnach so schicke ich jedem son„derfiechen Menschen alle Jahr, so in der

Mar-

„Marter-Wochen herkommen, drey Ellen Fut-
„ter Leinwand oder ander Tuch, daß deme
„gleicht und wie man das halten solle mit den
„armen Leuten, findet man alles, eigentlich ge-
„schrieben in dem Allmosen-Büchlein darzu
„verordnet und wer solches ausgibt nach mei-
„nem Tod, NB. so der Starcken Nahmen
„nimmer ist, und vor einem Ehrbaren
„Rath darüber gesetzt wird, und solch
„Allmosen alle Wochen und alle Jahr aus-
„gibt, der solle für seine Mühe und Arbeit ha-
„ben zehen Gulden Rheinisch, die er dann von
„den obgeschriebenen zwey hundert Gulden
„Zins solle nehmen, und was übrig bleibt
„soll bey den zweyen Stadt Allmosen
„bleiben, und dem Allmosen zu gut an-
„gelegt werden, es sollen auch dieselben
„Pfleger, NB. die nach den Starcken
„kommen, alle Jahr Rechnung thun
„in der Lösungs-Stuben, von solchem
„Allmosen, gleich wie dann andere Pfleger
„Rechnung thun ꝛc.

3 Dieses Allmosen nun ist continua serie fast biß auf des jetzt noch lebenden Herrn Johann Septimii Starcken Administration also ausgerichtet worden, weil solches aber, nachdem zumal der Sündersiechen in der Marter-Wochen wenig mehr in die Stadt gekommen, die 200. Goldgulden jährlichen Zinses nicht exhauriret, so haben die Verwalter dieses Allmosens, so jedesmahl die ältisten Starcken gewesen, von dem Uberschuß andere Capitalia gemacht, und die Abnutzung für die studirende junge Starcken, auch sonst ad pias causas, jedoch mit freyer Hand angewendet: Es ist auch einige Jahr hero eine zimliche Summ, so wohl an der jährlichen Gült der 200. Goldgulden als andern Interessen unbezahlt geblieben, und entstehet daher die

Frage:

4 Weil von der gantzen Starckischen Familie Herr Joh. Septimius Starck allein noch übrig, ob nicht derselbe über erstgedachte von dem jährlichen Uberschuß gemachte Capitalia, wie auch über den dermaligen Ruckstand der unbezahlten Gülten und Interessen, wo nicht gar nach Willkühr, jedoch wenigstens ad pias causas, wie u. wohin er will zu disponiren Macht habe?

was hiebevor schon der Nürnbergischen Hrnn. Consulenten Meynung hievon gewesen, zeigt das Bedencken Num. 6. und wird nun darüber so wohl, als über die vorherige zwey Fragen ein wohl ausgeführtes unpartheyisches Responsum Juris gebeten.

5 Wir haben diese vorgelegte Frage separirt und unsere Rechtl. Gedancken darüb hier à part eröffnen wollen, weilen die beede andere proponirte Fragen ex justitia causæ zu des Herrn Consulenten faveur resolviret und beantwortet werden können, so bey gegenwärtiger Frage, unsers Erachtens, nicht geschehen kan. Denn es hat der Fundator dieser Stifftung weyland Hannß Starck seinen Nachkommen des Geschlechts der Starcken weiter nicht als die Administration und Dispensation der aus dem gestiffteten Capital jährl. fallenden Zinsen überlassen, sollte also die Familia der Starcken mit Hrn. Joh. Septimio Starcken abgehen, so hörte auch die Administratio zugleich mit auf, und ist auf den Fall, da der Starcken Namen nimmer seyn wird, von dem Fundatore der Stifftung einen Ehrbaren Rath der Stadt Nürnb. die Gewalt gegeben, Administratores der Stifftung zu constituiren und zu setzen, die Krafft seiner Disposition jährl. 10. fl. Rheinisch vor ihre Mühe haben, und alle Jahr in der Lösungs-Stuben Rechnung thun sollen ihrer führenden Administration, gleich wie andere Pfleger auch thun müssen. Ferner ist ausdrücklich von ihm versehen, daß wann was von den Zinsen übrig bleibt, 6
es bey den zweyen Stadt Allmosen bleiben, und dem Allmosen zu gut angelegt werden solle. Deßwegen wir keinesweges dafür halten können, daß Hr. Joh. Septimius Starck befugt seyn solle von dieser Stifftung, oder von den vom jährlichen Uberschuß neu gemachten Capitalien, welche als ein accessorium dem Principali folgen, u. mit denselben gleiche Natur, Art und Eigenschafft zu haben, geachtet werden, daß neml. die davon gefallende Zinsen ebenmäßig nirgends andershin, als ad pias causas in der Stadt Nürnb. oder deren Gebieth, es sey zu Kirchen, Schulen der Stadt, oder auff Stipendia vor Studirende bey dero Universität zu Altdorff, oder quoscunque alios pios usus, in der Stadt oder dero Gebieth, verwendet werden mögen, juxta communem illam Juris regulam: Accessorium sequitur naturam jusque sui Principalis

l. 8. C. de jur. dot. c. 42. de regul. jur. in 6. l. 26. §. 1. de pact. dotal.

oder auch von dem dermaligen Rückstand der unbezahlten Gülten u. Interessen auf einigerley Weyse zu Præjudiz der Armen oder der Allmosen und aliarum piarum causarum der Stadt Nürnb. zu disponiren, inmassen hochlöbl. Stadt Nürnb. ex Fundatoris primi dispositione ein jus quæsitum erlangt vor ihre Armen u. Allmosen, aliisq; piis caus. worauf es biß dato gewandt worden, so ihr also keines wegs von jemanden benommen oder entzogen werden kan. Würde man 7
gleich von den neu angelegten Capitalien, so von dem jährl. Uberschuß gemacht werden, oder von dem Ausstand der hinterstelligen Zinsen einige Verordnung machen, und disponiren, daß die Gülten u. Zinse von jenen, oder dieses noch ausstehende Interesse ausser der Stadt Nürnb. Territorio irgends anders wohin etiam ad pios usus verwendet werden sollte, sorgen wir, daß gedachte Stadt schwehrlich dazu würde gebracht werden können, daß sie die Zinsen hinaus zahlete.

arg. l. 24. & l. 49. C. de Episc. de Cleric.
ibi Brunnem. Struv. *Ex. 35. th. 4.*

Welches wir kürtzl. salvo cujusvis meliori suffragio, ebenmäßig zu verlangter rechtl. Nachricht anfügen wollen. Act. in Coll. d. 28. Mart. 1702.

CONSILIUM CXII.

IN

Puncto venditi feudi cum pacto de retrovendendo, ita, ut emptricis filio liceat feudum pro se **erblich anzunehmen.** Num ergo eo defuncto id etiam liceat heredibus ipsius adhuc facere?

SUMMARIA.

1. Sententia.
2. Pactum de retrovendendo quid?
3. Hoc interposito, emptor ad quid obligetur?
4. Ad quid venditor?
5. Quod si emptor subtrahat se restitutioni, quænam actio tum venditori competat?
6. An non utilis Rei vindicatio?
7. In dubio contractus & pacta potius pro realibus & ad heredes transitoriis habenda, quia iis quis non tantum sibi, sed & heredibus, suis prospicere censetur, tam de Jure Civili, quam Feudali.
8. An Jure Civili pariter ac Jure Feudali sub nomine filiorum etiam nepotes comprehendantur?
9. De contractu pignoratitio cum pacto antichretico usurario, sub nomine emptionis venditionis cum pacto de retrovendendo inito.
10. Ad pactum sit personale, an vero reale, non tam ex verbis, quam ex mente paciscentium æstimandum, ejusq; personalitas etiam ex objecto, circa quod versatur, tacite potest colligi.
11. Grotii distinctio in hac materia inter pacta favorabilia & odiosa.
12. Nihil acerbius & magis lugubre, quam prædium, in quo defecit Pater, minor crevit, ad extraneas manus pervenisse, majorumque imagines aut non fixas aut revulsas videre. sec. L. 22. C. de admin. tut.
13. Communis Dd. sententia, in contractibus appellatione filiorum nepotes reg. non contineri.
14. Quamvis alias, ubi id suadet æquitatis ratio, & loquentis voluntas, per benignam interpretationem extensivam nepotes quoque sub nomine filiorum comprehendi soleant.
15. Filii & agnati, qui in alienationem feudi aviti, & si cum consensu Domini factum, non consensere, feudum illud revocari possunt, & quidem non solum jure retractus, refuso pretio ab emptore soluto, sed etiam jure delatæ successionis sine refusione pretii.
16. Quidam Dd. filiis jus, feudum a patre alienatum revocandi, Inprimis jure delatæ successionis denegant.
Quæ Negativa in Saxoniæ Electoratu expresse confirmata. ibid.
17. seq. Affirmativa tamen, quod filiis non minus, quam ceteris agnatis, hoc jus competat, communiter recepta, quæ probatur, & confirmatur.
19. In arbitrio est Domini Directi, ad quodnam tempus, & quousque in alienationem feudi consentire, consensumve prolongare velit.

Urtheil.

1 IN Appellations-Sachen Ernst Ludwigs von Borgstorff Commissarii des Lebbusischen Crayses, als Vormund Georg Ernsts u. Ludolphs Ehrenreichs, Gebrüdere von Kahlenberg, wie auch Joachim Friedrichs von Borgstorff, als litis Curatoris Sabinä Tugendreich von Burgstorff Wittwen von Kahlenberge, Klägern und Appellanten eines, entgegen und wider seel. Jobst Sigmunds von Beerfelden Lehens-Folgern Caspar Sigmund von Beerfelden, mit Assistentz dessen Vormunds Christian Ludwig von Rohr auf Wilmerstorff Bekl. u. Appellanten andern Theils, erkennen und sprechen von GOttes Gnaden wir Friedrich König in Preussen, Marggraff zu Brandenburg, des H. Röm. Reichs Ertz-Cämmerer und Churfürst ꝛc. allem Gerichtl. Fürbringen nach, auf eingehohlten Rath auswärtiger unpartheyischen Rechtsgelehrten, mit Urtheil zu Recht, daß in voriger Instantz mit ausgesprochener Urthel wohl geurtheilet, übel davon appellirt worden, und in der Hauptsach es nochmal sein Bewenden dabey haben solle, daß der Klägere u. Appellanten unmündige zwar bey den durch den erhaltenen Churfürstl. Consens prorogirten Wiederkauffs Jahren zu lassen, mit der gesuchten Belehnung aber gestalten Sachen nach abzuweisen, und die hin und wieder auffgewandte Unkosten aus Bewegniß gegen einander compensirt und verglichen seyn sollen.

Daß diese Urtheil denen Rechten u. der Sachen Beschaffenheit gemäß, urkunden und bekennen wir Decanus und andere Doctores der Juris. Facult. bey gemeiner Fürstl. Würt. Univ. Tüb. unter beygedruckten unser Facult. gewöhnl. Insiegel. Act. in Colleg. d. 10. Apr. 1702.

RATIO-

RATIONES DECIDENDI.

DJe Ursachen, so uns in der Appellations-Sach zwischen Herrn Ernst Ludwig von Borgstorff in Vormundschafft, Namen Georg Ernsts und Ludolph Ehrenreichs Gebrüder von Kahlenberg wie auch Hr. Joachim Friedrich als Litis Curatore Fr. Sabina Tugendreich von Borgstorff, Wittwe von Kahlenberge, A. und Nt. an einem; Sodann Jobst Sigmund von Beerfelde Lehens-Folger, Caspar Sigmund von Beerfelde, cum Curatore Hrn. Christian Ludwig von Rohr, auf Wilmerstorff, R. T ten am andern Theil also zu sprechen, und sententiam primæ Instantiæ zu confirmiren bewogen, bestehen kürtzlich darin:

Daß zwischen Kläger und Appellanten Groß-Mutter, weyland Fr. Tugendreich von Borgstorff, Hanß Georg von Kahlenberg Wittwen, und Curth Caspar von Beerfelde, ein solcher Wiederkauffs-Contract geschlossen worden, daß besagter Curt Caspar von Beerfelde für sich seine Lehens-Folger Erben und Erbnehmern sein Antheil Guts in Geilsdorff, Quilitz und Quappendorff cum pertinentiis erwehnter Frau Tugendreich von Borgstorff, Hanß Georg von Kahlenberg Wittwen, dero Erben und Erbnehmen, auf 30 Jahr wiederkäufflich vor u. um 6500 Rthlr.
2 überlassen, so daß, wann zu Ende der verflossenen Wiederkauffs-Jahren die Reluitio nicht geschehen sollte, der Contract allemahl von 30 Jahren zu 30 Jahren continuiren solle, noch die Käufferin schuldig seyn, die Güter nach verflossenen Wiederkauffs-Jahren zu raumen, biß ihnen die Wiederkauffs-Summ der 6500 Rthlr. samt allen aufgewandten Meliorations-Kosten an guten Reichsthalern baar bezahlet werden.

Quod pactum de retrovendendo emptioni venditioni adjectum eo tendit, ut emptor rem emptam venditori pretium justo tempore restituenti iterum vendat & restituat

l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit.

Cum nihil sit aliud, quam conventio inter emptorem & venditorem inita, ad hoc, ut res vendita venditori ejus pretium justo tempore offerenti iterum vendatur & restituatur, Effectusque ejus consistat in reciproca obligatione ad restitutionem rei atque pretii.
3 Emptor enim ejusque hæres vi hujus pacti obligatur ad revenditionem & restitutionem rei, oblato ac restituto a venditore justo tempore pretio, & si quidem rem in potestate sua habet, pactumque certum pretium contineat, præcise eam tradere ac restituere tenetur, nec interesse solvendo liberatur

l. 68. ff. de rei vindic. l. 25. §. 1. ff. de contrah. empt. l. 75. §. fin. ff. de verb. oblig. Franzk. *ad tit. ff. de act. empt. vend. n. 69. seq.* Carpzov. *p. 2. c. 1. d. 15.* Arum. *lib. 1. dec. 13.*

Venditor vero rem recuperaturus emptori
4 pretium, quod ipse numeravit re sibi tradita, cum melioratione bus, determinato tempore, offerre ac restituere tenetur. Quod si vero emptor subtrahat se restitutioni ut jure dominii eandem rem longius retineat, tunc competit venditori jus persequendi in judicio, quod sibi ex hoc pacto debetur, ad quod
5 obtinendum ipsi datur actio venditi pacto adjecto formata, uti hoc ipsum confirmat Imperator Alexander

in l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.

dicens: Si te parato satisfacere conditioni dictæ, heres emptoris non paret, ut contractus fides servetur actio ex vendito tibi dabitur. *junct. l. 7. §. 5. ff. de pactis.* ubi Pactum adjectum ipsam contractus actionem formare dicitur, ut scil. non tantum competat ad id, quod ex ipso contractu debetur, sed & ad id, quod pacto in continenti contractui adjecto convenit, quippe quod pro parte contractus habetur.

Et merito explosa est in Augustissimo Judi- 6
cio Cameræ Imperialis sententia Pauli de Castro opinantis

in l. si rem. ff. de pignor. act.

ex pacto ejusmodi utilem competere rei vindicationem.

Mynf. *6. O. 69. n. 6.* Hahn ad Wesenbec. *de pignor. & hypothec. n. 5.*

Und obwohl dem Widerkauffs-Contract expresse die Clausul inserirt, daß da der Fr. Käufferin Sohn in wehrenden Wiederkaufs-Jahren, i. e. inner den ersten 30 Jahren die Güter nach Lehens-Art erblich annehmen wollte, ihme solches 7
bester massen frey stehen solle, und dahero von Beklagten und Appellaten will souteniret werden, daß weil die Contractus und Pacta in dubio allezeit pro realibus ad heredes transitoriis zu halten,

cum regulariter quilibet non tantum sibi, sed & heredibus suis prospicere voluisse præsumatur tam Jure Civili, quam Feudali

l. 9. ff. de probat. c. un. 2. F. 18.

ungeachtet daß der Fr. Käufferin Sohn gestorben und sich expresse nicht erkläret, daß er die Güter erblich annehmen wollen, dennoch selbiges zu thun seinen hinterlassenen unmündigen Kindern itziger Klägern und Appellanten Curandis ebenmäßig frey stehe, und optimo maximo jure erlaubt sey, um so mehr, als nicht nur de Jure 8
Civili, sondern auch de Jure Feudali sub nomine filiorum etiam, Nepotes comprehendirt zu seyn erachtet werden.

l. 84. l. 201. l. 220. ff. de verbor. signif. l. 59. de rit. nupt. l. 2. §. 28. ff. ad SCt. Tertyl. l. F. 8. pr. 2. F. 11. Fachin. *lib. 7. controv. cap. 75.* Rosenthal *Synopf. Feud. cap. 7. concl. 15. n. 9.* Struv. *Cap. 9. aph. 8. n. 16.*

Dessentwegen der Fr. Käufferin Enckelin von ihrem Sohn Vormündere sich aufs äusserste bemühet die Güter quæstionis auf ihre Unmündige erblich zu bringen, und des Verkäuffers Söhne und Agnaten vom bedungenen Wie-

derkauff und Einlösung der wiederkäufflichen Lehen-Güter gäntzlich zu verdringen; So haben wir doch solches keines wegs vor recht und billig halten können, daß Beklagte und Appellaten von ihren Alt-Vätterlichen Stamm-Lehen Einlösung und bedungenem Wiederkauff verstossen und verdrungen werden sollten, sondern vielmehr erachtet, daß, weil die berührte Clausul naturæ initi negotii des widerkäufflichen Contracts einiger massen zu wider ist, und ex præcedente contractu mutui deinde in emptionem venditionem cum pacto de retrovendendo converso ex modicitate pretii, ex licentia redimendi ad certa tempora sic restricta ex nunquam petita, & impetrata investiturâ, und andern Umständen nicht geringe Suspicion wider den Contract entstehet, daß revera nichts anders als ein Contractus pignoratitius cum pacto, antichretico eingangen, und mit dem gebrauchten Namen des geschlossenen wiederkäufflichen Contracts die labes usurariæ pravitatis bedeckt worden, argumento eorum, quæ tradit

Franc. Zoanneltus *de empt. vendit. sub pact. retrovendit. num. 61.* Berlich. *p. 2. concl. 1. n. 21. 22. 31. 35. 44. 58.*

sothane odiose Clausul vielmehr strictè, wie sie lautet, von der Fr. Käufferin Sohne zu nehmen, und dahin zu restringiren, daß Fr. Käufferin Sohn, Georg Ehrentreich von Kahlenberg allein, und zwar inner den ersten 30 Wiederkauffs-Jahren, *arg. l. 89. §. 1. de verb. signif.* die wiederkäuffliche Güter nach Lehens-Art erblich anzunehmen frey gegeben, weder dessen Erben aber, noch sonst jemand, zu mahl nach verflossenen ersten Wiederkauffs-Jahren, gemeldte Güter auf solche Weyse an sich zu ziehen, indulgirt worden; als dahin zu extendiren, daß nicht minder des Sohns Kinder und Erben vi dictæ clausulæ befugt seyn sollten, erstgedachte wiederkäufliche Lehen-Güter erblich anzunehmen, pro modico illo pretio beständig zu behalten, und des nothgedrungenen Verkäuffers, der gezwungen worden sub pacto de retrovendendo seine Alt-Vätterliche Lehen auf so lange Zeit unter so harten Conditionibus wiederkäufflich mit allen Nutzungen um so ein geringes pretium zu überlassen, Söhne und Agnaten, als rechtmäßige Lehens-Folgere, von ihren angestammten Alt-Vätterlichen Lehen gäntzlich in perpetuum zu verdringen, und also das Pactum quoad illam clausulam eher pro personali, als pro reali zu achten.

Nam etsi verum sit, quod regulariter quodvis Pactum pro reali habeatur, & ad heredes ac successores transeat, sive horum mentio facta, seu minus, proinde ut pactum fiat personale, clarius exprimendum esse videatur: Attamen, cum utrum pactum sit personale, an reale, non tam ex verbis, quam ex mente paciscentium sit æstimandum

l. 7. §. 8. ff. de pact. Modistin. Pistor. *vol. 2. Cons. 21. n. 49.*

nil obstat, quo minus personalitas pacti & ex objecto, circa quod pactum versatur, tacite colligatur, ut in simili ita colligit

Menoch. *Lib. 3. præs. 47. n. 11. seqq.*

Hinc Hugo Grotius *de Jur. belli & Pac.* 11
lib. 2. cap. 16. n. 16. distinguit inter Pacta favorabilia & odiosa, ac si alias pares utrinque sint conjecturæ, non inconveniens esse censet, ut favorabilia credantur esse realia, odiosa vero personalia.

Nun ist diese Clausul des geschlossenen wiederkäufflichen Contracts, die der Fr. Käufferin Sohn Macht gibt die Güter erblich anzunehmen, gar odios, denn das objectum sind Alt-Vätterliche Stammlehen, welche weyland Curt Caspar von Beerfeld der Fr. Tugendreich 12
von Borgstorff seel. Hanß Georg von Kahlenberg Wittwen, nothgedrungen und gezwungen, wegen eines vorhin von ihr auffgenommenen Capitals a 3000 Rthlr. und draus schuldigen Zinsen a 2300 Rthlr. wiederkäufflich überlassen, und in die inserirte Clausul daß wann es der Fr. Käufferin Sohne inner den ersten Wiederkauffs-Jahren belieben sollte die Güter nach Lehens-Art erblich anzunehmen, solches ihm frey stehen sollte, nolens volens einwilligen müssen, weil aber durch selbige die rechtmäßige Lehens-Successores von ihren angestamten Alt-Vätterlichen Lehen-Gütern wider Willen verdrungen werden, kan dieselbe anders nicht denn vor höchst-odios gehalten und angesehen werden, gestalten bekandt, daß dergleichen Alt-Vätterliche Stamm-Lehen und Geschlechts-Güter gar ungern gäntzlichen alienirt und abandonirt werden.

cum nihil acerbius & magis lugubre sit, quam prædium in quo defecit Pater, minor crevit, extraneas manus pervenisse, majorumque imagines aut non fixas aut revulsas videre

l. 22. C. de admin. tut. junct. l. 35 ff. de min.

daher vernünfftiger Weyse kein andere rechtliche Muthmassung vom Verkäuffer gefaßt werden kan, als daß er einig und allein der Fr. Käufferin Sohn, von dem das Pactum redt, die Freyheit sothaner Güter erblich anzunehmen eingestehen wollen, wann er sich inner der determinirten Zeit erklären würde, und keines wegs præsumirt werden mag, daß er auch des Sohns Kindern und Erben noch nach Verfliessung der determinirten Zeit solche Macht und Freyheit einraumen wollen, denn diese Præsumptio repugnirt der angebohrnen natürlichen Affection, die Verkäuffer zu seinen Alt-Vätterlichen Stamm-Lehen und Gütern getragen, repugnirt des Verkäuffers Inclination und Willen die Güter bey der Familia, so lang müglich, zu erhalten, die er damit gnugsam zu erkennen geben, daß er sie nicht schlechter Dinge in perpetuum alieniret, sondern nolens volens allein ad tempus wiederkäufflich überlassen, und ihm wie auch seinen Erben und Lehens-Folgern die Einlösung derselben bedungen; noch dannenhero zugegeben werden kan, daß hier in der öffters berührten Clausul nomine filii auch die Nepotes

ex

13 ex eo comprehendirt ſeyn, ſo weniger, als auch ohne dem ſonſt communis Dd. ſententia dahin gehet, quod in contractibus appellatione filiorum nepotes regulariter non contineantur, uti opinionem hanc pluribus authoritatibus firmat

Gabriel. *commun. opin. lib. 6. tit. de verbor. ſignif. concl. 1. n. 61.* Roſenthal *Synopſ. Fur. Feud. lib. 7. concl. 15. n. 8. gl. 1.*

14 etſi alias in favorabilibus, ubi id æquitatis ratio & loquentis voluntas ſuadet, per benignam Interpretationem extenſivam ſub filiorum appellatione nepotes quoque comprehendi ſoleant.

Vinn. & alii *ad §. fin. Inſt. qui teſtam. tut. Fur. poſſ.*

Wann dann der Fr. Käufferin Sohn ſich inner den beſtimten erſten 30. Wiederkauffs-Jahren der ihm concedirten Freyheit die Güter quæſtionis erblich anzunehmen nicht gebraucht, iſt cum perſona & elapſo tempore dieſelbe Freyheit nunmehro erloſchen, u. können ſich deſſen Erben nach ſolch verfloſſenen Jahren itzo deren nimmer bedienen und prævaliren, ſondern müſſen Verkäuffers Erben und Lehens-Folgern die nach des Verkäuffers Curt Caſpar von Beerfeld Todt damit belehnet und inveſtiret ſeyn, auch præſtanda præſtirt haben, zu ſeiner Zeit die Wiederloſung ihrer Alt-Vätterlichen Stamm-Lehen geſtatten, derentwegen Zweiffels ohne in prima Inſtantia die Urtheil dahin ergangen, daß zwar der Klägere und itziger Appellanten Unmündige bey den durch wieder erhaltenen Churfürſtl. Conſens prorogirten Wiederkauffs-Jahren zu laſſen, aber mit der geſuchten Belehnung geſtalten Sachen nach abzuweiſen,

15 welche Urtheil tanquam æquiſſimum wir deren Urſachen zu confirmiren ſo weniger angeſtanden als ohne dem Jure communi Feudali nach gemeinem Schluß der Rechts-Lehrer, ſo wohl die Söhne, als Agnaten, ſo nicht conſentiret haben, daß dem Lehemann mit Conſens und Einwilligung des Lehnherrn völlig verkauffte Alt-Vätterlich Lehen zu revociren berechtiget ſeyn, non ſolum jure retractus, refuſo pretio ab emptore ſoluto, ſed etiam jure delatæ ſucceſſionis, ſine refuſione pretii quod jus revocandi feudum paternum cum domini conſenſu alienatum ex duplici illa cauſa, pluribus explicat

Gothofred. Anton. *Diſp. Feud. 10. th. 1. ſeqq.* Struv. *cap. 13. th. 15. ſeqq.*

16 Et quamvis filiis jus feudum a Patre alienatum revocandi, inprimis jure delatæ ſucceſſionis, denegent

Hartm. Piſtor. *lib. 2. q. 13.* Vultej. *lib. 1. cap. 11. n. 88.* Struv. *d. c. 13. th. 16. n. 6.* Bitſch. *ad tx. 2. F. 26. §. Titius. p. 443.* Suev. *Ex. 10. aſſert. 10. §. 6.*

atque hæc negativa in Electoratu Saxon. expreſſe confirmata ſit ordinatione Torgavienſi de Anno 1583.

Struv. *d. l. n. 7.*

Affirmativa tamen ſententia, quod nim. & filii feuda per Patrem alienata non minus quam agnati, etſi heredes quoque ſint, modo ſint tales cum beneficio Inventarii, revocare poſſint, communiter eſt recepta quam late propugnant per textus & rationes deductas 17

Carol. a Kirchberg *tr. de feud. expact. & provid. cap. 5. n. 62. ſeqq.* Carpzov. *p. 2. c. 48. d. 9. n. 1. & def. 11. per. tot. ac lib. 6. Reſp. 116. n. 1. ſeqq.* Roſenthal *cap. 9. concl. 67. n. 2. concl. 71. n. 4. & concl. 88. n. 7.* Obrecht *de feud. lib. 4. c. 9. n. 44. ſeqq.* Rudinger. *l. 2. contr. q. 40. ſeq.* Jul. Clar. *§. feudum. qu. 42.*

Ab eaque neutiquam recedendum eſſe monet

Carpzov. *d. p. 2. c. 48. d. 11. n. 2.*

& illam ubique locorum in judiciis eſſe recep- 18 tam & approbatam dicit

Berlich. *p. 2. concl. 57. n. 85.*

ac negativam ſuam parum authoritatis in judiciis habere ipſe fatetur

Hartm. Piſtor. *d. q. 13. n. 76. circa fin.*

Obtenirt nun diß und gaudiren die Söhne und Agnaten des Rechts, daß ſie das mit Conſens des Lehenherrn zu ihrem Præjudiz gäntzlich und völlig vereuſſerte Lehen, vi juris ex prima inveſtitura quæſiti, redimiren und revociren können, wann ihnen von dem alienatore gleich keine Loſung vorbehalten worden; wie viel mehr iſt recht und billig, daß ihnen die von Verkäuffer ſelbſt anbedungene Wiederloſung des bloß wiederkäufflich auf einige Zeit überlaſſenen Alt-Vätterlichen Lehens ungekränckt und ungeſchmählert bleibe, noch ſie wider alle Billichkeit ohn ihr Verſchulden davon gedrungen und vertrieben werden, zumahl da die mit gewiſſer Maß und Beding erlaubte erbliche Annehmung der Lehen, weder von der Perſon, deren ſie vergönnet, noch in der Zeit, da ſie geſchehen ſollen, erfolget und zu Werck gerichtet, noch jemahls über die wiederkäufflich überlaſſene Lehnſtücken einige Inveſtitur ausgewürckt und erlanat worden, beſage Actorum, hergegen des Verkäuffers Curt Caſpars von Beerfeld Sohn Jobſt Sigmund von Beerfeld nach des Vatters Tode damit belehnet und inveſtiret worden, zu Erhaltung ſeines angeſtamten Rechts. Fällt alſo damithin 19 gäntzlich der Appellanten erſtes Gravamen, das andere Gravamen, da ſie ſich beſchweren, daß der Conſenſus Domini nur auf 20 Jahr prorogiret worden, da es doch billig auf 30 Jahr geſchehen ſollen, und deßwegen eine Declaration gebeten, hat eben wenig Grund, weil es pure in des Domini Directi arbitrio ſtehet, wie weit und auf wie viel Jahr lang er ſeinen Conſens geben und prolongiren will, darin ihm kein Maß noch Ziel fürgeſchrieben werden mag.

vid. Carpzov. *r. 2. c. 23. d. 24.* Richter *de Privileg. cred. cap. 4. ſect. 2. n. 5.* Nov. Dec. Elect. Saxon. *31.* ibique Joh. Philippi *Obſ. 1. 2.* Vultej. *l. 1. c. 10. n. 110.*

Iſt ihm alſo darinn ſein freyer Wille billig zu

derkauff und Einlösung der wiederkäufflichen Lehen-Güter gäntzlich zu verdringen; So haben wir doch solches keines wegs vor recht und billig halten können, daß Beklagte und Appellaten von ihren Alt-Vätterlichen Stamm-Lehen Einlösung und bedungenem Wiederkauff verstossen und verdrungen werden sollten, sondern vielmehr erachtet, daß, weil die berührte Clausul naturæ initi negotii des widerkäufflichen Contracts einiger massen zu wider ist, und ex præcedente contractu mutui deinde in emptionem venditionem cum pacto de retrovendendo conversо ex modicitate pretii, ex licentia redimendi ad certa tempora sic restricta ex nunquam petita, & impetrata investiturâ, und andern Umständen nicht geringe Suspicion wider den Contract entstehet, daß revera nichts anders als ein Contractus pignoratitius cum pacto, antichretico eingangen, und mit dem gebrauchten Namen des geschlossenen wiederkäufflichen Contracts die labes usurariæ pravitatis bedeckt worden, argumento eorum, quæ tradit

Franc. Zoanneltus *de empt. vendit. sub pact. retrovendit. num. 61.* Berlich. *p. 2. concl. 1. n. 21. 22. 31. 35. 44. 58.*

sothane odiose Clausul vielmehr strictè, wie sie lautet, von der Fr. Käufferin Sohne zu nehmen, und dahin zu restringiren, daß Fr.
10 Käufferin Sohn, Georg Ehrentreich von Kahlenberg allein, und zwar inner den ersten 30 Wiederkauffs-Jahren, *arg. l. 89. §. 1. de verb. signif.* die wiederkäuffliche Güter nach Lehens-Art erblich anzunehmen frey gegeben, weder dessen Erben aber, noch sonst jemand, zu mahl nach verflossenen ersten Wiederkauffs-Jahren, gemeldte Güter auf solche Weyse an sich zu ziehen, indulgirt worden; als dahin zu extendiren, daß nicht minder des Sohns Kinder und Erben vi dictæ clausulæ befugt seyn sollten, erstgedachte wiederkäufliche Lehen-Güter erblich anzunehmen, pro modico illo pretio beständig zu behalten, und des nothgedrungenen Verkäuffers, der gezwungen worden sub pacto de retrovendendo seine Alt-Vätterliche Lehen auf so lange Zeit unter so harten Conditionibus wiederkäufflich mit allen Nutzungen um so ein geringes pretium zu überlassen, Söhne und Agnaten, als rechtmäßige Lehens-Folgere, von ihren angestammten Alt-Vätterlichen Lehen gäntzlich in perpetuum zu verdringen, und also das Pactum quoad illam clausulam eher pro personali, als pro reali zu achten.

Nam etsi verum sit, quod regulariter quodvis Pactum pro reali habeatur, & ad heredes ac successores transeat, sive horum mentio facta, seu minus, proinde ut pactum fiat personale, clarius exprimendum esse videatur: Attamen, cum utrum pactum sit personale, an reale, non tam ex verbis, quam ex mente paciscentium sit æstimandum

l. 7. §. 8. ff. de pact. Modistin. Pistor. *vol. 2. Cons. 21. n. 49.* nil obstat, quo minus personalitas pacti & ex objecto, circa quod pactum versatur, tacite colligatur, ut in simili ita colligit

Menoch. *Lib. 3. præs. 47. n. 11. seqq.*

Hinc Hugo Grotius *de Jur. belli & Pac.* 11
lib. 2. cap. 16. n. 16. distinguit inter Pacta favorabilia & odiosa, ac si alias pares utrinque sint conjecturæ, non inconveniens esse censet, ut favorabilia credantur esse realia, odiosa vero personalia.

Nun ist diese Clausul des geschlossenen wiederkäufflichen Contracts, die der Fr. Käufferin Sohn Macht gibt die Güter erblich anzunehmen, gar odios, denn das objectum sind Alt-Vätterliche Stammlehen, welche weyland Curt Caspar von Beerfeld der Fr. Tugendreich 12
von Borgstorff seel. Hanß Georg von Kahlenberg Wittwen, nothgedrungen und gezwungen, wegen eines vorhin von ihr auffgenommenen Capitals a 3000 Rthlr. und draus schuldigen Zinsen a 2300 Rthlr. wiederkäufflich überlassen, und in die inserirte Clausul daß wann es der Fr. Käufferin Sohne inner den ersten Wiederkauffs-Jahren belieben sollte die Güter nach Lehens-Art erblich anzunehmen, solches ihm frey stehen sollte, nolens volens einwilligen müssen, weil aber durch selbige die rechtmäßige Lehens-Successores von ihren angestamten Alt-Vätterlichen Lehen-Gütern wider Willen verdrungen werden, kan dieselbe anders nicht denn vor höchst-odios gehalten und angesehen werden, gestalten bekandt, daß dergleichen Alt-Vätterliche Stamm-Lehen und Geschlechts-Güter gar ungern gäntzlichen alienirt und abandonirt werden.

cum nihil acerbius & magis lugubre sit, quam prædium in quo defecit Pater, minor crevit, extraneas manus pervenisse, majorumque imagines aut non fixas aut revulsas videre

l. 22. C. de admin. tut. junct. l. 35 ff. de min.

daher vernünfftiger Weyse kein andere rechtliche Muthmassung vom Verkäuffer gefaßt werden kan, als daß er einig und allein der Fr. Käufferin Sohn, von dem das Pactum redt, die Freyheit sothaner Güter erblich anzunehmen eingestehen wollen, wann er sich inner der determinirten Zeit erklären würde, und keines wegs præsumirt werden mag, daß er auch des Sohns Kindern und Erben noch nach Verfliessung der determinirten Zeit solche Macht und Freyheit einraumen wollen, denn diese Præsumptio repugnirt der angebohrnen natürlichen Affection, die Verkäuffer zu seinen Alt-Vätterlichen Stamm-Lehen und Gütern getragen, repugnirt des Verkäuffers Inclination und Willen die Güter bey der Familia, so lang müglich, zu erhalten, die er damit gnugsam zu erkennen geben, daß er sie nicht schlechter Dinge in perpetuum alieniret, sondern nolens volens allein ad tempus wiederkäufflich überlassen, und ihm wie auch seinen Erben und Lehens-Folgern die Einlösung derselben bedungen; noch dannenhero zugegeben werden kan, daß hier in der öffters berührten Clausul nomine filii auch die Nepotes

ex

13 ex eo comprehendirt seyn, so weniger, als auch ohne dem sonst communis Dd. sententia dahin gehet, quod in contractibus appellatione filiorum nepotes regulariter non contineantur, uti opinionem hanc pluribus authoritatibus firmat

Gabriel. *commun. opin. lib. 6. tit. de verbor. signif. concl. 1. n. 61.* Rosenthal *Synops. Jur. Feud. lib. 7. concl. 15. n. 8. gl. 1.*

14 etsi alias in favorabilibus, ubi id æquitatis ratio & loquentis voluntas suadet, per benignam Interpretationem extensivam sub filiorum appellatione nepotes quoque comprehendi soleant.

Vinn. & alii *ad §. fin. Inst. qui testam. tut. Jur. poss.*

Wann dann der Fr. Käufferin Sohn sich inner den bestimten ersten 30. Wiederkauffs-Jahren der ihm concedirten Freyheit die Güter quæstionis erblich anzunehmen nicht gebraucht, ist cum persona & elapso tempore dieselbe Freyheit nunmehro erloschen, u. können sich dessen Erben nach solch verflossenen Jahren itzo deren nimmer bedienen und prævaliren, sondern müssen Verkäuffers Erben und Lehens-Folgern die nach des Verkäuffers Curt Caspar von Beerfeld Todt damit belehnet und investiret seyn, auch præstanda præstirt haben, zu seiner Zeit die Wiederlosung ihrer Alt-Vätterlichen Stamm-Lehen gestatten, derentwegen Zweiffels ohne in prima Instantia die Urtheil dahin ergangen, daß zwar der Klägere und itziger Appellanten Unmündige bey den durch wieder erhaltenen Churfürstl. Consens prorogirten Wiederkauffs-Jahren zu lassen, aber mit der gesuchten Belehnung gestalten Sachen nach abzuweisen,

15 welche Urtheil tanquam æquissimum wir deren Ursachen zu confirmiren so weniger angestanden als ohne dem Jure communi Feudali nach gemeinem Schluß der Rechts-Lehrer, so wohl die Söhne, als Agnaten, so nicht consentiret haben, daß dem Lehemann mit Consens und Einwilligung des Lehnherrn völlig verkauffte Alt-Vätterlich Lehen zu revociren berechtiget seyn, non solum jure retractus, refuso pretio ab emptore soluto, sed etiam jure delatæ successionis, sine refusione pretii quod jus revocandi feudum paternum cum domini consensu alienatum ex duplici illa causa, pluribus explicat

Gothofred. Anton. *Disp. Feud. 10. th. 1. seqq.* Struv. *cap. 13. th. 15. seqq.*

16 Et quamvis filiis jus feudum a Patre alienatum revocandi, inprimis jure delatæ successionis, denegent

Hartm. Pistor. *lib. 2. q. 13.* Vultej. *lib. 1. cap. 11. n. 88.* Struv. *d. c. 13. th. 16. n. 6.* Bitsch. *ad tx. 2. F. 26. §. Titius. p. 443.* Suev. *Ex. 10. assert. 10. §. 6.*

atque hæc negativa in Electoratu Saxon. expresse confirmata sit ordinatione Torgaviensi de Anno 1583.

Struv. *d. l. n. 7.*

Affirmativa tamen sententia, quod nim. & filii feuda per Patrem alienata non minus quam agnati, etsi heredes quoque sint, modo sint tales cum beneficio Inventarii, revocare possint, communiter est recepta quam late propugnant per textus & rationes deductas 17

Carol. a Kirchberg *tr. de feud. expact. & provid. cap. 5. n. 62. seqq.* Carpzov. *p. 2. c. 48. d. 9. n. 1. & def. 11. per. tot. ac lib. 6. Resp. 116. n. 1. seqq.* Rosenthal *cap. 9. concl. 67. n. 2. concl. 71. n. 4. & concl. 88. n. 7.* Obrecht *de feud. lib. 4. c. 9. n. 44. seqq.* Rudinger. *l. 2. contr. q. 40. seq.* Jul. Clar. *§. feudum. qu. 42.*

Ab eaque neutiquam recedendum esse monet

Carpzov. *d. p. 2. c. 48. d. 11. n. 2.*

& illam ubique locorum in judiciis esse recep- 18
tam & approbatam dicit

Berlich. *p. 2. concl. 57. n. 85.*

ac negativam suam parum authoritatis in judiciis habere ipse fatetur

Hartm. Pistor. *d. q. 13. n. 76. circa fin.*

Obtenirt nun diß und gaudiren die Söhne und Agnaten des Rechts, daß sie das mit Consens des Lehenherrn zu ihrem Præjuditz gäntzlich und völlig vereusserte Lehen, vi juris ex prima investitura quæsiti, redimiren und revociren können, wann ihnen von dem alienatore gleich keine Losung vorbehalten worden; wie viel mehr ist recht und billig, daß ihnen die von Verkäuffer selbst anbedungene Wiederlosung des bloß wiederkäufflich auf einige Zeit überlassenen Alt-Vätterlichen Lehens ungekränckt und ungeschmählert bleibe, noch sie wider alle Billichkeit ohn ihr Verschulden davon gedrungen und vertrieben werden, zumahl da die mit gewisser Maß und Beding erlaubte erbliche Annehmung der Lehen, weder von der Person, deren sie vergönnet, noch in der Zeit, da sie geschehen sollen, erfolget und zu Werck gerichtet, noch jemahls über die wiederkäufflich überlassene Lehnstücken einige Investitur ausgewürckt und erlanat worden, besage Actorum, hergegen des Verkäuffers Curt Caspars von Beerfeld Sohn Jobst Sigmund von Beerfeld nach des Vatters Tode damit belehnet und investiret worden, zu Erhaltung seines angestamten Rechts. Fällt also damithin 19
gäntzlich der Appellanten erstes Gravamen, das andere Gravamen, da sie sich beschweren, daß der Consensus Domini nur auf 20 Jahr prorogiret worden, da es doch billig auf 30 Jahr geschehen sollen, und deßwegen eine Declaration gebeten, hat eben wenig Grund, weil es pure in des Domini Directi arbitrio stehet, wie weit und auf wie viel Jahr lang er seinen Consens geben und prolongiren will, darin ihm kein Maß noch Ziel fürgeschrieben werden mag.

vid. Carpzov. *r. 2. c. 23. d. 24.* Richter *de Privileg. cred. cap. 4. sect. 2. n. 5.* Nov. Dec. Elect. Saxon. *31.* ibique Joh. Philippi *Obs. 1. 2.* Vultej. *l. 1. c. 10. n. 110.*

Ist ihm also darinn sein freyer Wille billig zu lassen,

derkauff und Einlösung der wiederkäufflichen Lehen-Güter gäntzlich zu verdringen; So haben wir doch solches keines wegs vor recht und billig halten können, daß Beklagte und Appellaten von ihren Alt-Vätterlichen Stamm-Lehen Einlösung und bedungenem Wiederkauff verstossen und verdrungen werden sollten, sondern vielmehr erachtet, daß, weil die berührte Clausul naturæ initi negotii des widerkäufflichen Contracts einiger massen zu wider ist, und ex præcedente contractu mutui deinde in emptionem venditionem cum pacto de retrovendendo converso ex modicitate pretii, ex licentia redimendi ad certa tempora sic restricta ex nunquam petita, & impetrata investiturâ, und andern Umständen nicht geringe Suspicion wider den Contract entstehet, daß revera nichts anders als ein Contractus pignoratitius cum pacto, antichretico eingangen, und mit dem gebrauchten Namen des geschlossenen wiederkäufflichen Contracts die labes usurariæ pravitatis bedeckt worden, argumento eorum, quæ tradit

Franc. Zoanneltus *de empt. vendit. sub pact. retrovendit. num. 61.* Berlich. *p. 2. concl. 1. n. 21. 22. 31. 35. 44. 58.*

sothane odiose Clausul vielmehr strictè, wie sie lautet, von der Fr. Käufferin Sohne zu nehmen, und dahin zu restringiren, daß Fr. Käufferin Sohn, Georg Ehrentreich von Kahlenberg allein, und zwar inner den ersten 30 Wiederkauffs-Jahren, *arg. l. 89. §. 1. de verb. signif.* die wiederkäuffliche Güter nach Lehens-Art erblich anzunehmen frey gegeben, weder dessen Erben aber, noch sonst jemand, zu mahl nach verflossenen ersten Wiederkauffs-Jahren, gemeldte Güter auf solche Weyse an sich zu ziehen, indulgirt worden; als dahin zu extendiren, daß nicht minder des Sohns Kinder und Erben vi dictæ clausulæ befugt seyn sollten, erstgedachte wiederkäufliche Lehen-Güter erblich anzunehmen, pro modico illo pretio beständig zu behalten, und des nothgedrungenen Verkäuffers, der gezwungen worden sub pacto de retrovendendo seine Alt-Vätterliche Lehen auf so lange Zeit unter so harten Conditionibus wiederkäufflich mit allen Nutzungen um so ein geringes pretium zu überlassen, Söhne und Agnaten, als rechtmäßige Lehens-Folgere, von ihren angestammten Alt-Vätterlichen Lehen gäntzlich in perpetuum zu verdringen, und also das Pactum quoad illam clausulam eher pro personali, als pro reali zu achten.

Nam etsi verum sit, quod regulariter quodvis Pactum pro reali habeatur, & ad heredes ac successores transeat, sive horum mentio facta, seu minus, proinde ut pactum fiat personale, clarius exprimendum esse videatur: Attamen, cum utrum pactum sit personale, an reale, non tam ex verbis, quam ex mente paciscentium sit æstimandum

l. 7. §. 8. ff. de pact. Modistin. Pistor. *vol. 2. Cons. 21. n. 49.*

nil obstat, quo minus personalitas pacti & ex objecto, circa quod pactum versatur, tacite colligatur, ut in simili ita colligit

Menoch. *Lib. 3. præs. 47. n. 11. seqq.*

Hinc Hugo Grotius *de Jur. belli & Pac.* 11
lib. 2. cap. 16. n. 16. distinguit inter Pacta favorabilia & odiosa, ac si alias pares utrinque sint conjecturæ, non inconveniens esse censet, ut favorabilia credantur esse realia, odiosa vero personalia.

Nun ist diese Clausul des geschlossenen wiederkäufflichen Contracts, die der Fr. Käufferin Sohn Macht gibt die Güter erblich anzunehmen, gar odios, denn das objectum sind Alt-Vätterliche Stammlehen, welche weyland Curt Caspar von Beerfeld der Fr. Tugendreich 12
von Borgstorff seel. Hanß Georg von Kahlenberg Wittwen, nothgedrungen und gezwungen, wegen eines vorhin von ihr auffgenommenen Capitals a 3000 Rthlr. und draus schuldigen Zinsen a 2300 Rthlr. wiederkäufflich überlassen, und in die inserirte Clausul daß wann es der Fr. Käufferin Sohne inner den ersten Wiederkauffs-Jahren belieben sollte die Güter nach Lehens-Art erblich anzunehmen, solches ihm frey stehen sollte, nolens volens einwilligen müssen, weil aber durch selbige die rechtmäßige Lehens-Successores von ihren angestamten Alt-Vätterlichen Lehen-Gütern wider Willen verdrungen werden, kan dieselbe anders nicht denn vor höchst- odios gehalten und angesehen werden, gestalten bekandt, daß dergleichen Alt-Vätterliche Stamm-Lehen und Geschlechts-Güter gar ungern gäntzlichen alienirt und abandonirt werden.

cum nihil acerbius & magis lugubre sit, quam prædium in quo defecit Pater, minor crevit, extraneas manus pervenisse, majorumque imagines aut non fixas aut revulsas videre

l. 22. C. de admin. tut. junct. l. 35 ff. de min.

daher vernünfftiger Weyse kein andere rechtliche Muthmassung vom Verkäuffer gefaßt werden kan, als daß er einig und allein der Fr. Käufferin Sohn, von dem das Pactum redt, die Freyheit sothaner Güter erblich anzunehmen eingestehen wollen, wann er sich inner der determinirten Zeit erklären würde, und keines wegs præsumirt werden mag, daß er auch des Sohns Kindern und Erben noch nach Verfliessung der determinirten Zeit solche Macht und Freyheit einraumen wollen, denn diese Præsumptio repugnirt der angebohrnen natürlichen Affection, die Verkäuffer zu seinen Alt-Vätterlichen Stamm-Lehen und Gütern getragen, repugnirt des Verkäuffers Inclination und Willen die Güter bey der Familia, so lang müglich, zu erhalten, die er damit gnugsam zu erkennen geben, daß er sie nicht schlechter Dinge in perpetuum alieniret, sondern nolens volens allein ad tempus wiederkäufflich überlassen, und ihm wie auch seinen Erben und Lehens-Folgern die Einlösung derselben bedungen; noch dannenhero zugegeben werden kan, daß hier in der öffters berührten Clausul nomine filii auch die Nepotes

ex

13 ex eo comprehendirt ſeyn, ſo weniger, als auch ohne dem ſonſt communis Dd. ſententia dahin gehet, quod in contractibus appellatione filiorum nepotes regulariter non contineantur, uti opinionem hanc pluribus authoritatibus firmat

Gabriel. *commun. opin. lib. 6. tit. de verbor. ſignif. concl. 1. n. 61.* Roſenthal *Synopſ. Jur. Feud. lib. 7. concl. 15. n. 8. gl. 1.*

14 etſi alias in favorabilibus, ubi id æquitatis ratio & loquentis voluntas ſuadet, per benignam Interpretationem extenſivam ſub filiorum appellatione nepotes quoque comprehendi ſoleant.

Vinn. & alii *ad §. fin. Inſt. qui teſtam. tut. Jur. poſſ.*

Wann dann der Fr. Käufferin Sohn ſich inner den beſtimten erſten 30. Wiederkauffs-Jahren der ihm concedirten Freyheit die Güter quæſtionis erblich anzunehmen nicht gebraucht, iſt cum perſona & elapſo tempore dieſelbe Freyheit nunmehro erloſchen, u. können ſich deſſen Erben nach ſolch verfloſſenen Jahren itzo deren nimmer bedienen und prævaliren, ſondern müſſen Verkäuffers Erben und Lehens-Folgern die nach des Verkäuffers Curt Caſpar von Beerfeld Todt damit belehnet und inveſtiret ſeyn, auch præſtanda præſtirt haben, zu ſeiner Zeit die Wiederloſung ihrer Alt-Vätterlichen Stamm-Lehen geſtatten, derentwegen Zweiffels ohne in prima Inſtantia die Urtheil dahin ergangen, daß zwar der Klägere und itziger Appellanten Unmündige bey den durch wieder erhaltenen Churfürſtl. Conſens prorogirten Wiederkauffs-Jahren zu laſſen, aber mit der geſuchten Belehnung geſtalten Sachen nach abzuweiſen,

15 welche Urtheil tanquam æquiſſimum wir deren Urſachen zu confirmiren ſo weniger angeſtanden als ohne dem Jure communi Feudali nach gemeinem Schluß der Rechts-Lehrer, ſo wohl die Söhne, als Agnaten, ſo nicht conſentiret haben, daß dem Lehemann mit Conſens und Einwilligung des Lehnherrn völlig verkauffte Alt-Vätterlich Lehen zu revociren berechtiget ſeyn, non ſolum jure retractus, refuſo pretio ab emptore ſoluto, ſed etiam jure delatæ ſucceſſionis, ſine refuſione pretii quod jus revocandi feudum paternum cum domini conſenſu alienatum ex duplici illa cauſa, pluribus explicat

Gothofred. Anton. *Diſp. Feud. 10. th. 1. ſeqq.* Struv. *cap. 13. th. 15. ſeqq.*

16 Et quamvis filiis jus feudum a Patre alienatum revocandi, inprimis jure delatæ ſucceſſionis, denegent

Hartm. Piſtor. *lib. 2. q. 13.* Vultej. *lib. 1. cap. 11. n. 88.* Struv. *d. c. 13. th. 16. n. 6.* Bitſch. *ad tx. 2. F. 26. §. Titius. p. 443.* Suev. *Ex. 10. aſſert. 10. §. 6.*

atque hæc negativa in Electoratu Saxon. expreſſe confirmata ſit ordinatione Torgavienſi de Anno 1583.

Struv. *d. l. n. 7.*

Affirmativa tamen ſententia, quod nim. & filii feuda per Patrem alienata non minus quam agnati, etſi heredes quoque ſint, modo ſint tales cum beneficio Inventarii, revocare poſſint, communiter eſt recepta quam late propugnant per textus & rationes deductas 17

Carol. a Kirchberg *tr. de feud. expact. & provid. cap. 5. n. 62. ſeqq.* Carpzov. *p. 2. c. 48. d. 9. n. 1. & def. 11. per. tot. ac lib. 6. Reſp. 116. n. 1. ſeqq.* Roſenthal *cap. 9. concl. 67. n. 2. concl. 71. n. 4. & concl. 88. n. 7.* Obrecht *de feud. lib. 4. c. 9. n. 44. ſeqq.* Rudinger. *l. 2. contr. q. 40. ſeq.* Jul. Clar. *§. feudum. qu. 42.*

Ab eaque neutiquam recedendum eſſe monet

Carpzov. *d. p. 2. c. 48. d. 11. n. 2.*

& illam ubique locorum in judiciis eſſe recep- 18 tam & approbatam dicit

Berlich. *p. 2. concl. 57. n. 85.*

ac negativam ſuam parum authoritatis in judiciis habere ipſe fatetur

Hartm. Piſtor. *d. q. 13. n. 76. circa fin.*

Obtenirt nun diß und gaudiren die Söhne und Agnaten des Rechts, daß ſie das mit Conſens des Lehenherrn zu ihrem Præjudiz gäntzlich und völlig vereuſſerte Lehen, vi juris ex prima inveſtitura quæſiti, redimiren und revociren können, wann ihnen von dem alienatore gleich keine Loſung vorbehalten worden; wie viel mehr iſt recht und billig, daß ihnen die von Verkäuffer ſelbſt anbedungene Wiederloſung des bloß wiederkäufflich auf einige Zeit überlaſſenen Alt-Vätterlichen Lehens ungekränckt und ungeſchmählert bleibe, noch ſie wider alle Billichkeit ohn ihr Verſchulden davon gedrungen und vertrieben werden, zumahl da die mit gewiſſer Maß und Beding erlaubte erbliche Annehmung der Lehen, weder von der Perſon, deren ſie vergönnet, noch in der Zeit, da ſie geſchehen ſollen, erfolget und zu Werck gerichtet, noch jemahls über die wiederkäufflich überlaſſene Lehnſtücken einige Inveſtitur ausgewürckt und erlanat worden, beſage Actorum, hergegen des Verkäuffers Curt Caſpars von Beerfeld Sohn Jobſt Sigmund von Beerfeld nach des Vatters Tode damit belehnet und inveſtiret worden, zu Erhaltung ſeines angeſtamten Rechts. Fällt alſo damithin 19 gäntzlich der Appellanten erſtes Gravamen, das andere Gravamen, da ſie ſich beſchweren, daß der Conſenſus Domini nur auf 20 Jahr prorogiret worden, da es doch billig auf 30 Jahr geſchehen ſollen, und deßwegen eine Declaration gebeten, hat eben wenig Grund, weil es pure in des Domini Directi arbitrio ſtehet, wie weit und auf wie viel Jahr lang er ſeinen Conſens geben und prolongiren will, darin ihm kein Maß noch Ziel fürgeſchrieben werden mag.

vid. Carpzov. *r. 2. c. 23. d. 24.* Richter *de Privileg. cred. cap. 4. ſect. 2. n. 5.* Nov. Dec. Elect. Saxon. *31.* ibique Joh. Philippi *Obſ. 1. 2.* Vultej. *l. 1. c. 10. n. 110.*

Iſt ihm alſo darinn ſein freyer Wille billig zu laſſen,

derkauff und Einlösung der wiederkäufflichen Lehen-Güter gäntzlich zu verdringen; So haben wir doch solches keines wegs vor recht und billig halten können, daß Beklagte und Appellaten von ihren Alt-Vätterlichen Stamm-Lehen Einlösung und bedungenem Wiederkauff verstossen und verdrungen werden sollten, sondern vielmehr erachtet, daß, weil die berührte Clausul naturæ initi negotii des widerkäufflichen Contracts einiger massen zu wider ist, und ex præcedente contractu mutui deinde in emptionem venditionem cum pacto de retrovendendo conversо ex modicitate pretii, ex licentia redimendi ad certa tempora sic restricta ex nunquam petita, & impetrata investiturâ, und andern Umständen nicht geringe Suspicion wider den Contract entstehet, daß revera nichts anders als ein Contractus pignoratitius cum pacto, antichretico eingangen, und mit dem gebrauchten Namen des geschlossenen wiederkäufflichen Contracts die labes usurariæ pravitatis bedeckt worden, argumento eorum, quæ tradit

Franc. Zoanneltus *de empt. vendit. sub pact. retrovendit. num. 61.* Berlich. *p. 2. concl. 1. n. 21. 22. 31. 35. 44. 58.*

sothane odiose Clausul vielmehr strictè, wie sie lautet, von der Fr. Käufferin Sohne zu nehmen, und dahin zu restringiren, daß Fr. Käufferin Sohn, Georg Ehrentreich von Kahlenberg allein, und zwar inner den ersten 30 Wiederkauffs-Jahren, *arg. l. 89. §. 1. de verb. signif.* die wiederkäuffliche Güter nach Lehens-Art erblich anzunehmen frey gegeben, weder dessen Erben aber, noch sonst jemand, zu mahl nach verflossenen ersten Wiederkauffs-Jahren, gemeldte Güter auf solche Weyse an sich zu ziehen, indulgirt worden; als dahin zu extendiren, daß nicht minder des Sohns Kinder und Erben vi dictæ clausulæ befugt seyn sollten, erstgedachte wiederkäufliche Lehen-Güter erblich anzunehmen, pro modico illo pretio beständig zu behalten, und des nothgedrungenen Verkäuffers, der gezwungen worden sub pacto de retrovendendo seine Alt-Vätterliche Lehen auf so lange Zeit unter so harten Conditionibus wiederkäufflich mit allen Nutzungen um so ein geringes pretium zu überlassen, Söhne und Agnaten, als rechtmäßige Lehens-Folgere, von ihren angestammten Alt-Vätterlichen Lehen gäntzlich in perpetuum zu verdringen, und also das Pactum quoad illam clausulam eher pro personali, als pro reali zu achten.

Nam etsi verum sit, quod regulariter quodvis Pactum pro reali habeatur, & ad heredes ac successores transeat, sive horum mentio facta, seu minus, proinde ut pactum fiat personale, clarius exprimendum esse videatur: Attamen, cum utrum pactum sit personale, an reale, non tam ex verbis, quam ex mente paciscentium sit æstimandum

l. 7. §. 8. ff. de pact. Modistin. Pistor. *vol. 2. Cons. 21. n. 49.*

nil obstat, quo minus personalitas pacti & ex objecto, circa quod pactum versatur, tacite colligatur, ut in simili ita colligit

Menoch. *Lib. 3. præs. 47. n. 11. seqq.*

Hinc Hugo Grotius *de Jur. belli & Pac.* 11
lib. 2. cap. 16. n. 16. distinguit inter Pacta favorabilia & odiosa, ac si alias pares utrinque sint conjecturæ, non inconveniens esse censet, ut favorabilia credantur esse realia, odiosa vero personalia.

Nun ist diese Clausul des geschlossenen wiederkäufflichen Contracts, die der Fr. Käufferin Sohn Macht gibt die Güter erblich anzunehmen, gar odios, denn das objectum sind Alt-Vätterliche Stammlehen, welche weyland Curt Caspar von Beerfeld der Fr. Tugendreich 12
von Borgstorff seel. Hanß Georg von Kahlenberg Wittwen, nothgedrungen und gezwungen, wegen eines vorhin von ihr auffgenommenen Capitals a 3000 Rthlr. und draus schuldigen Zinsen a 2300 Rthlr. wiederkäufflich überlassen, und in die inserirte Clausul daß wann es der Fr. Käufferin Sohne inner den ersten Wiederkauffs-Jahren belieben sollte die Güter nach Lehens-Art erblich anzunehmen, solches ihm frey stehen sollte, nolens volens einwilligen müssen, weil aber durch selbige die rechtmäßige Lehens-Successores von ihren angestamten Alt-Vätterlichen Lehen-Gütern wider Willen verdrungen werden, kan dieselbe anders nicht denn vor höchst-odios gehalten und angesehen werden, gestalten bekandt, daß dergleichen Alt-Vätterliche Stamm-Lehen und Geschlechts-Güter gar ungern gäntzlichen alienirt und abandonirt werden.

cum nihil acerbius & magis lugubre sit, quam prædium in quo defecit Pater, minor crevit, extraneas manus pervenisse, majorumque imagines aut non fixas aut revulsas videre

l. 22. C. de admin. tut. junct. l. 35 ff. de min.

daher vernünfftiger Weyse kein andere rechtliche Muthmassung vom Verkäuffer gefaßt werden kan, als daß er einig und allein der Fr. Käufferin Sohn, von dem das Pactum redt, die Freyheit sothaner Güter erblich anzunehmen eingestehen wollen, wann er sich inner der determinirten Zeit erklären würde, und keines wegs præsumirt werden mag, daß er auch des Sohns Kindern und Erben noch nach Verfliessung der determinirten Zeit solche Macht und Freyheit einraumen wollen, denn diese Præsumptio repugnirt der angebohrnen natürlichen Affection, die Verkäuffer zu seinen Alt-Vätterlichen Stamm-Lehen und Gütern getragen, repugnirt des Verkäuffers Inclination und Willen die Güter bey der Familia, so lang müglich, zu erhalten, die er damit gnugsam zu erkennen geben, daß er sie nicht schlechter Dinge in perpetuum alieniret, sondern nolens volens allein ad tempus wiederkäufflich überlassen, und ihm wie auch seinen Erben und Lehens-Folgern die Einlösung derselben bedungen; noch dannenhero zugegeben werden kan, daß hier in der öffters berührten Clausul nomine filii auch die Nepotes

ex

13 ex eo comprehendirt ſeyn, ſo weniger, als auch ohne dem ſonſt communis Dd. ſententia dahin gehet, quod in contractibus appellatione filiorum nepotes regulariter non contineantur, uti opinionem hanc pluribus authoritatibus firmat

Gabriel. *commun. opin. lib. 6. tit. de verbor. ſignif. concl. 1. n. 61.* Roſenthal *Synopſ. Jur. Feud. lib. 7. concl. 15. n. 8. gl. 1.*

14 etſi alias in favorabilibus, ubi id æquitatis ratio & loquentis voluntas ſuadet, per benignam Interpretationem extenſivam ſub filiorum appellatione nepotes quoque comprehendi ſoleant.

Vinn. & alii *ad §. fin. Inſt. qui teſtam. tut. Jur. poſſ.*

Wann dann der Fr. Käufferin Sohn ſich inner den beſtimten erſten 30. Wiederkauffs-Jahren der ihm concedirten Freyheit die Güter quæſtionis erblich anzunehmen nicht gebraucht, iſt cum perſona & elapſo tempore dieſelbe Freyheit nunmehro erloſchen, u. können ſich deſſen Erben nach ſolch verfloſſenen Jahren itzo deren nimmer bedienen und prævaliren, ſondern müſſen Verkäuffers Erben und Lehens-Folgern die nach des Verkäuffers Curt Caſpar von Beerfeld Todt damit belehnet und inveſtiret ſeyn, auch præſtanda præſtirt haben, zu ſeiner Zeit die Wiederloſung ihrer Alt-Vätterlichen Stamm-Lehen geſtatten, derentwegen Zweiffels ohne in prima Inſtantia die Urtheil dahin ergangen, daß zwar der Klägere und itziger Appellanten Unmündige bey den durch wieder erhaltenen Churfürſtl. Conſens prorogirten Wiederkauffs-Jahren zu laſſen, aber mit der geſuchten Belehnung geſtalten Sachen nach abzuweiſen,

15 welche Urtheil tanquam æquiſſimum wir deren Urſachen zu confirmiren ſo weniger angeſtanden als ohne dem Jure communi Feudali nach gemeinem Schluß der Rechts-Lehrer, ſo wohl die Söhne, als Agnaten, ſo nicht conſentiret haben, daß dem Lehemann mit Conſens und Einwilligung des Lehnherrn völlig verkauffte Alt-Vätterlich Lehen zu revociren berechtiget ſeyn, non ſolum jure retractus, refuſo pretio ab emptore ſoluto, ſed etiam jure delatæ ſucceſſionis, ſine refuſione pretii quod jus revocandi feudum paternum cum domini conſenſu alienatum ex duplici illa cauſa, pluribus explicat

Gothofred. Anton. *Diſp. Feud. 10. th. 1. ſeqq.* Struv. *cap. 13. th. 15. ſeqq.*

16 Et quamvis filiis jus feudum a Patre alienatum revocandi, inprimis jure delatæ ſucceſſionis, denegent

Hartm. Piſtor. *lib. 2. q. 13.* Vultej. *lib. 1. cap. 11. n. 88.* Struv. *d. c. 13. th. 16. n. 6.* Bitſch. *ad tx. 2. F. 26. §. Titius. p. 443.* Suev. *Ex. 10. aſſert. 10. §. 6.*

atque hæc negativa in Electoratu Saxon. expreſſe confirmata ſit ordinatione Torgavienſi de Anno 1583.

Struv. *d. l. n. 7.*

Affirmativa tamen ſententia, quod nim. & filii feuda per Patrem alienata non minus quam agnati, etſi heredes quoque ſint, modo ſint tales cum beneficio Inventarii, revocare poſſint, communiter eſt recepta quam late propugnant per textus & rationes deductas 17

Carol. a Kirchberg *tr. de feud. expact. & provid. cap. 5. n. 62. ſeqq.* Carpzov. *p. 2. c. 48. d. 9. n. 1. & def. 11. per. tot. ac lib. 6. Reſp. 116. n. 1. ſeqq.* Roſenthal *cap. 9. concl. 67. n. 2. concl. 71. n. 4. & concl. 88. n. 7.* Obrecht *de feud. lib. 4. c. 9. n. 44. ſeqq.* Rudinger. *l. 2. contr. q. 40. ſeq.* Jul. Clar. *§. feudum. qu. 42.*

Ab eaque neutiquam recedendum eſſe monet

Carpzov. *d. p. 2. c. 48. d. 11. n. 2.*

& illam ubique locorum in judiciis eſſe recep- 18 tam & approbatam dicit

Berlich. *p. 2. concl. 57. n. 85.*

ac negativam ſuam parum authoritatis in judiciis habere ipſe fatetur

Hartm. Piſtor. *d. q. 13. n. 76. circa fin.*

Obtenirt nun diß und gaudiren die Söhne und Agnaten des Rechts, daß ſie das mit Conſens des Lehenherrn zu ihrem Præjudiz gäntzlich und völlig vereuſſerte Lehen, vi juris ex prima inveſtitura quæſiti, redimiren und revociren können, wann ihnen von dem alienatore gleich keine Loſung vorbehalten worden; wie viel mehr iſt recht und billig, daß ihnen die von Verkäuffer ſelbſt anbedungene Wiederloſung des bloß wiederkäufflich auf einige Zeit überlaſſenen Alt-Vätterlichen Lehens ungekränckt und ungeſchmählert bleibe, noch ſie wider alle Billichkeit ohn ihr Verſchulden davon gedrungen und vertrieben werden, zumahl da die mit gewiſſer Maß und Beding erlaubte erbliche Annehmung der Lehen, weder von der Perſon, deren ſie vergönnet, noch in der Zeit, da ſie geſchehen ſollen, erfolget und zu Werck gerichtet, noch jemahls über die wiederkäufflich überlaſſene Lehnſtücken einige Inveſtitur ausgewürckt und erlanat worden, beſage Actorum, hergegen des Verkäuffers Curt Caſpars von Beerfeld Sohn Jobſt Sigmund von Beerfeld nach des Vatters Tode damit belehnet und inveſtiret worden, zu Erhaltung ſeines angeſtamten Rechts. Fällt alſo damithin 19 gäntzlich der Appellanten erſtes Gravamen, das andere Gravamen, da ſie ſich beſchweren, daß der Conſenſus Domini nur auf 20 Jahr prorogiret worden, da es doch billig auf 30 Jahr geſchehen ſollen, und deßwegen eine Declaration gebeten, hat eben wenig Grund, weil es pure in des Domini Directi arbitrio ſtehet, wie weit und auf wie viel Jahr lang er ſeinen Conſens geben und prolongiren will, darin ihm kein Maß noch Ziel fürgeſchrieben werden mag.

vid. Carpzov. *r. 2. c. 23. d. 24.* Richter *de Privileg. cred. cap. 4. ſect. 2. n. 5.* Nov. Dec. Elect. Saxon. *31.* ibique Joh. Philippi *Obſ. 1. 2.* Vultej. *l. 1. c. 10. n. 110.*

Iſt ihm alſo darinn ſein freyer Wille billig zu laſſen,

lassen, und deßwegen hier keine Declaration nöthig. Der Ursach wir schlechter Dingen vorige Urtheil confirmiret, doch die Unkosten beederseits compensirt, weil die Sach einiger massen zweiffelhafft geschienen, und zumahlen Unmündige concernirt. Welches wir salvo quorumvis meliori Judicio, zu verlangter rechtlichen Nachricht gehorsamst anfügen sollen. Actum. in Collegio nostro d. 10 April 1702.

Decanus und andere Doctores der Juristen-Facultät bey der Fürstl. Würtembergischen Universität zu Tübingen.

CONSILIUM CXIII.

DE

Solutione conjecturata, & condictione indebiti;

SUMMARIA.

1. Sententia.

2. seqq. Facti recensio.

7. Solutio debiti, tanquam res facti, non præsumitur, sed ab allegante probanda est.

8. Probatio tamen illa, præter vulgares modos, etiam per conjecturas & præsumptiones omnino fieri potest.

9. Inter conjecturas illas factæ solutionis primum fere locum obtinere diuturnitatem temporis, intra quod creditor debitum suum exigere plane distulit probatur.

10. Determinatio hujus temporis ad 10. vel 20. annos.

11. Hanc conjecturam solam non esse sufficientem asseritur.

12. Si tamen una vel altera adhuc conjectura factam solutionem veri similem reddat, non etiam hæc appellatur a Dd. non minima, evidens, vehemens & urgens præsumptio.

13. Inter alia hæc conjectura plus roboris ex eo nanciscitur, si debitor posthabita frequentissimâ cum debitore conversatione, & inde summa facilitate exigendi debitum, tamen neque sortem neque usuras per aliquot lustra sollicitaverit.

14. Præcipue hæc conjectura & diuturno silentio creditoris inducta stabilitur, si creditor debiti tam amicabilem quam judicialem exactionem eo usque omiserit, donec debitor mortuus fuerit, & multo potentius, si eo usque, siluerit, donec omnes de credito notitiam habentes personæ defunctæ fuerint.

15. seq. Quo in casu Dd. vulgo suspicionem doli mali & fraudis contra talem cessatorem concipiunt, & ejus petitionem tam sero factam manifestæ injustitiæ arguunt.

17. Id, quod ex errore indebite solutum, repetitur condictione indebiti.

18. Cessat hæc condictio indebiti, si aliquid transactionis causa solutum fuerit.
Ratio. ibid.

19. Limitatur: nisi evidens calumnia detegatur.

20. Quando quis per calumniam ad transigendum inducitur non tam transactio, quam sordida concussio esse intelligitur, quæ nemini debet prodesse.

21. Condictio indebiti tantum competit ad quantitatem indebite solutam repetendam, non etiam ad usuras ex hac quantitate.

22. Ratio: quia hæc condictio, licet ex bono & æquo introducta sit, non tamen est actio bonæ fidei, sed stricti juris.

23. Inter bonæ fidei & stricti juris actiones hæc notabilis differentia, quod in illis una cum sorte debita etiam usuræ ex mora peti & adjudicari possint, etiamsi actor non probet sua tanti interesse, nec de iis ab initio aliquid specialiter convenerit.

24. Cum in actionibus stricti juris usuræ ex mora neutiquam debeantur, ne quidem judiciariâ morâ commissâ.

25. Hodie jure Recess. Imp. in mutuo aliud constitutum, ut scilicet ex mora loco interesse etiam ex hoc contractu licet stricti juris sit, usuræ peti possint, & adjudicari debeant.

26. In condictione indebiti tamen servatur adhuc Juris Civilis dispositio;
Licet, si species indebite soluta, illa cum omnibus fructibus & accessionibus, etiam ante L. C. perceptis, repetatur condictione indebiti. ibid.

27. Ratio: quia, licet usuræ interdum vicem fructuum obtineant, usus tamen pecuniæ proprie in fructu non est.
Ratio rationis ibid.

28. Præjudicium Scabinorum Lipsiensium ex Carpzovio affertur.

29. Qui solutionem urget, quantitatem debiti probare debet, nec sufficit probare debitum in genere, sive per confessionem debitoris, sive per testes, sive alio modo, si non etiam quantitas debiti simul probetur, ut sine quo debitor condemnari nequit.

30. Debito incertæ summæ probato, creditori injungi solet, ut quantitatem ejus juramento indicet, ubi aliter eam probare nequit, ipse vero de illius summa certus sit

Urtheil.

Urtheil.

1 IN Appellations-Sachen sich itzo haltend zwischen Joachim Brosigken, Königl. Preußischen und Churf. Brandenburgischen Cammer-Gerichts-Advocaten, Beklagten und Appellanten Eines Entgegen und wider Christian von Fahrenholtz, Klägern und Appellaten andern Theils, bekennen und sprechen: von GOttes Gnaden wir Friderich, König in Preussen, Marggraff zu Brandenburg, des Heil. Röm. Reichs Ertz-Cämmerer und Chur-Fürst ꝛc. allem Gerichtlichen Fürbringen nach, auf eingehohlten Rath auswärtiger ohnpartheyischen Rechts-Gelehrten, mit Urtheil zu Recht, daß in voriger Instantz mit ausgesprochener Urtheil wohl geurtheilt, übel davon appelliret worden, und in der Haupt-Sache es nochmahl sein Bewenden dabey haben solle, so, daß Beklagter und Appellant, dasjenige, was Kläger und Appellat ihme als Cessionario seel. M. Andreä Prätorii, weyland Pastoris Primarii und Inspectoris zu Brandenburg, vermöge Verglichs vom 20 Mart. 1681. erweißlich, über die von M. Andreä Prätorii seel. Erben, bereits vergüttete und ersetzte 100 Rthlr. aus Irrthum indebite bezahlet, gestalten Umständen nach, ohne Zinß und Interesse wieder zu erstatten, schuldig und verbunden, jedoch Beklagten und Appellanten frey stehen solle, dasjenige davon abzuziehen, was der Debitor an Korn und Gelde noch ruckständig gewesen, vermöge der sich findenden annotation auff dem Consens-Brieffe, wann er das Quantum inner sechs Wochen peremptorischer Frist erweisen wird, compensatis expensis.

Daß diese Urtheil denen Rechten und der Sachen Beschaffenheit gemäß ꝛc.

RATIONES DECIDENDI.

DJe Ursachen kürtzlich beyzufügen, so uns in dieser Appellations-Sach sich itzo zwischen Joachim Brosigken, Königl. und Churf. Brandenburgischer Cammer-Gerichts-Advocaten, Beklagten und Appellanten Eines, so dann Christian von Fahrenholtz, Klägern und Appellaten, andern Theils po. condictionis indebiti haltend, also zu sprechen, und die vorige Urtheil zu confirmiren bewogen, bestehen selbige vornemlich darinn:

2 Daß die ausgeübte Acta geben, daß weyland Joachim Sehle, auf Retzow von Bartholomäo Schultzen, Burgern zu Brandenburg 200 Rthlr. zinsbar, nemlich ein Wiespel Korn halb Rocken und halb Gersten jährlich daraus zu geben, auf 6 Jahr auffgenommen und entlehnet, davor er sein Lehngut Retzow und alle seine bewegliche und unbewegliche Güter zur hypotheck verschrieben, auf Pentecostes anno 1624. worüb auch Churfürstl. Consens d.
3 28. Maji d. Anno 1624. ertheilet. Welcher Post gantz vermuthlich dem Creditori oder dessen Erben biß auf etwas weniges vorlängst abgetragen und bezahlet, deßwegen die Obligation wieder hinaus, der Consens aber wegen des kleinen Ausstandes præsumirlich an den Zinsen zuruck und in Händen behalten worden, so an Hrn. M. Andream Prætorium Superintendenten zu Brandenburg gekommen, der in
4 Meynung, daß der gantze Post oder die gantze Schuld und Summ der 200 Rthlr. noch ausständig, dem Hrn. Joachim Brosigken Churfürstl. Cammer-Gerichts-Advocato Vollmacht gegeben, die Forderung zu betreiben, so solches gethan, und klagenden Hrn. Christian von Fahrenholtz, als Besitzern des Lehenguts Retzow, welches ihm von Churfürstl. Durchl. mit dem Beding gegeben worden, daß er die darauf hafftende consentirte Lehn-Schulden bezahlen sollte, der 200 Rthlr. halber cum usuris ad alterum tantum in Ansprach genommen, und gar starck in ihn mit der Execution gedrungen, deßwegen er sich den 20 Martii 1681 mit Hrn. Prætorio oder Hrn. Brosigken, dem Hr. Prætorius die Forderung abgetreten, und cediret verglichen, und erronee versprochen, 250 Rthlr. auf zwey Termine, als auf Martini 1681. und 1682. jedesmahl 125. Rthlr. zu bezahlen, ex falsa persuasione, daß die Obligation verhanden, und die Forderung richtig und annoch gantz ausständig wäre; Als aber die Bezahlung geschehen, und 5
bey des letztern Termins Erlegung die Obligation extradirt werden sollen, hat sich ereignet, daß die Obligation nicht verhanden gewesen, sondern dem Kläger und Appellaten nur der Churfürstliche Consens vom 28 Maji 1624. ausgehändiget worden, da sich gefunden, daß vorlängst darauf notirt und geschrieben worden: **Hergegen hafftet Joachim von Sehlen noch mit etlichem Korn und Gelde, darum auch der Consens nicht** extradirt. Welche Worte nicht undeutlich anzeigen, und zu erkennen geben, daß das Capital und die Hauptschuld müsse entrichtet und bezahlet, deßwegen auch die Obligation extradiret worden seyn, weil aber noch etwas von Zins-Korn, so bißweilen mit Gelde bezahlet

und abgetragen worden, im Rückstand verblieben, derentwegen der Consens annoch in Händen behalten worden. Als nun höchst-unbillig, daß Kläger nochmahls die gantze Schuld zahlen müssen, so vorlängst schon einmahl gezahlet worden, deßwegen auch damahls die Haupt-Obligation wieder extradirt, der Consens-Brieff aber von Creditore bloß derenthalben in Händen behalten worden, weil noch etwas weniges nur von Zinsen im Rest verbliebē, besage der auf dem Consens vom Creditore selbst, als der solchen in seiner Hand behalten, beschehener Annotation, deren nicht wenig ad probandam jam diu factam solutionem debiti denuo exacti, sicque altera vice indebite soluti zu Hülff und statten kommt die a diuturno creditoris silentio, & neglectâ ac intermissa tamdiu, donec debitor & omnes de credito, & ejus facta solutione notitiam habentes personæ, mortuæ, tam sortis quam usurarum exactione hergenommene Rechtliche Præsumption.

7 Constat namque, quod licet solutio debiti, tanquam res facti, quidem in dubio non præsumatur, sed ab allegante probanda veniat.

l. 7. §. ult. de Curat. furios. l. ult. C. de solut. Mod. Pistor. *v. 1. Cons. 2. n. 29.* Wesenbec. *Cons. 327. n. 30.* Reusner *lib. 2. Cons. 3. n. 8.*

8 Probatio tamen illa, præter illos vulgares probandi modos, per apoclas nim. vel alia Instrumenta, & per testes, etiam per conjecturas & præsumptiones omnino fieri queat, prout

ex l. 24. ff. de probat. can. quamvis. 75. caus. 11. q. 3. can. sciant. cuncti. c. 2. q. 8. t. 2. X. de cler. peregrin. firmat Archi-Diacon. *ad d. c. quamvis. 75. c. 11. q. 3.* B. D. Lauterbach *Disp. de solut. th. ult.* Heeser. *de ration. reddend. loc. 12. n. 207. seqq.* ibique longa serie allegati. B. Collega D. Harpprecht *Disp. de solut. conjecturat. §. 3.*

9 Interque conjecturas ad probationem factæ solutionis facientes primum fere locum obtineat diuturnitas temporis, intra quod creditor debitum suum exigere omnimodo distulit. Quando enim creditor heresque ejus diu distulit petere sortem cum usuris, solutionem debiti ex temporis diuturnitate factam præsumi consuluit

10 Menoch. *Cons. 457. n. 1.* ubi affirmat quod quando Creditor distulit. per 10. annos exigere creditum suum, magna oriatur conjectura, quod ipsi fuerit satisfactum, quem sequitur Fulvius Pacianus *Cons. 113. n. 20.* Treutler. *Cons. 49. n. 19.* Paul. de Castro quoque *vol. 2. Cons. n. 4.* arguit non esse verisimile, quod quis per 20. annos tacuisset, si reverâ suas pecunias non habuisset, quod probat Lud. Postius *Resol. 50. n. 2.*

Tametsi vero hæc conjectura sola ad præ- 11
sumendam solutionem haud sufficiens sit, in quo hactenus lubentes assurgimus

Cel. Bichio *dec. 562. n. 14*

Si tamen una vel altera adhuc conjectura 12
factam solutionem verisimilem reddat, tunc eandem non minimam satisfactionis præsumptionem appellat.

Carpzov. *lib. 5. Resp. 103. n. 10.*

evidentem, Klock. *vol. 2. Cons. 80. n. 21.* vehementem, Joh. Paul. Mel. *Obs. 109. n. 17.* urgentem. Cæs. Carena *Resol. 108. n. 6.*

Et inter alia hæc præsumptio ex eo plus ro- 13
boris nanciscitur, si creditor posthabita frequentissima cum debitore conversatione & dehinc competente summa facilitate in exigenda tum ipsa sorte, tum ad minimum usuris, tamen neque usuras, neque sortem per aliquot lustra sollicitaverit, cum non nisi rarissimi tantæ sint patientiæ atque insolitissimæ longanimitatis, ut una cum sorte etiam annuas usuras per plurimos annos inexactas relinquant, illisque cum suo incommodo careant.

post alios Cothmann. *vol. 4. Resp. 22. n. 3.*

Imprimis vero hæc præsumptio factæ so- 14
lutionis ex temporis diuturnitate & jugi silentio inducta stabilitur, si creditor ejus, quod sibi debetur amicabilem non minus quam judiciariam exactionem eousque intermiserit, donec debitor mortuus fuerit, multoque potentius, si tamdiu cunctatus donec omnes de credito notitiam habentes 15
personæ defunctæ fuerint. Ex eo enim vulgo Dd. doli mali & fraudis contra illum æquissimam suspicionem concipiunt, quod nim. studio tam diu siluerit, donec omnis debitori ejusque heredibus factæ solutionis ordinaria & directa probatio intercideret. Ita manifestam ex eo creditoris injustitiam patefieri dicit

Matth. de Afflict. *dec. Neapol. 13. n. 12.*

quando ipse debitorem suum in judicium nunquam traxit, & cum eo tempore, quo factum recens & omnibus notum erat, agere noluerit &c. Et

Klock. *vol. 2. Cons. 80. n. 20.* cum multis aliis,

ex hoc, quod creditor per decem & plures 16
annos debitum petere distulit expectata morte debitoris urgentem solutionis conjecturam manare scribit, eo quod hæc dolosa expectatio mortis & nullatenus verisimilis creditoris taciturnitas tantam improbitatis suspicionem redoleant, maxime in diligente Patrefamilias, ut nulla ratione possit ulli persuaderi istum tam negligentem & dissolutum fuisse, ut tamdiu otiosum creditum habere voluerit: & ideo cum hoc non sit verisimile, in judicio nequaquam admitti debere.

17 Welche und viel andere Umstände hier zu gegen, neben der auf dem Consens befindlichen Annotation, die ziemlich klar gibt, daß wegen beschehener Abzahlung des Capitals und Haupt-Schuld die Obligation, so sich nirgends findt, hinausgegeben, der Consens aber wegen eines geringen Rests von Zinsen in Händen behalten, und nicht extradirt worden, den erleuchteten Hrn. Richter voriger Instantz wohl moviren können, zu glauben, daß diese Schuld vorlängst biß an etwas weniges von Zinsen entrichtet, und abgestattet worden, weil also Hr. Kläger wider alle Billigkeit mit Hinterhaltung dessen inducirt worden, dieselbe nochmahls zu bezahlen; So ist æquissime in primâ Instantia erkandt und gesprochen worden, daß Hr. Kläger das jenige, was er secunda vice ex errore indebite bezahlt, per condictionem indebiti zu repetiren wohl befugt, ungeachtet des den 20 Martii eingangenen Verglichs

18 Nam etsi alias condictio indebiti cesset & non locum inveniat, si aliquid transactionis causa solutum fuerit.

per l. 65. §. 1. ff. de condict. indeb. arg. l. 2. C. eod. arg. l. 6. C. de jur. & fact. ignor. Clud. *de condict. indeb. cap. 4. n. 84.*

Si enim inter me & te lis de re quadam exorta, ea vero transactione dirempta & quod promissum solutum fuerit, etsi postea apparuerit, me ante transactionem nihil debuisse, tamen quod solutum est; indebiti condictione repeti non potest, quod enim transactionis causa solvitur, indebitum non dicitur, sed debitum.

dd. ll.

19 Attamen hoc fallit, ubi evidens calumnia detegitur

d. l. 65. §. 1. de cond. indeb.

welches sich hier offenbar findet, den Herrn Kläger und Appellat calumniose durch Hinterhaltung der Wahrheit inducirt worden, zu transigiren, und erronee zu promittiren was er nicht schuldig, und von dem Debitore vorlängst bezahlt ist.

20 Quando autem quis ita per calumniam ad transigendum inducitur, non tam transactio, quam sordida concussio esse intelligitur

l. 1. §. pen ff. de calumniat.

quæ sane nemini prodesse debet, ne quis ex sua malitia commodum aut lucrum sentiat contra

l. 1. ff. de dol. mal.

Und weil des seel. Herrn Prætorii Erben in hac instantia bereits bonam fidem, quæ non patitur idem bis exigi

l. 57. ff. de reg. jur.

agnoscirt, und ihren indebite empfangenen Theil an dieser zum andernmahl ungebührlich aus Irrthum bezahlten Forderung dem Herrn Klägern und Appellaten mit 100 Reichsthlr. vergüttet und ersetzt, haben wir nicht anders gekönnt, als Herr Brösigken gleichmäßig zu condemniren, das jenige, was er als Cessionarius über die von seel. Herrn Prætorii Erben erstatteten 100 Rthlr, indebite bezahlt empfangen, ebenmäßig zu restituiren, doch ohne Zinß und Interesse, vi textus expressi 21

in l. 1. C. de condict. indeb. ibi: *Usuras autem ejus summæ præstari tibi frustra desideras, actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quæ indebita soluta est.*

Ex evidenti ista ratione, quia licet condictio indebiti ex bono & æquo introducta sit 22

l. 66. ff. de condict. indeb. j. l. 13. §. fin. l. 14. eod.

non tamen est bonæ fidei, sed stricti juris actio.

arg. §. 28. Inst. de action. Andr. Clud. *de condict. indebit. cap. 2. n. 89. seqq.*

Inter quæ bonæ fidei & stricti juris judicia constat notabilem hanc esse differentiam, quod in illis una cum sorte debita etiam usuræ ex mora peti & adjudicari possint 23

per. l. 32. §. 2. l. 17. §. 4. ff. de usur. l. 13. C. eod.

etiamsi actor non probet sua tanti interesse, sortem citius fuisse solutam, nec specialiter quid de iis ab initio conventum fuerit. In stricti juris vero judiciis neutiquam ex mora usuræ debentur, adeoque nec peti ob eandem, nec adjudicari possunt. 24

l. 24. ff. de præscript. verb. l. 3. C. de usur. arg. d. l. 32. §. 2. l. 1. C. de condict. indeb. l. 4. C. de condict. ob turp. caus.

ne quidem judiciariâ morâ commissâ

d. l. 1. Bocer. *cl. 6. Disp. 9. th. 139.* Bicc. *in aur. seu reb. quotid. sect. 5. th. 30. lit. a.* ubi ad ll. obstantes respondet. Carpzov. *p. 2. c. 30. d. 17.* ubi dicit juris rationem hoc non pati.

Licet autem hodiernis moribus in Mutuo, quod pariter stricti juris negotium est, aliud inductum sit & constitutum 25

per Recess. Deput. *de anno 1600. §. So viel nun &c. 152. vers. oder aber &c.* & Recess. Imp. novissim. *de anno 1654. §. anlangend die &c. 174.*

nempe quod ex morâ etiam loco interesse usuræ ex hoc contractu peti possint, & adjudicari ac præstari debeant. Attamen in Condictione indebiti servatur.

adhuc Juris Civilis dispositio, ut usuræ pecuniæ indebite solutæ, ex mora non adjudicentur, licet si Species indebite soluta, illa cum omnibus fructibus & accessionibus, etiam ante litis contestationem perceptis, repetatur per condictionem indebiti

juxta *l. 15. pr. l. 26. §. 12. verſ. utputa fundum &c. l. 65. §. 5. ff. de condict. indeb.*

27 quia etiamſi uſuræ interdum vicem fructuum obtineant

l. 34. ff. de uſur.

uſus tamen pecuniæ proprie in fructu non eſt, quia non ex ipſo corpore, ut fructus, ſed ex alia cauſa, i. e. ex nova obligatione ſeu promiſſione oritur.

l. 121. ff. de verb. ſignif.

28 Hinc Scabini Lipſienſes apud Carpzovium

p. 2. c. 30. d. 18.

reſponderunt menſe Octobr. 1612. Dieweil aber dennoch nach gemeinem beſchriebenen Rechten in Condictione indebiti kein Zins noch Intereſſe, auch nicht a tempore litis conteſtatæ, ſondern allein die Haupt-Summa, welche indebite ausgezahlet, wieder gefordert und condiciret werden kan; So ſeyd ihr auch wegen obgedachtes Capitals der 5748 fl. 15. Gr. einiges intereſſe oder Zinſen abzurichten, nicht ſchuldig V. R. W. Und durch bißhero deducirtes fällt gäntzlich zu Boden des Herrn Beklagten und Appellanten erſteres Gravamen.

29 Das andere beſtehet darinn: daß ihm zwar in dem Beſcheid der erſtern Inſtantz frey gelaſſen von dem Empfangenen abzuziehen, was der Debitor nach der auf dem Conſens befindlichen Annotation an Korn und Gelde ſchuldig verblieben, aber aufferlegt wird, deſſen Quantum inner 6. Wochen peremptoriſcher Friſt zu erweiſen, wodurch er ſich gravirt zu ſeyn vermeynet, aber ohne Urſach, denn wer von jemanden eine Schuld bezahlt haben will, dem liegt ob, die Quantität der Schuld zu erweiſen, ita ut non juvet creditorem probari debitum vel per confeſſionem ipſius debitoris, vel per teſtes vel alio modo, ſi non etiam quantitas debiti ſimul probetur, quippe ſine quo debitor, condemnari nequit. Hinc debito incertæ ſummæ probato, creditori injungi ſolet, ut quantitatem ejus juramento indicet, cum aliter eam probare nequit, ipſe vero de illius ſumma certos ſit.

vi *cap. ex literis. X. de jurejur. l. 1. §. 40. ff. depoſ. l. 9. C. nud. vi.* v. Beſold. *in delibat. jur. ad lib. ff. 12. q. 1.* Carpzov. *p. 2. C. 29. d. 14.* Modeſtin. Piſtor. *vol. 2. Conſ. 28.*

Derentwegen wir auch dieſe Clauſul in unſer abgefaßtes Urtheil wieder angehengt, und die Unkoſten compenſirt, weil die Sache meiſtens ex præſumptionibus decidirt wird.

Welches wir alſo, ſalvo quamvis meliori judicio, zu verlangter rechtlicher Nachricht gehorſambſt aufügen ſollen.

Actum in Collegio noſtro d. 10. Maji 1702

CONSILIUM CXIV.

DE

Libertate expellendi Colonum vel Conductorem, ex agris ab Anteceſſore locatis, Succeſſori in præbenda competente.

SUMMARIA.

Sententia ſub num. 1.

2. 3. & 4. Explicatur præmiſſa ſententia.
5. Contractus Colonarii deſcriptio.
6. Ob commodiorem contrahendi modum uſus rei pro certa fructuum quantitate conceditur.
7. Juris Colonarii ſimplicis definitio.
8. & 9. Subjectum hujus conſtituens.
10. Subjectum recipiens.
11. Illius objectum.
12. Ab initio regulariter conſenſus expreſſus requiritur.
13. Jus Colonarium conſiſtit in mutua obligatione.
14. Obligatio Locatoris in quonam conſiſtat primo?
(α) Nullum tamen jus in re conſtituitur
(β) Nec vera poſſeſſio.
15. Secundò.
16. Tertiò.
17. Obligatio Conductoris in quibusnam abſolvatur primo?
(α) Ob ceſſantem per biennium Canonis ſolutionem poteſt expelli.
(β) Cujus præjudicium extat de Anno 1658 d. 24. Sept.
18. Secundo.
19. Tertio.
20. 21. 22. 23. 24. 25. & 26. Demonſtratur hic, quod in ſubſtrato locationis Conductionis contractus ſaltem celebratus ſit.
27. Emphyteuta Jus ſuum Emphyteuticum ad omnes hæredes transmittit.
28. Poteſt etiam tam inter vivos quam mortis cauſa quocunque ſingulari titulo illud transferre.
29. Modo conſenſus domini requiratur.
30. Dominus ad quod hoc in caſu obligetur?
31. Inſtrumentum Contractus indicat quale negotium proprie ſit celebratum.
32. Prædium Eccleſiaſticum a Monaſterii membro citra capitularis deliberationem & ſuperioris autoritatem in Emphyteuſin concedi nequit.
33. Quod applicatur ad caſum propoſitum.
34. Succeſſor ſingularis locationi cum venditore vel alio Anteceſſore initæ ſtare non tenetur, quocunque etiam modo locatio fuerit celebrata.
35. Hinc nec Canonicus qui alteri in præbenda ſucceſſit.
36. Temerarius ſupplicans condemnatur in expenſas

Urtheil

Urtheil.

1 IN Appellations- und reſpective Supplications-Sachen Johann Curdt L. Krügers zu R. Beklagten, Appellant- und Supplicanten eines, entgegen und wider Johann Bernhard L. Canonicum der Collegiat-Kirchen St. Mauritii vor H. auf dem Berge, Klägern, Appellaten und Supplicaten andern Theils, erkennen und ſprechen wir Chur-Fürſtl. Braunſchweig. Lüneburg. Hannoveriſche verordnete Vice-Cantzler und Räthe, allem Gerichtlichen Fürbringen nach, auf eingeholten Rath auswärtiger ohnpartheyiſchen Rechts-Gelehrten, mit Urtheil zu Recht, daß es eingewandter gravaminum ohngeachtet bey der den 10. Septembr. 1700. publicirten Urtheil durchaus ſein ungeändertes Verbleiben haben, und Beklagter, Appellant und Supplicant die ſtrittigen zwey Huffen Lands dem Klägern, Appellat- und Supplicaten hinwieder abzutreten, auch wegen der rückſtändigen Meyer-Zinſen innerhalb Monaths-Friſt ſich mit demſelben vollends abzufinden, beneben die in dieſer Supplications-Inſtanz aufgeloffene Koſten, nach Richterlicher Mäßigung, zu erſtatten ſchuldig und verbunden ſeyn ſolle.

Daß dieſe Urtheil den Rechten und den uns zugeſchickten Actis gemäß bezeugen wir Decanus und andere Doctores der Juriſten-Facultät bey gemeiner Hoch-Fürſtl. Würtemberg. Univerſität Tübingen urkundlich unſer Facultät beygedruckten gröſſern Inſiegels. Actum in Collegio den 31. Maji. 1702.

RATIONES DECIDENDI.

2 DIe Urſachen, ſo uns in dieſer Appellations- und reſpect. Supplications-Sache Johann Curdt L. wider Johann Bernhard L. Canonicum zu St. Mauritii vor H. auf dem Berg, dergeſtalten zu ſprechen, und die vorige Urtheil zu confirmiren cum condemnatione in expenſas hujus inſtantiæ bewogen, mit wenigem beyzufügen, beſtehen ſelbige darinn:

3 Daß wir 1.) das negotium, ſo zwiſchen dem Canonico und Scholaſtico S. Mauritii Paulo K. und beklagten Appellant- und Supplicanten Johann Curdt L. getroffen worden, Krafft deſſen jener dieſem die zu ſeinem von des Herrn Biſchoffs zu H. Hoch-Fürſtlichen Gn. ſub nomine Oblegii erhaltenen Beneficio gehörige in dem Coldingiſchen Amte für Rethem gelegene zwey Dienſtfreye Huffen Landes auf 9. Jahr zu ſeinem Beſten zu bauen, zu nutzen und zu gebrauchen, Meyerweiß eingegeben und verliehen, dagegen dieſer jenem verſprochen Jährlich zwiſchen St. Michaelis und Martini 4. Malter Rocken, 4. Malter Gerſten und 4. Malter Habern an gutem reinem Marckgebigen Korn Hildesheimer Stadt-Maaß auf
4 ſeinen Koſten zu lieffern und zu bezahlen, welches Beneficium ſ. Oblegium vor Ausgang der 9. Jahre beſagter Herr Canonicus K. weil er auf Abſterben des letztern Herrn Dechanten ein anders pinguius Beneficium erlangt, in manus Seiner Biſchöfflichen Gnaden zu reſigniren gemüßigt worden, und ſie ſelbige hinwieder jetzigem Klägern Appellat- und Supplicaten Johann Bernhard L. Canonico zu St. Mauritii den 5. *Octobr. 1699.* gnädigſt conferirt beſage *Num. Act. 11.* alſo jetzo auf Herrn A. Appellat- und Supplicaten ermeldte zwey Huffen Lands gekommen, der dieſelbe beklagtem Appellant-und Supplicanten als einem unfleißigen betrieglichen und moroſen Colono aufgekündiget und zu nehmen begehrt, ſo bald er das Oblegium erhalten, auch den *21. Octobr. 1699.* ein Ober-Amtl. Beſcheid dahin erlangt, daß beklagter L. ſich der zwey Huffen von Stund an enthalten ſolle ꝛc. davon er aber appellirt, vor kein anders Geſchäffte, als pro ſpecie locationis conductionis anſehen und halten können.

Eſt enim contractus colonarius, qui hîc celebratus, nihil aliud, quam locatio quædam, quâ colono prædia ruſtica ad certum tempus ſub certa penſione utenda fruenda conceduntur. Et licet Jure Civili merces in locatione conductione regulariter in pecunia numerata conſtituenda veniat 5

l. 5. §. 2. ff. de præſcript. verb. l. 1. §. 9. ff. depoſ. l. 19. §. 3. ff. locat. arg. pr. & §. 2. Inſt. de locat. conduct. junct. l. 28. §. 2. verb. pretium. ff. eod.

propter commodiorem tamen contrahendi modum receptum eſt, ut uſus rei, in quâ fructus naſcuntur, locetur etiam certâ fructuum illorum annuâ quantitate. 6

l. 8. l. 21. C. locat. Struv. *Ex. 24. th. 5.* Brunneman. *ad d. l. 8. & 21. C. locat.*

7 Quod & hîc factum est, indeque R. & Appellatus nactus est Jus colonarium sive Jus coloniæ, non perpetuæ, sed simplicis, nicht ein Erb- sondern ein gemeines Meyer-Recht auf gewisse Jahr, nemlich auf 9. Jahr allhier, quod Jus colonarium nihil est aliud, quàm Jus sive facultas ex contractu colonario, i. e. locationis conductionis ultro citroque inter locatorem & colonum celebrato, jure ad rem locatam, sub lege contractus & conventionis, colono ceu conductori competens.

Albert. Ludolph. von Harlessen, Hildesiensis *in Disp. de Jure Colonario von dem Meyer-Recht Jenæ an. 1666.* sub B. D. Struvio habitâ. *th. 4.*

8 Subjectum Constituens hujus juris est Dominus bonorum ruralium agrestium, der Guts-Herr, imò & bonæ fidei possessor, usufructuarius, & alii

l. 9. ff. locat. l. 12. §. 2. ff. de usufr.

9 quin ipse quoque conductor de Jure Civili

l. 7. l. 8. l. 24. §. 1. ff. locat. l. 6. C. eod. Meier. *Coll. Arg. d. t. th. 5.*

10 Subjectum recipiens der Beständer est Colonus, qui alienos agros sub hac lege colendos accipit, adeoque rerum ruralium debet esse peritus.

l. 25. §. 1. ff. locat. Thabor.

11 Objectum sunt bona rustica, quæ pro certa pensione utenda fruenda conceduntur, quandoque tamen ædificia adjuncta habent, Hoff- und andere Gebäude. Constituitur hoc Jus locatione conductione, quæ nudo & solo consensu, quocunque modo declarato, contrahitur, ita, ut quamprimum contrahentes de usu rei & certa mercede vel pensione pure convenerint, locatio conductio perfecta sit.

pr. Inst. l. 1. l. 14. ff. l. 24. C. locat.

12 Et ab initio quidem regulariter consensus expressus desideratur, quia certa merces vel pensio determinanda, si tamen semel constitutum sit, & renovari debeat, tunc etiam tacitus consensus sufficit.

l. 13. §. ult. cum l. seq. ff. locat. l. 16. C. eod. utrobique Brunnem. B. D. Lauterbach. *ad tit. ff. loc. cond. §. 1. n. 3. ibique allegat.*

13 Jus colonarium constitutum consistit in mutua obligatione locatoris & coloni, indeque resurgente actione. Et quidem obligatur Locator, ut præstet colono licentiam fruendi re locatâ

l. 9. pr. l. 15. l. 33. ff. locat.

14 quæ includit 1.) traditionem rei locatæ

d. l. 15. §. 1. ff. locat.

per quam traditionem tamen neque dominium, horum bonorum locatorum sive aliud jus in re in iisdem constitutum a

l. 39. ff. locat. l. 80. §. fin. ff. de contrah. empt.

neque vera possessio, sed tantum naturalis β detentio in colonum transfertur

l. 60. §. 1. ff. locat. l. 10. §. 1. l. 32. §. 1. de acq. possess. l. 31. §. 3. l. 33. §. 1. de usurp. & usucap. B. D. Lauterbach. *d. l. §. 2. n. 3. ibique alleg.*

2.) Usum rei, ut nempe præstet rem ad 15 usum destinatum & fructus percipiendos habilem & aptam

d. l. 15. §. 1. & 2. ibi: *oportere agrum præstare conductori ut frui possit. l. 25. §. 1.* ibi: *colono frui liceat. ff. locat.*

3.) perceptionem fructuum, ne nim. co- 16 lonus in ea impediatur.

d. l. 15. §. 8. l. 33. in fin. ff. loc. B. D. Lauterbach. *d. l. n. 5. seqq.*

Contra Colonus ad hæc quatuor obliga- 17 tur 1.) ut pensionem promissam solvat debito tempore

l. 2. l. 17. C. locat.

quod si per biennium cesset, à locatore expel- a li potest.

l. 56. ff. locat. l. 3. C. eod.

Facit huc Mandatum manutenentiæ Ao. β 1658. d. 24. Sept. in causa Wilcken Bœs & consorten contra Amtmann Ludolph Böhling ex Cancellaria Hildesiensi an Hrn. Drosten und Amtmann zu Pein emissum in verbis: auch obgedachter Meyer mit Liefferung der jährlichen Zinß-Gefällen und Dienst-Gelder nicht zugehalten, sich selbsten der Meyerstätt verlustig gemacht, und dahero die Länderey mehr gedachtem Amtmann als Gut-Herrn anheim gefallen.

allegatum *in d. Disp. de Jure Colon. th. 36.* junctâ ibi *th. 38.* allegato Recess. Provinc. Saltzdal.

2.) ut bona locata conservet & recte ha- 18 beat h. e. debita diligentia colat, opera necessaria suo tempore faciat, & in omnibus legem conductionis adimpleat

l. 3. C. l. 25. §. 3. l. 54. ff. locat.

3.) ut ad finem locationis in fundo mane- 19 at & 4.) finito contractu colonario bona restituat

l. 48. §. 1. ff. §. pen. Inst. de locat.

Daß aber bloß ein solcher contractus loca- 20 tionis conductionis hier getroffen und dadurch dergleichen gemeines Meyer-Recht auf gewisse Zeit und Jahr constituirt, nicht aber der contractus emphyteuseos celebrirt, und weder ein Erb-

Erb-Zinß-Recht noch ein Erb-Meyer-Recht, wie R. Appellant und Supplicant von Anfang und zuletzt, wieder ſuſtiniren wollen, conſtituiret worden, das geben heiter und klar die vom R. Appellant- und Supplicanten ſelbſt in Copiis theils auch in Originali producirte Contracts-Brieffe *ſub Num. Act. 19. 21. 22. 32.*

21 *33. 34. 105. 106. 107. 108.* worinn vors erſte in deren theils ausdrücklich der Location ad certum tempus gedacht wird, welches R. Appellant und Supplicant auch toties quoties ſelbſt agnoſcirt in ſeiner Juſtification interpoſitæ Supplicationis *Num. Act. 81.* da er geſtehet, daß er die 2. Huffen auf 9. Jahr conducirt, er habe nie kein Erb-Meyer-Recht prætendirt, noch ſich darinn fundirt, ſondern er ſey Conductor & Succeſſor conductitius, habe einen Contract. Locat. Conduct. Ao. 1697. in novem annos initæ *Num. Act. 19. & 83.* vor ſich, dabey er zu mainteniren, ingleichem nennet er Herrn L. einen Locatorem, und bittet endlich ihn bey dem getroffenen und beweinkaufften Locations-Contract zu ſchützen;

22 Vors ander wird in deren Contract-Brieffen keinem weder des Erb-Zinß-Rechts, noch des Erb-Meyer-Rechts mit einigem jota oder Titel gedacht, ſondern wird faſt in allen nur ſchlechthin der Bemeyerung Meldung gethan, und in etzlichen ausdrücklich præcavirt, daß die geſchehene Bemeyerung ultra vitam locantis & conducentis nicht gültig, vielweniger dem Succeſſori

23 præjudicirlich ſeyn ſolle. Drittens ſind zerſchiedene evidentia ſigna & argumenta initi ſaltem contractûs locationis conductionis, non emphyteuſeos als 1.) iſt ein Canon Emphytevticus gering und hat mit denen fructibus ex fundo emphyteutico percipiendis keine proportion, weil er principaliter nicht in fructuum compenſationem, ſondern in recognitionem dominii directi gegeben wird.

Valaſc. *de Jur. Emphytevt. qu. 3. n. 10. ſeqq.*

24 Hergegen iſt die hier vor die 2. Huffen, 32. Morgen begreiffend jährlich verſprochene und liefernde penſion ziemlich hoch in 36. Scheffeln Früchten beſtehend, ſo ein klare Anzeig iſt, hanc tam magnam penſionem in fructuum compenſationem conſtitutam & ſic locationem conductionem indubitato initam eſſe. 2.) Kan der Emphyteuta ob ſterilitatem vel ſimilem calamitatem regulariter keinen Nachlaß oder Ringerung ſeiner in recognitionem dominii directi zu bezahlen habender jährlichen Penſion prætendiren.

l. 1. in fin. C. de jur. Emphyt. Valaſc. *d. tr. qu. 27. n. 3. ſeqq.* Carpzov. *p. 2. c. 38. d. 19.*

25 Hier wird aber ausdrücklich ob ſterilitatem vel aliam calamitatem, quæ forinſecus ſupervenit & ex vitio vel caſu externo, ſine concurrente conductoris culpâ, ad caſum ordinata, accidit, damnumque notabile fructibus nondum perceptis infert, die moderation und Mäßigung der verſprochenen Penſion, wie in der location conduction zu geſchehen pflegt, und von Rechts und Billigkeit wegen ſolle

juxta *l. 15. §. 2. ff. locat.* vid. B. D. Lauterbach. *de locat. conduct. §. 2. n. 8. ſeqq.*

ausbedungen und verheiſſen. 3.) Erlangt ein 26
Emphytevta in fundo emphytevtico das utile dominium, und iſt alſo virtute illius darüber quocunque modo zu diſponiren befugt.

Emphyteuta enim Jus emphyteuticum 27
ſemel legitime acquiſitum non tantùm cum reliquis ſuis bonis transmittit ad omnes ſuos legitimos & teſtamentarios heredes

§. 3. Inſt. de locat. conduct. Nov. 7. cap. 3. Nov. 120. cap. 6. §. 1. Clem. 1. & 2. de reb. Eccleſ. non alien.

Sed etiam titulo ſingulari tàm inter vivos, 28
quàm mortis cauſa, lucrativo & oneroſo in alios non prohibitos & ad canonem annuum ſolvendum idoneos transferre poteſt

d. §. 3. Inſt. de locat. l. 3. C. de Jur. Emphyt.

modò ad actualem emphyteuſeos translatio- 29
nem domini directi conſenſus requiratur

l. ult. C. de jur. emphyt. verſ. *minimè licere &c.*

cogiturque dominus, factâ ſibi denunciatio- 30
ne, ni jure protimiſeos ſibi competente uti velit, novum emphytevtam regulariter recipere cogitur, ſi paratus eſt laudemium ipſi ſolvere.

d. l. ult.

Hergegen iſt in den Contracts-Brieffen dem 31
mit den 2. Huffen bemeyerten Innhabern derſelben nicht einmal erlaubt die Länderey qu. einem andern ohn Special-Conſens des zeitlichen Oblegiarii einzuthun, zugeſchweigen daß ihm vergönnt ſeyn ſollte ſelbe zu verpfänden, zu verkauffen, oder ſonſt quocunque alio modo zu alieniren ja zu theuerſt nur zu dividiren und ſeinen Kindern pro dote was davon zu aſſigniren, welches ein unbetriegliches argumentum, daß es bloſſe Meyer-Güter titulo locationis conductionis conceſſa ſeyn, als davon ſolches ausdrücklich cavirt in dem Fürſtlich-Braunſchweig. Land-Tags-Abſchied zu Saltzdale de *Ao. 1597.* verb. **Da ſie aber in Entrichtung der Zinſe ein, zwey oder mehr Jahr ſäumig, oder kein Marckgebig Korn liefern, oder die Güter ihren Töchtern zur Ausſteuer mitgeben, oder andern verpfänden, verkauffen, vertauſchen, oder ſonſten in fremde Hände kommen, oder auch in andere unziemliche wege beſchwehren oder aber auch verwüſten und gantz ausmergeln würden, wann deswe-**

gen zuvor bey den Beamten oder andern Gerichts-Herrn gebührlich aber vergeblich geklagt worden, seyn die Guts-Herrn der Abmeyerunge halben nicht allein in oberzehlten Fällen nicht zu verdencken ꝛc. ꝛc. Darauf die Cotrahentes unzweifflich reflectirt, so mehr, als die Fürstl. Stifft-Hildesheimische Policey-Ordnung

art. 82. 83. 84. 85. 89. & 94.

sich damit conformirt, und von den Meyer-Gütern dasselbe ebenmäßig verordnet.

32 4.) Kan kein geistlich Gut von einem privat membro eines Stiffts oder Klosters, ohn dessen Consens, citra ejusdem evidentem utilitatem vel necessitatem, & quidem præhabitâ desuper Capitulari deliberatione, & accedente superioris authoritate, in emphyteusin verliehen werden.

c. 5. & 8. X. de reb. Eccles. non alien. c. 52. c. 12. q. 2. & simil. Andr. Vallens. *ad tit. Decret. de reb. Eccles. non alien. §. 1. n. 4. & §. 3.*

33 Diese zwey Huffen zu dem Oblegio qu. gehörig aber sind jederzeit von dem allmahligen Oblegiariis nach ihrem freyen Belieben, wem sie gewolt, ohn Beobachtung solcher Solennitäten Meyers-weyse, verliehen und ausgegeben worden, ohne daß jemals von jemanden dawider das Geringste geändert oder movirt worden, sonder allen Zweiffel, weil es kund und offenbar gewesen, daß es nicht emphyteuseos jure cum translatione utilis dominii, sondern nur bloß locationis conductionis titulo quoad usum pro certa pensione concessum geschehen; Und dergleichen argumentorum pro contractu locationis conductionis könnten leicht noch viel mehr aus besagten Contracts-Brieffen gezogen werden, da es die Noth erforderte, wir halten es aber vor unnöthig uns damit länger aufzuhalten, und vor gantz unzweifflich, auch von Klägern, Appellat- und Supplicaten, selbst in seinen Schrifften überflüßig erwiesen, daß es kein ander negotium, als contractus locationis conductionis, vel contractus colonarius, qui ejusdem species est.

34 Hoc supposito ist 2.) es eine richtige und ausgemachte Sache bey uns, quod sicut ex communi & constanti Doctorum sententiâ, quæ passim in Germania & alibi usu & Praxi recepta, atque rerum judicatarum frequentia comprobata est, Emptor aliusve Successor singularis non tenetur stare locationi cum venditore vel alio antecessore, cui quis ex titulo singulari successit, initæ, sed ab illa recedere & conductorem etiam ante finitam locationem licite expellere potest, salvo tamen huic regressu ad locatorem suum ratione interesse,

arg. l. 9. C. locat. ibi August. Barbos. & Brunnem. *l. 25. §. 1. ff. locat.* Bachov. *ad Tr. vol. 1. Disp. 29. th. 8. lit. a.* Lugo *de J. & J. Disp. 29. n. 16.* Struv. *Ex. 24. th. 27.* Carpz. *p. 2. c. 37. d. 4.* Coler. *p. 1. dec. 8. n. 16.*

etiamsi locatio in longum tempus sit contracta

Christin. *vol. 3. Dec. Belg. 113. n. 1.*

aut Successorcausam habeat lucrativam

l. 120. §. fin. ff. de legat. 1. B. D. Lauterbach. *ad tit. ff. de locat. conduct. §. 1. n. 27. seqq.*

Sic & Canonicus, qui alteri in præbenda 35
successit & surrogatus est, præcise haud stare teneatur locationi agrorum ad præbendam illam pertinentium ab antecessore factæ, sed colonum vel conductorem agrorum ad beneficium suum pertinentium ab antecessore locatorum ante lapsum termini locationi præstitutæ omnino licite expellere valet, nec colono vel conductori ulla competit actio vel exceptio, qua se adversus surrogatum suo locatori in beneficio Ecclesiastico Canonicum agros repetentem in conductione tueri queat, ut pluribus in terminis quasi terminantibus id firmant

Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 5. tit. 12. per tot. & tit. 2. seqq.* Lugo *de Inst. & Jur. Disp. 29. n. 24.* Trentacinq. *lib. 3. resol. tit. de locat. resol. 3.* quos sequitur B. D. Lauterbach. *d. §. 1. n. 16. sub fin.*

Deswegen hier keine andere Urtheil hat gefället werden können, als wie die den *10. Sept. 1700.* publicirte, welche wir dannenhero nothwendig haben müssen confirmiren, und weil R. Appellant und Supplicant dawider recht te- 36
mere supplicirt, und so verwegener weise in allegatione & deductione sui tituli variiret, und nicht ohn Bosheit bald eine location bald ein emphyteusin drauß machen wollen, haben wir ihn in expensas hujus instantiæ condemniret, vi regulæ: Victor victori &c. in

l. 13. §. 6. C. de judic.

fundatæ. Welches wir, salvo semper meliori, alles den Rechten durchaus gemäß erachten ꝛc. und zu verlangter Rechtl. Nachricht dienstlich anfügen sollen. Actum in Collegio nostro den 31. Maji 1702.

Decanus und andere Doctores der Juristen-Facultät bey Fürstl. Würtemb. Universität Tübingen.

CON-

CONSILIUM CXV.

DE

Contractu, Vitalitio, Donatione sub modo facta, Insinuatione, &c.

SUMMARIA.

1-5. Facti Recensio.
6. De Formalibus Processus ratione Judicis & litigantium disquiritur.
7. Reassumtio Litis non tantum extrajudicialiter, sed judicialiter fieri debet.
8. Quando res petitur jure Dominii, rei Vindicatio indubie instituta intelligitur.
9. Condictio causa data causa non secuta instituti non potest, ubi promissa ab accipiente sunt præstita.
10. Post L. C. Libellum mutare non licet.
11. Quæstio præjudicialis proponitur.
12. Ultima voluntas semper ambulatoria, usque ad extremum vitæ halitum, & posterius Testamentum tollit omnia priora, etiamsi eorum mille confecta fuerint.
13. Quam Regulam Pontifex confirmat exemplo Veteris & Novi Testamenti, in c. 6. X. de celebr. missæ.
14. Si aliquid agatur coram Judice, vel in specie donatio ipsi insinuetur, ipse verò non intelligat, aut apertè ei non fuerit exposita, an pro insinuata habeatur?
15. Tam ad donationem quam ad Contractum Vitalitium requiritur consensus non tantum donatoris seu dantis, sed etiam donatarii & accipientis.
16. Et requiritur in donatario in specie acceptatio.
17. Quâ deficiente neque donatio neque Pactum vitalitium consistere potest; ita ut etsi donatarius possessionem rei donatæ apprehenderit, donans vel dans tamen liberè rem illam revocare mentemque donandi donare possit.
18. Donatio propter omissam insinuationem est ipso jure nulla Jure Civili, si 500. solidos excedat, & Jure Würt. si 200. florenos.
19. Verba: So viel: *in J. P. W. p. 2. t. 18. §.* Wann einer. *restrictive ad quantitatem expressam accipienda.*
20. Jure Würtembergico requiritur etiam insinuatio donationis rei cujusvis immobilis, quamvis ejus æstimatio ad summam 200. florenorum non ascendat.
21. Nec donatio inter vivos nec Pactum Vitalitium in Testamento celebrari potest, imo hoc eo ipso redderetur omnino nullum. Nullus enim extraneus actus actui testandi intermisceri debet. ibid.
22. An talis donatio vel pactum in testamento valeat exinde in vim donationis M. causa vel legati?
23. Legata est M. C. donationes per Testamentum posterius tolluntur, licet revocatio nominatim non esset facta.
24. An donatio omnium bonorum valida?
25. In subjecto casu subesse donationem sub modo & pro censu victalitio consequendo factam, concluditur.
26. Quomodo constituatur contractus vitalitius?
27. Instrumentum publicum, & multis modis confirmatum refertur.
28. Publicum Instrumentum plenam facit fidem, & probatam inferre probationem dicitur.
Ita contra hanc probationem alia probatio non admittatur, quam quæ fit per aliam Scripturam.
29. Publicum est non saltem, quod a Notario publico, sed & quod in Judicio, & Jure Würt. quod ab Actuario & Scriba publico jurato confectum est.
30. Hujusmodi Instrumenti judicialis fidei nec Judicis contraria assertio derogat.
31. Ea plenum robur habent, etiamsi nec a partibus nec à testibus fuerint subscripta. Ratio ibid.
32. Multo major igitur eorum fides est, ubi non testes extranei & privati, sed ipsi Judices & Scabini subscripsere, eaque Actis & Libris judicialibus inserta fuêre.
33. Voluntas & consensus non verbis tantum, sed & factis declaratur, & præcipue rem gestam subsequentibus, ut ratihabitione & adimpletione, quod conventum dicitur.
Exemplum donationis de impletione. ibid.
34. In specie voluntas & consensus in donatione declaratur per rei donatæ receptionem & acceptationem.
Illiusque inter plures donatarios divisionem. ibid.
35. Item per catastrationem, & quomodo?
Ratio. ibid.
36. Cum Donatio facta absenti, eo ipso, quo hic id scivit, habeatur pro perfecta ob præsumptam acceptationem, cur non potius facta præsenti, suamque complacentiam declaranti, quia etiam plane tacenti præsenti facta pro acceptata habeatur.
37. De Requisitis donationis ratione subjecti & formæ.
38. Donatio per traditionem & acceptionem

nem seu apprehensionem consummatur, & ita dominium transit à donatore in donatarium.

39. *An donatio sit modus acquirendi an causa tantum & titulus disquiritur?*

40. *Id quod semel donatum & traditum, revocari non potest, si donatarii vicissim promissa impleverint, nec ingrati fuerint.*

41. *Donatio nec per testamentum revocari potest.*

42. *Quamvis testamentum per testamentum infirmari.*

43. *Exemplo perniciosissimum esset, eum ad contrariam assertionem vel inficiationem & negationem ejus, quod antea certo consilio, & cum allegatione gravium causarum publice professus erat, admittere velle.*

44. *Depositiones testium de opinione vulgi tantum, præsertim incerta, non probant.*

45. *Error ex rusticitate & ignorantia resultans veritati rei gestæ, præsertim in Instrumentum publicum & Acta Judicialia redactæ, nihil derogat.*

46. *Quando quidam testes testamenti vel donationis instrumento, quod non ita res se habeat, ut in illo scriptum sit, contradicunt, eorum contradictio non attenditur, si alii adsint, qui pro illo deponunt.*

47. *Notarius s. in Ducatu Würt. Actuarius, & unus testis, tres facere dicuntur, cum Notarius duorum testium personas sustineat.*

48. *Plus fidei tribuendum esse duobus testibus affirmantibus, quam mille negantibus.*

49. *Æquali numero existentibus testibus contrariis, præfertur eorum testimonium, qui dignitate præcedunt, & verisimiliora deponunt.*

50. *Præsumtio cedit veritati.*

51. *Contractum Vitalitium à donatione simplici omnino differre; à donatione v. sub modo, seu impropria non multum: Nihilominus hoc pactum vitalitium retinere naturam & qualitatem contractûs innominati do ut des vel facias, probatur.*

52. *Quando igitur tale Pactum Vitalitium initum censeatur?*

53. *Quando donatio fit judicialiter, quæ opus habet insinuatione, an non id, quod actum coram judicio, potius pro ipsa conventione vel donatione, quam insinuatione habendum?*

54. *Insinuatio donationis separatim facienda ad eam tantum donationem pertinet, quæ fit extrajudicialiter, ubi vero fit judicialiter, non opus esse nova insinuatione, præsertim, ubi Decretum Judicis non necessarium, asseritur.*

55. *Jus Würt. requirit etiam inscriptionem judicialem.*

56. *Regula: Actum testandi per nullum alium actum interrumpi debere limitatur, 1. nisi hic actus plane conveniens sit menti & actui testantis. 2. nisi talis actus alienus cito expediri possit, tum enim non officii unitati actûs testandi.*

57. *Donatio inter vivos in testamento facta, an jure legati censeatur; & inde in testamento alio revocari possit?*

58. *Pro donatione omnium bonorum haberi non posse eam, quando donator singulas res vel bona donata specificè enarrat.*

59. *Sententia.*

ALs Uns Decano und andern Doctoribus der Juristen Facultät bey gemeiner Hochfürstlich Wirtembergischen Universität Tübingen hiebey wieder zuruck kommende Acta vor einiger Zeit großg. zugesandt worden, darüber unser Rechtl. Gutachten zu erstatten; So hätten wir nichts liebers sehen und wünschen mögen, denn daß wir selbige gleich expediren können, es haben sich aber die negotia bey unserm Collegio dergestalten überhäuffet und sind so viele Bothen von hohen Königl. Chur- und Fürstl. Hof-Gerichten aus der Ferne von weit entlegenen Orten mit gar vielen Actis gekommen, daß wir, weil selbige auf die Expedition ihrer Actorum mit grossen Kosten gewartet, davor nicht haben dazu gelangen mögen, daß wir diese Acta hätten unter Handen nehmen können, biß jene Bothen nach einander abgefertiget, deßwegen diese mora verhoffentlich nicht wird in Ungüte vermercket werden. Als wir nun gegenwärtige Acta mit gebührendem Fleiß durchlesen, so haben wir daraus forderist wahrgenommen nachstehendes

FACTUM.

1 NAchdeme Johannes Stählin S. geweßter Schulthaiß zu Echterdingen zu so hohem Alter kommen, daß er seine Güter selbst nicht mehr der Gebühr bestellen können, mit seinem damahlig dritten Weib aber nicht allein eine friedliche Ehe besessen, sondern auch von ihren vier Söhnen, seinen Stief-Kindern, Hanß Stäbler damahligem Schulthaißen allda, Michael Georg und Jacob den Stäblern alle kindliche Affection Wohl- und Guthaten genossen und empfangen, hat er dahero eine solche Gegen-Liebe gegen dieselbe gefasset, daß er sich resolvirt, ihnen seine meiste Liegenschafft mit diesem Geding und Beschwerd zu übergeben, daß sie ihme hergegen jährlich, so lang er das Leben haben würde, zu seiner Sustentation und Alimentation 12. Scheffel Dinckel, 4. Scheffel Haber und 4. Simri Erbsen ohnklagbar liefern, benebens nicht allein die ihnen übergebende, sondern auch vor sich behaltende Güter

in

in des Flecken-Steuer und Beschwerden übernehmen, und solche allein bezahlen sollten. So diese sich auch gefallen lassen, Besag N. act. 4. fol. 2. Massen gedachter Stählin S. ihnen darauf den 24. Januar. An. 1694. solche in der Ubergab und Theilung specificirte Güter wircklich übergeben, diese solche auch angenommen und sich vertheilet haben. Besag Actor. 2 sub N. 12. fol. 8. seqq. Es hat aber Seel. gedachter Schulthaiß Stählin es dabey nicht bewenden lassen, sondern noch ferner an den damaligen geschwornen Amts-Substitutum Georg Burckard Knöbel angesonnen, solche Ubergab, und was er mit seinen Gütern ferner zu disponiren gewillet, schrifftlich zu begreiffen und darauf ein Gericht zu versammlen; Die also schrifftlich verfaßte Disposition ist nun darauf den 30. Januar. ermelten 1694sten Jahrs in gerichtlicher Versammlung dem S. Stählin laut und deutlich vorgelesen und von ihme durchaus bejahet, approbirt, und endlich durch sein selbst, der vorhandenen sammtlichen Richter und des ernannten Substituti Unterschrifft und Petschafft authentisirt und bekräfftiget, ja nach solchem von ihm Stählin den 6. Febr. ermelten Jahrs dem damahligen Herrn Vogt Ambts-Verwesern Herrn Jacob Christoph Kornen zu Stuttgardt gebracht, und daß es ihme von demselben vorgelesen werden möchte, begehret, endlich da solches geschehen, auch von demselben unterschrieben und gesiegelt worden.

3 In solcher Disposition ist nun mit ausgedruckten Worten befindlich, daß der S. Stählin aus angeführten Ursachen nicht unterlassen können, auch in seinem Gewissen sich schuldig befinde, ernannte seine vier Stieff-Söhne so wohl durch eine Ubergab unter den Lebendigen, so zu Recht donatio inter vivos genannt, als auch mit seiner hinterlassenen und damahlen noch vorbehaltenen Vermögenschafft zu bedencken und darauf die in der Länge nacheinander benamßte Stück und Güter sammtlich mit einander zu ihrer freyen und eigenen disposition überlasse, auch hiemit kräfftiglich donire, verehre und übergebe, dergestalten, daß sie solche nicht allein als ihr Eigenthum haben und behalten, unter einander in gleiche partes vertheilen, und solches dem Theil-Buch einverleiben lassen, auch niemand nach seinem Tod deß halber einige Red und Antwort zu geben nicht schuldig seyn sollen, sondern auch solche seine vier Stieff-Söhne die Stäbler noch weiters zu seinen rechten wahren Erben und Erbnehmern seiner übrigen Verlassenschafft ernenne und einsetze, jedoch mit dem angehenckten modo und onere, daß sie ihm, so lang er im Leben, obspecificirte Früchten alljährlich ohnklagbar zu seiner Sustentation und alimentation liefern und dabey alle seine so wohl übergebene als vorbehaltene Güter die Flecken-Steuren und Beschwerd zu übernehmen und zu bezahlen schuldig seyn sollten. Nicht weniger cedire, donire, verehre und übergebe er auch seiner mit Jerg Koch verheuratheten Baasen Marthä ältesten Tochter Margarethä ein halb Tagwerck Wiesen und drey Achtel Lands, solche als Eigenthum zu genieссen, bitte die Richter, dieser Donation und Testamentlichen letzten Willens Verordnung ingedenck zu seyn, und dem Gerichts- oder Theilungs-Buch einzuverleiben ꝛc. Und darauf seye diese Donatio und 4 letzte Willens Verordnung nach offentlicher Verlesung in reiffe deliberation gezogen, dem Land-Recht gemäß befunden, gerichtlich authentisirt und dem Gerichts- oder Theilungs-Buch verbotenus einverleibt worden. Als auch endlich hierauf die Güter denen 4. Stäblern in Beyseyn des Stählin S. in die Steuer gelegt worden, haben jene die ihnen angedingte jährliche Früchten nicht allein richtig, sondern auch mehrers geliefert, auch der Schulthaiß Stäbler ihne Stählin seinen Stiefvatter, ohne Abzug an solcher Lieferung geraume Zeit vergebens gespeiset, nicht weniger alle Steuren und Beschwerden ohnklagbar abgerichtet, so daß er etliche Jahr nach einander wohl zufrieden gewesen, und es bey der geschehenen Ubergab verbleiben lassen, biß er sich endlich in Anno 1698. den 30. December anders resolvirt 5 oder bewogen worden, ein neues Testament aufzurichten, und die in Anno 1694. geordnete Disposition als eine lautere testamentliche und letzte Willens Verordnung zu cassiren und aufzuheben, und nach der Hand von denen vier Stief-Söhnen die ihnen sub modo & cum onere alimentationis übergebene Güter durch rechtliche Klag seriò zu repetiren; Wie dann solche Sach darmit in eine langwierige und weitläuffige Rechtfertigung erwachsen, während welcher die vier Stäbler nicht unterlassen, was sie gegen Annehmung obgemelter Güter versprochen fleißig zu liefern und zu præstiren, der Stählin S. auch ohne Widerred anzunehmen, nachdeme er aber durante Processu dieses Zeitliche gesegnet, haben dessen neuen Testaments Erben als Aa. solchen prævia reassumptione biß zum Beschluß prosequiret und erwarten also neben den 4. Stäblern als Beklagten ein End-Urtheil.

Nachdeme aber ohne vorherig-nothdürff- 6
tige Erwegung tam Formalium quam Materialium Processus eine solche nicht wohl abgefaßt und begriffen werden kan, so hat es zwar ratione der Formalium, so viel solche concerniren so wohl den Judicem, weilen des ratione Partium zwar sonst incompetentis Dn. Judicis Jurisdictio durch gnädigsten Remissions-Befehl zu recht fundirt, und von beeden Theilen ohne Widerred agnoscirt worden, als die personas litigantes, wiewohlen wider den alten Schulthaissen Stählin, als A. de inhabilitate standi in Judicio anfänglich excipirt worden, doch folgends seine Curatores erschienen seyn, wie nicht weniger qua singulas instantiæ partes, libellum nim. litis contestation. probationem & submissionem in allem 7

seine behörige Richtigkeit, alldieweilen aber die Litis reassumptio de moribus ein vornehmer pars Processus judicialis mit ist, und deßwegen billich in judicio und nicht nur extrajudicialiter verrichtet werden soll, als wird der Herr Richter belieben, die Aa. ante publicationem sententiæ zu erinnern, litem judicialiter zu reassumiren, und sie darauf nochmahlen submittiren zu lassen, um damit wenigst allem Disputat ins künfftig vorzubiegen.

vid. Gail. *1. O. 109.* ibi: debet constare de morte partis Judici, ut tali, hoc est, ex allegatione judiciali.

Mynsi. *1. O. 85. in fin.*

8 Was die Materialia aber anbetrifft, so wäre zwar vorderist zu investigiren, quænam actio fuerit instituta? und juxta declarationem in libello factam darvor zu halten, daß der verstorbene Actor auf die rei vindicationem müsse abgezielet haben, so viel diejenige Güter anbetrifft, so tempore traditionis sein eigen gewesen, so viel aber diejenige betrifft, so er von seinem seel. Weib ererbt, und doch unter denen übergebenen begriffen gewesen, müßten Aa. entweder die petitionem hereditatis, wann Rr. heredes zu seyn sich angemasset, oder solche pro hereditate zu possidiren vorgegeben hätten, oder auch die R. vindicationem als contra singulares Successores ex *l. 7. C. de her. pet.* reflectirt haben.

vid. Brunn. *ad d. l.*

Quando enim res petitur Jure dominii, 9
indubiè rei vindicatio instituta intelligitur.

Dd. eorum *ad tit. ff. & C. de R. Vind.*

Dann daß Aa. seine neue heredes testamen- 10
tarii auf die Condictionem causa data causa non secuta ihre Absicht gerichtet haben, kan der Ursach nicht geglaubt werden, weilen sie so wohl als der antecessor gestehen müssen, daß Rr. præstirt und geliefert haben, was sie solcher übergebenen Güter halber versprochen, Hereditatis petitionem aber können diese Testaments-Erben nicht verstehen, weilen eine libelli mutatio darum erfolgen würde, so post litem contestatam nicht mehr zuläßig ist.

Speculat. *lib. 2. p. 3. tit. de expens. §. 12. ante L. Contest. 3. n. 11.* Hartm. Pist. *p. 4. q. 22. n. 5.* L. R. *p. 1. t. 19. §.* Und mag ꝛc. & ibi Besold. & Lauterb. *th. 43. n. 2.*

Nachdeme aber diese Præjudicialis vorhero 11
enodirt werden muß, Ob die in Anno 1694. beschehene Ubergab zu Recht kräfftig und beständig gewesen sey oder nicht, consequenter durch die in Anno 1698. gefolgte Testamentarische Disposition revocirt und aufgehoben werden könne, als wird sich aus derer refutatione von selbsten ergeben, ob und welche von denen vermuthlich instituirten Actionibus statt finde.

RATIONES DUBITANDI.

12 WEgen solcher præjudicial-Frag allegiren nun I. so wohl der Verstorbene also noch lebende Kläger, daß jener durch Errichtung der Disposition in Anno 1694. nichts anders als ein Testament, so er jederzeit wieder ändern oder aufheben könnte, gemacht habe, und machen wollen, so gar, daß er auch deßhalber einen leiblichen Eid zu schwören sich anerbotten laut retectionis sub N. 5.

Cum igitur ambulatoria sit hominis voluntas ad extremum usque vitæ halitum seu exitum

l. 4. ff. de adim. leg.

Posteriorem emendet priorem, ita ut Testamentum ultimum tollat omnia præcedentia, & si testator mille testamenta condidisset

l. 32. §. 3. ff. de don. int. V. & U. can. 4. caus. 13. q. 2. argumento vocis, *Ultimam* veritatemque hujus conclusionis 13
stabilit Pontifex exemplo Veteris & novi Testamenti *in cap. 6. §. de celebr. Miss.* Socin. *c. 3. Cons. 101. n. 6.* Cephal. *Cons. 559. n. 2. lib. 4.*

Und hab es auch männiglich darvor gehalten prout probatum videre licet ex depositione Testis 1. 2. 4. & 5. ad prob. 1. & Mt. 7. si probat. 1. Testis 1. 2. 3. 4. 5. ad Mt. 9. prob. 4. item T. 3. 4. 5. & 10. ad Int. 6. def. 1.

Die Zeugen auch als ein Testament unterschrieben.

T. 1. 2. 3. 4. & 5. ad prob. 4.

Dahero am Tag, daß der Concipient des Te- 14
staments sich gewaltig verstossen, der Testator aber in offentlichem errore gewesen, daß an statt dispositionis revocabilis eine beständige donatio inter vivos irretractabilis seinem Testament einverleibt worden, wann nun über das auch die Zeugen oder Scabini nicht verstanden und gewußt, was ihnen vorgetragen oder vor ihnen gehandelt worden, als kan die dispositio quæstionis keinen rechten Bestand nicht haben.

Nam si aliquid agatur coram Judice, vel in specie donatio ipsi insinuetur, ipse vero non intelligat aut aperte ei non fuerit exposita, illa pro insinuata non habetur, prout decidit

Gratian. *Discept. For. Cap. 4. §. 3. n. 14.* & quos ibi porro citat.

Zumalen vorgebend, daß durch die beschehene Ubergab keines Wegs das dominium der Güter, sondern nur der bloße usufructus auf die Rr. transferirt worden seye; wie aus der Klag deutlich zu ersehen. I. depositio Test. ad Interr. 9. prob. 7.

15 II. Seyen die Rr. selbsten ungewiß, wie sie diese Ubergab nennen sollen, indem sie solche bald für eine Donation, bald für ein Pactum victalitium ausgeben, keines aber könne de jure nicht bestehen, quia ad utriusque constitutionem requiratur non saltem donatoris seu dantis, sed etiam donatarii seu accipientis consensus

per textum rotundum *in l. 55. ff. de donat.* Zoes. *ad tit. ff. de don. num. 35.* B. Dn. D. Fromman. *in Diff. don. S. & M. C. th. 7. vers. utriusque* Carpz. *5. resp. 62. tit. 7.*

16 Nun fehle es aber nicht allein an dem animo donandi & dominium transferendi nach des A. Stählins S. Aussag, sondern auch und noch viel mehr an dem Consensu der vermeinten Donatariorum debitè declarato, als welche zur Zeit errichteter Donation und pacti victalitii nicht gegenwärtig gewesen, derowegen als Ignorantes & absentes in solche Donationem oder pactum nicht hätten consentiren können,

Nisi vero donatio vel pactum victalium à donatario quoque sit acceptatum, neutrum pro perfecto haberi potest

l. 10. ff. de donat. Laud. Zoes. *d. t. n. 36.* Joh. à Sande *Dec. Fris. lib. 5. tit. 1. def. 1.*

17 Ita quidem, ut etiamsi donatarius possessionem rei donatæ apprehenderit, sicut ampliativè definit

Laud. Dn. D. Fromm. *d. th. 7. vers. pen.* Donans tamen vel dans rem illam liberè revocare possit mentemque, quam donando habuit, mutare.

Zoës *d. t. num. 37.*

Ja da schon ratione utriusque contrahentium vel paciscentium consensus die Sach in Richtigkeit stühnde; wäre doch erwehnte Donatio excessiva oder Ubergab.

18 III. Propter omissam insinuationem null und nichtig

Gratian. *in Discept. Forens. cap. 483. n. 9.* Gabriel. *lib. 1. cons. 158. n. 6.* B. Dn. D. Fromman. *d. Disp. th. 11. vers. Hæc si non observata &c.*

Et quidem non saltem propter Juris Civilis *in l. 34. C. de donat. Nov. 162. C. 1. §. f.*

Si scil. Donatio 500. solidos excedat, sed etiam Juris Provincialis Wirtembergici dispositionem, si quantitatem ducentorum florenorum egrediatur ac superet,

J. P. *p. 2. t. 18. §. Wann einer &c.* B. Dn. D. Lauterbach. *in Diff. F. C. & W. D. 2. th. 28. n. 2.*

scil. quoad summam, quæ excedit 500. vel 200. solidos & florenos

Cz. *p. 2. c. 12. d. 17.* D. D. Fromm. b. m. *d. th. 11. vers. fin.* J. P. *p. 2. t. 18. §. Wann einer &c.* in verbis: Hat diese

Schenckung, so viel die über bemelte 200. sich erstreckende Summ anlanget, nicht Krafft.

Clausula enim illa so viel seu, in quantum, quatenus dispositionis restrictiva est ad quantitatem expressam. 19

Klock. *tom. 4. cons. 1. num. 191. alleg.* Mynsi. *resp. 73. n. 29.* ibi: verbum so viel, exprimit quantitatem & species bonorum dotis *J. n. 29.*

Imo hæc insinuatio de hoc Jure speciali- 20
ter necessaria est, si donata vel tradita sit res immobilis cujuscunque pretii scil. ad summam dictorum 200. ascendentis vel non.

Laud. Dn. D. Lauterb. *d. th. n. 3.* B. Dn. D. Fromm. *d. D. th. 11.* in tertia ampliatione *vers. Etiamsi plures.*

IV. Seye zu Recht bekandt, daß dergleichen Donatio inter vivos onerosa licet & sub modo so wenig als ein Pactum Victalitium in keinem Testament vorgenommen und celebrirt werden könne, sondern das gantze Testament propter hujusmodi actum extraneum gäntzlich null und nichtig seye. 21

prout cum Fr. Pruckm. & per illum allegatis vere concludit sæpius laud. Dn. D. Fromm. *d. Disp. th. 42. in pr.* per *l. 20. ff. de V. S. J. l. 21. §. f. ff. de testam.*

Idque ad conformitatem generaliter traditorum à Doctoribus, quod nullus extraneus actus actui testandi intermisceri debeat.

B. Dn. D. Lauterb. *de solenn. test. th. 9. & 10.* Vinn. *in Comm. ad tit. Inst. de test. ordin. §. 3. n. 7.* Schneidwin. *ibid. n. 7. vers. duodecimo.* Zoës. *ad tit. ff. qui test. fac. poss. n. 30.*

Solte aber V. davor gehalten werden, daß 22
die Donatio in testamento C. celebrata oder die ex pacto victalitio in illo inito secuta traditio pro legato oder donatione M. C. zu halten wäre, uti opinatur

Fachin. *lib. 5. Controv. Jur. cap. 32.* Mevius *ad J. Lubec. lib. 1. t. 9. A. 3. n. 20.*

ac legati vim in certo casu tribuit

Vinn. *d. l. n. 7. circ. fin.*

so folgete, daß weilen juxta *tit. ff. de adim. & transfer. Leg.* die Legata sowohl als die 23
testamenta revocabilia seyen, daß solche donatio vel traditio ex pacto prætenso victalitio facta rechtmäßig durch das in Anno 1698. solenniter verfertigte testamentum posterius cassirt und auffgehoben worden.

Licet nominatim revocatum non esset

arg. l. 1. 2. ff. de Inj. rupt. irrit. fact. test. l. 27. C. de testam. ibi: Ipso Jure tollitur prius testamentum, si perfecta est secundi testamenti confectio.

So dann seye VI. die prætensa donatio & 24
traditio ex pacto victalitio so excessiv und über-

übermäßig, daß der Stählin S. sich dadmit dergestalt entblößt hab, daß Ihm nichts, darüber testiren zu können übrig geblieben seye, dergleichen zu recht nicht bestehen könne, sich deßhalber auff

Fr. L. R. *p. 2. tit. 18. §. Dajemand &c.* beruffend.

Endlich und VII. seye die Donatio Q. eine Donatio omnium bonorum, derowegen zu Recht nicht beständig.

Und werde VIII. ob ingratitudinem rechtmäßig revocirt.

RATIONES DECIDENDI.

25 Aber aller dieser dem Ansehen nach ziemlich stringirender, und anderer Schein-Gründe, so noch irgends ferner auf die Bahn gebracht werden möchten, ohnerachtet halten wir beständig dafür, daß dennoch anderseits weit sträckere, trifftigere und kräfftigere Argumenta und Fundamenta pro validitate donationis sub modo seu oneroſæ, sive traditionis ex pacto vel potius pro reditu & censu vitalitio consequendo facta vorhanden seyn.

26 Indem I. der voluntas donandi, seu reditum & censum vitalitium mediante traditione per contractum innominatum do ut des vel facias facta consequendi eines- andern Theils aber donationem acceptandi traditaque sibi ex d. causa acquirendi offenbahr und so klar am Tag, daß wohl nicht der geringste Scrupulus deßwegen im Medio übrig bleibt.

27 Dann so viel erstlich den Donatorem seu tradentem betrifft, so ligt deßwegen ein Instrumentum Publicum à Persona Publica jurata publicè in Judicio præsentibus Scabinis non saltem scriptum, verum etiam Donatori clarissima voce iterato & distincte prælectum, atque post eam ab ipso de membro ad membrum disertis verbis approbatum, demum ab ipso non saltem sed & omnibus, qui præsentes fuerunt, novem scabinis & Actuario in continenti, à Dn. Præfecto autem sive ejus vicem gerente ex intervallo subscriptum & sigillatum vor Augen, nehmlich die also genannte Donatio oder Ubergab und Testamentum vom 30. Januarii 1694. sub Nro. Actor. 12. & 13.

28 Publicum autem Jnstrumentum plenam fidem facit & operatur probationem probatam disceptatione fori non egentem

Cz. *1. resp. 4. t. 1. num. 8. & l. 4. resp. 9. n. 3.* Cravett. *Cons. 613. n. 4.*

adeo ut contra probationem Instrumenti probatio non admittatur, nisi per aliam scripturam

l. 13. C. de N. N. P. Besold. *cons. 63. n. 5.*

29 Publicum autem est non saltem quod à Notario Publico (cui in Ducatu Würtembergico comparatur ein Stadt- Ambts- und Gerichts-Schreiber

J. P. P. 1. t. 34. §. Welcher & seq.)

sed etiam, quod in Judicio conficitur

Mascard. *de probat. Q. prælim. 6. num. 77.*

Cujus fidei Judicis contraria assertio non 30
derogat, si sit perfectum ac suas solennitates habeat, cujusmodi est, Instrumentum Q. super donatione seu traditione bonorum ac dispositione ultimæ voluntatis confectum

Stryck. *vol. 2. Disp. de Jur. Pro. cap. 6. n. 30. & 31.* Mev. *p. 1. d. 120. num. 2.* Damhoud. *Pr. Crim. cap. 149. num. 12.*

Si igitur coram actis gesta vel Instrumen- 31
ta in Judicio erecta plenum robur ac fidem merentur etiam absque subscriptione partium & testium

Mæv. *p. 2. d. 207. n. 1. 2.*

Cum in actibus judicialibus frustra testes adhibeantur eorumque subscriptio

B. Dn. D. Bardili *de subscript. th. cap. 6. §. 1. n. 21.* Brunneman. *ad l. 31. C. de don. in pr.*

Judex enim testium vices supplet & sustinet

Dn. D. Harppr. *cons. 54. n. 99. & 108.*

Quantò majorem acquirunt, si non testes 32
extranei & privati, sed ipsi Judices & Scabini Instrumenta, coram se erecta subscripserint. Ac insuper actis judicialibus, dem Gerichts- und Theilungs-Buch inserta sint verbotenus

Mæv. *ad J. Lub. Part. 5. t. 6. A. 1. n. 2. seq.*

Und nun in dem errichteten Instrumento respective Donationis & testamenti so klar und deutlich beschrieben, ex qua causa in quem finem der S. Stählin seinen 4 Stieff-söhnen die so genau specificirte Güter übergebe, verehre und donire, solches auch so solenniter attestirt, und dem Theilungs-Buch inscribirt worden ist, so ist es fast ohnmöglich, daß man an dem animo donandi &c. bey dem Tradente bona Q. solte zweifflen können, da zumahlen der Donator nicht allein, wie es also beschrieben, und ihme Gerichtlich vorgelesen worden,

Test. 2. 3. ad. prob. 5.

gerichtlich in continenti und ex postfacto vor dem Vogt-Amt zu Stuttgardt gut und recht gesprochen, und nichts darwider eingewendt, juxta

Test.

Test. 2. & 4. ad Int. 2. prob. 4. & Test. 1. 2. 3. 4. & 5. ad Int. 3. de probat.

denen auch in Conformitæt solcher Donation Rr. die Güter gleich,

Testis 4. ad Int. 4. prob. 6.

oder vielmehr auf vorher getroffene Vergleichung etliche Tag zuvor, laut oben allegirter Übergab sub Nro. 12. eingeraumt; So er Donator S. nachgehends zerschiedentlich selbst auch gegen unterschiedene Personen gerühmt und bekennt, daß er seine Güter seinen Stieff-Söhnen geschenckt und übergeben hab, juxta claram depositionem

Test. 3. 4. 5. 10. & 12. ad defens. 1.

33 So viel aber den Consensum Donatariorum betrifft, so findet sich zwar in actis nicht, daß dieselbe solche Donation mit Worten angenommen, und sich darvor bedanckt, mithin ihren Consensum expressè declarirt hätten, dieweilen aber Consensus & voluntas non saltem verbis sed etiam factis bezeugt und an den Tag gelegt wird

B. D. Lauterbach. *de volunt. th. 13. n. 7.* Mascard. *concl. 1244. n. 13. & concl. 1423. n. 34.* Duaren. *de donat. cap. 2.* ibi: accipere debemus consensum & tacitum, qui ex conjectura colligitur per *l. 7. & 8. de donat.*

Sonderlich aber auch factis rem gestam consequentibus,

Ubi ratihabitione & adimpletione ejus, quod conventum esse dicitur, qn. nimirum id quod jam gestum est, confirmamus atque adimplemus e. g. ex parte donatarii fructus aut pensionem præstando & solvendo, quæ ex negotio gesto debentur, prout ex parte donatoris tales percipiendo & recipiendo

Laud. D. Lauterbach. *de volunt. th. 9. n. 11.* Grat. *D. F. cap. 297. n. 29.*

34 In specie autem & per rei donatæ receptionem & acceptionem

Joh. à Sande *decis. supra cit. def.*

Illiusque inter plures donatarios divisionem

Menoch. *de A. J. Q. cas. 88. n. 29.*

35 Denique & catastrationem, qn. scil. donatarii bona sibi donata sibi in æstimo adscribi fecerunt & passi sunt

Vid. Protoc. sub Nro. 4. inf. Masc. *concl. 273. n. 9.* Klock. *de contrib. c. 17. n. 33.* à Contrario &c. Brunnem. *ad l. 4. 7. & 8. C. de don. in med. &c.*

Nam si dominium rerum donatarum & traditarum non acquisivissent, stultè fecissent, illas sibi in Catastro proferendis contributionibus adscribi permittentes, quod quia verosimile non est, rectissime pro falso reputatur

Grammatic. dec. 28. in pr. per mult. author.

Es ist sich aber bey diesen Indiciis ac circumstantiis consensum mutuum inferentibus länger nicht auffzuhalten, alldieweilen laut N. 4. fol. 2. fac. 1. & fol. 3. fac. 2. beede 36
paciscirende Theil die Donation und Pactum de præstando censu vitalitio gegenwärtig mit einander abgeredt haben, und da solche Schrifftlich verfaßt, Gerichtlich aber in præsentia Donatoris verlesen und solennisiret gewesen, hat man auch die Donatarios vor das Gericht hinein gefordert, und ihnen solche Donation cum onere præstandi reditus seu census vitalitii eröffnet, die darmit wohl zufrieden gewesen.

Si igitur donatio absenti facta, eo ipso, quod is scivit, sibi donationem factam esse, pro perfecta habetur

Elbert. Leon. *Cons. 75. n. 6.* alleg. Pontan. *cons. 395.* Cz. *p. 2. C. 12. & 21. n. 2. 3. 4.*

scil. propter præsumptam acceptationem; Cur non etiam donatio facta præsenti, suamque complacentiam desuper declaranti pro acceptata haberi debet? Cum planè tacenti præsenti facta, pro acceptata reputetur

Cum Cothm. Jul. Clar. B. D. D. Fromm. *d. diff. Don. th. 7. vers. fin.*

Wie nun solcher gestalt die Donatio Q. in 37
ihrer Constitution nichts zu desideriren hat, ratione subjecti, objecti & formæ II. auch Donator & donatarii cum rebus donatis also beschaffen und qualificirt gewesen, ut donare ac donationem accipere, vel in eam utrinque consentire potuerint, res vero donata non saltem in utriusque commercio sed singulariter etiam in donationis dominio & libera administratione extiterint, darbey auch, weilen solche Donatio nicht nur in pretio sich auf 200. fl. belauffet, sondern durchgehends in Immobilibus bestehet, III. vor Gericht gebracht, oder insinuirt und ins Gerichts- und Theilungs-Buch eingeschrieben

V. J. P. *p. 2. tit. 18. §. Wann einer cum seq.*

Schließlich und IV. auch per traditionem & 38
acceptionem seu apprehensionem zur endlichen Perfection gebracht und consummiret

Zoes. *ff. de donat. n. 31.*

mithin V. rerum donatarum dominium à Donatore in donatarios transferiret, von diesen auch irrevocabiliter acquirirt worden

Duaren. *tit. de don. cap. 7. p. 6. l. 13. l. 25. l. 33. §. 1. d. t.* Zoes. *eod. n. 64.* Mæv. *ad J. Lubec. lib. 1. tit. 6. a. 2. n. 47.* ubi donatio ex traditione statim parit dominium. Dn. D. Grass. *de trad. relict. in test. §. 14. in fin.*

Unde etiam e. g. donatarius in concursu Creditorum rem sibi donatam & traditam

præ aliis creditoribus vindicare potest.

Berlich. *p. 1. cl. 64. n. 23.*

Qua consideratione donatio quoque à nonnullis pro modo acquirendi venditatur, quatenus scil. statim ipsâ datione seu traditione celebratur

Dn. ab Andler *in Medull. Jur. Justin. lib. 2. t. 7. n. 1. vers. Quæritur.*

rectius tn. pro causa tantum & titulo rei dominium rei donatæ per traditionem acquirendi judicatur

B. Dn. D. Fromm. *in d. Disp. th. 39.*

40 Sintemahlen Donator sich ausdrücklich declarirt, daß er ihnen die Güter Q. dergestalten donire, verehre und übergebe, daß sie solche zu eigener freyer Disposition als ihr Eigenthum haben und behalten sollen.

Per vocem **Eigenthum** autem nil nisi Dominium intelligi debere in vulgus notum est, dum igitur Donator Donatariis prædia specificata ita donavit, dedit & tradidit, ut ea velut propria habere debeant, voluntas donatoris tanquam Domini illa in donatarios transferentis ita quoque rata haberi debet,

§. 40. Inst. de R. D.

ut à nemine ne ipso quidem donatore ejusque heredibus revocari possint,

Laud. Duaren. *d. t. cap. 4. in pr.*

nec rei vindicatione ob translatum Dominium, nec condictione causa data non secuta, vel revocatoria, dum donatariis exacte præstiterunt, quæ illis præstandæ incubuerunt,

Mynsi. *Cons. 98. n. 9.*

ac nulla ratione sese donatione indignos reddiderunt. Idem *d. l.* per tradita

Zoes. *d. t. n. 64.* B. Dn. D. Fromman. *In sap. p. cit. Disp. th. 44.*

41 Nec etiam hereditatis petitione, quia ista donatio nec testamento revocari potuit

per *l. 8. C. de don. ante nupt.* cum Mantic. *de T. & A. C.* Laud. D. D. Fromm. *d. th. 44.* Goswin ab Esbach. *p. 2. c. 12. cl. 25. n. 9.*

Derowegen kräfftigst zu schliessen und zu sprechen, daß Rr. bey der erlangten Possession und Eigenthum der ihnen donirt und tradirten Güter zu erhalten, und sie darmit von angestellter Klag, so viel deren Revocation be-
42 trifft, zu absolviren seyen; Anlangend aber das Punctum Testamenti & in illo factæ heredis Institutionis, weilen Rr. selbsten eingestehen, daß solches per posterius Testamentum habe auffgehoben werden können, also ist es auch an dem, daß was der S. Stöhlin ultra donata an liegenden und fahrenden Gütern oder Actionibus weiteres hinterlassen, solches denen heredibus in posteriori Testamento Institutis ac Legatariis verbleibe, und da Rr. solche in ihrem Besitz hätten, denenselben ausgefolgt werden müsse.

Und diesem gebühret keinen Abbruch, was durch obangeführte Rationes Dubitandi darwider speciose eingestreuet worden. Dann 43
so viel die erste Rationem D. anbetrifft, so ist so wenig auf der Zeugen Sag, als des Defuncti Vorgeben, als ob er nur ein Testament und keine Donation und Ubergab thun und machen wollen, zu gehen, dann dieser nicht allein in propria causa, sondern auch contra proprium factum & voluntatem tam serio tamque sæpe verbis & subscriptione declaratam per Instrumenta & testes probatam dergleichen zeugen und bereden will, so aber um so weniger zuläßig, nachdeme bekannt, daß er es bey der q. Donation und Ubergab in das 4te Jahr bewenden lassen, da er aber nachgehends anders Sinnes, und vermuthlich darzu gereitzt worden, erst in währendem Handel habe angefangen, solche zu widersprechen.

Testis 4. ad Int. 2. 3. & 6. prob. 7. Test. 1. ad Int. 5. d. prob.

Exemplo verò summe pernicioſum esset eum ad contrariam assertionem, inficiationem, negationem & revocationem ejus, quod quis voce & manu sua, non semel, sed sæpius, non obiter ac in consulto, sed cum valde gravium semet moventium causarum allegatione, non privatim sed publice ac judicialiter, cum animosa obtestatione juxta deposit.

Test. 1. ad def. 2. & Test. 2. ad Int. 3. d. def.

ex declarato rancore versus cognatos suos juxta

N. 4. fol. 3. Test. 2. ad def. 2. & Test. 11. ad Int. 9. def. 5.

professus est, absque ulla causa admittere

per *l. 13. C. de N. N. P.*

So viel aber der Zeugen Kundschafft anbe- 44
trifft, so deponiren sie erstlich ad prob. 4. nur de opinione vulgi erronea & incerta

Testes ad Int. 11. prob. 1.

so keinen Beweiß macht, darauff zu gehen, juxta Doctrinam Stryck. *de Jur. Sens. Diss. 3. C. 1. n. 48.* cum ibi alleg.

2. So bekennen zwar die Testaments-Zeugen ad Prob. 3. & 4. daß sie das vorgelesene vor ein Testament als Bauersleuth

juxta *Test. 10. ad interr. 6. defens. 1.*

gehalten, und darvor unterschrieben, melden 45
aber die Ursach dessen, weilen sie nicht verstanden, was eine Donation seye ad prob. 5. Wiewohl Testis 2. & 3. so doch der Rr. verwandt seye, dabey nicht läugnen, das Wort Donation bey der Verlesung des Testaments gehört zu haben. Welcher Error ex rusticitate & ignorantia resultans dann der veritati rei gestæ in Publicum Instrumentum & acta Judicialia redactæ nichts derogiret,

l. 6. §. 1. ff. de Off. Præsid.

3. Ist

3. Ist weder von sambtlichen Zeugen vid. Depos. Test. 2. & 3. ad prob. 5. noch auch circa negotium selbsten totaliter geirret worden, indeme wahrhafftig auch ein Testament auffgerichtet, und die Rr. darinnen in reliquis non donatis zu Erben eingesetzt worden seyn.

46 Und da schon, so doch nicht geschehen, von etlichen Zeugen hätte behauptet werden wollen, daß keine Donatio und Ubergab beschrieben und vorgelesen worden wäre, so widerspricht ihnen doch ihre eigene Unterschrifft und Pettschafft neben vorgedachten zweyen Zeugen.

In eo autem casu quando quidam Testes testamenti vel donationis Instrumento, quod non ita, ut in illo scriptum est, contradicunt, eorum contradictio non attenditur, si alii adsint, qui pro illo deponunt.

Menoch. *de A. J. Q. cas. 105. n. 45.*

47 Præsertim quando ipse Notarius s. Actuarius duorum testium personas sustinens & unus Testis, hic autem duo testes concurrentes id faciant, pro illa deponunt

Id. *d. cas. n. 43.*

48 Si igitur plus fidei tribuendum duobus testibus affirmantibus quàm mille negantibus

Cum multis Klock. *tom. 1. conf. 29. num. 834.* Farinac. *de testib. q. 65. n. 200. seqq.*

Ideo in substrato magis quoque creditur actuario & duobus testibus pro donatione atteslantibus, quam reliquis tribus ad prob. 1. ex ignorantia magis vacillantibus quàm
49 directè eam negantibus; cum hic si non major affirmantium, æqualis tamen illorum & vacillantium numerus sit. Sicut enim plurium testimonium vincit pauciorum,

cap. 32. X. de testib. c. licet causam. 9. X. d. prob.

ita ex æquali numero existentibus præferuntur, qui dignitate præcedunt, ac verisimiliora deponunt

Brunnem. *ad l. 21. ff. de testib. n. 6. & 7.*

50 Daß auch per traditionem prædiorum Q. allein der ususfructus revocabiliter transferirt worden, bescheinet zwar etlicher massen die depositio

Testis 4. ad Int. 9. prob. 7.

weilen aber erst ausgeführter massen nicht allein per Testes die Donatio erwiesen, sondern auch deßhalber publicum ac judicialiter confirmatum Instrumentum vorhanden, so gehet hier billich der Zweiffelhafften Præsumption die offenbahre Wahrheit vor.

l. 57. ff. de Jur. dot. l. f. pr. ff. quod met. C. Grat. *D. F. c. 832. n. 15.* Carpz. *p. 2. c. 2. d. 8. n. 5.*

51 Bey der 2ten Ratione Dub. ist zu wissen, daß zwar Donatio simplex seu propria à Pacto Vitalitio per contractum onerosum celebrato differire, Impropria aber seu sub modo, ut donatarius vicissim hoc illudve præstet, keineswegs oder nicht sonderlich; und also die Ubergab, so sub pacto de censu vel reditu vitalitio præstando vel donatore ad mortem usque alendo vorgegangen, zwar den Nahmen einer Donationis utut impropriæ behalten mag, übrigens aber die Natur und Qualitatem Contractus Innominati do ut des vel facias an sich habe,

Prout colligere licet ex traditis

Besold. *in Conf. 179. n. 75.*

Quia, si promissa non præstantur, donatori a donatario donatum repetere licet,

Fachin. *lib. 8. contr. Jur. cap. 90.*

Ideoque quando pro reditu, censu vel 52
sustentatione vitalitia res aliqua datur, in effectu Pactum vitalitium initum vel contractus innominatus do ut des vel facias celebratus censetur

Cum Gratian. Dn. Henric. Linck. *de Redit. vital. cap. 4. n. 27.*

Daß im übrigen der animus donandi seu Dominium rerum cum onere & modo certi reditus vitalitii annuatim præstandi, in donatarios per traditionem transferendi einer und ander seits der animus acceptandi ipsaque acceptatio cum acquisitione dominii rerum apprehensarum sich zwischen beden Theilen ergeben habe, ist in prima decidendi ratione zu allem Uberfluß ausfündig gemacht worden.

Ad Tertium dienet zum Wiederleg- und 53
Erläuterung, quod utique fuerit Insinuatio facta, weilen das aufgerichtete Instrumentum sub Nro. 12. & 13. expressis verbis, und so viel darvon zeuget, daß die Donatio oder Contractus vitalitius, uti nonnullis nominare libet nach vorheriger Uberlegung ins Gerichts- oder Theilungs-Buch eingeschrieben worden sey; Und obwohlen darwider regerirt werden möchte, daß was wegen solcher Donation und Tradition vor Gericht geschehen, allein oder mehrers pro ipsa conventione als Insinuatione zu halten, juxta opinionem

Gratiani *Disc. Forens. cap. 483. n. 11. & 12. seq.* ibi: non satisfactum esse Insinuationi, si aditus fuerit non *propter eam* (scil. insinuationis,) sed aliam causam. Carpzov. *p. 2. c. 12. d. 16. n. 9.*

Allermassen aber dißfalls allein auf die Dis- 54
position Fürstl. L. R. zu reflectiren, welches forderist qua insinuationem seperatim faciendum zu verstehen, de donatione vel alio contractu privatim & non judicialiter celebrato, nechst deme es in genere nur dieses erfordert, daß solche in q. seyende Schenckung und Ubergab vor Gericht gebracht werde, solchem nach vor eines zu halten, ob solcherley Donatio oder Traditio vor Gericht auffgericht, oder die schon auffgerichte vor Gericht gebracht werde.

Gabriel. *Comm. concl. lib. 3. tit. de don. concl. 1. n. 46.* quia si insinuatio nihil aliud est quam intimatio facta Judici, Id. *n. 47.* Besold. *ad J. P. D. 2. th. 128.* sane superfluum est, id ulterius intimare Judici, quod coram ipso gestum est, præprimis, quando aliquod Judicis decretum notarium non est. Idem *n. 50.*

55 Nechst deme ist die Donatio Q. &c. schon verglichen und abgeredt gewesen, ehe solche vor Gericht gebracht worden, juxta Actuarii juratam relationem Nro. 4. Daher dieses letztere endlich auch pro actu Insinuationis separato zu rechnen ist, zumahlen da neben der Erkanntnuß auch die Einschreibung beobachtet worden, so die Dd. zwar nicht, aber auch das Fürstl. L. R. besonders quà cognitionem Judicis &c. erfordert.

v. supra Cit. Besold. *D. 2. th. 128.*

Wormit dann auch der per 3. dubit. rationem movirte Scrupulus völlig gehoben ist.

56 Der 4ten Rationi Dub. aber wird dergestalt begegnet, daß erstlich nicht wohl gesagt werden könne, daß die Donatio &c. Q. pro actu extraneo zu halten sey, weilen solcher mit der intentione testantis trefflich überein kommen. Welcher auf nichts anders bedacht gewesen, als denen Rr. sein völliges Gut zu überlassen, weilen er nun solches auff zweyerley Weiß zu thun beliebt, so kan solcher actus donandi pro alieno à titulo nicht geachtet werden.

pro ut in terminis donationis approbat Brunnem. *ad l. 21. §. f. ff. qui test. fac. poss. n. 20. vers. v. g.* ibique Bartol.

Deinde limitant Dd. dictam regulam, si Contractus vel alius actus non testamentarius cito expediri possit.

Laud. Dn. ab Andl. *in Medul. J. J. tit. 10. num. 5. alleg.* Accurs. & Duaren. J. Gothofr. *in not. ad d. l. §. f. tit. D.* Goswin ab Esbach. *p. 3. c. 3. d. 1. n. 5.* Carpzov. *p. 3. c. 5. d. 20. n. 3.*

Die V. Rationem dubitandi haben Aa. 57 bereits in sofern eingestanden, daß per posterius Testamentum, das Testamentum Q. prius quoad institutionem heredum revocirt worden sey, negando autem hoc quoad revocationem donationis & traditionis sub modo factæ

juxta modo Laud. Carpz. *p. 3. c. 5. d. 20. num. 3. & 5.* Zoes. *ad t. ff. q. testam. fac. num. 32.*

Factumque manet, donationem inter vivos in testamento tamen factam legati instar esse, ac proinde in alio testamento revocari posse.

Ad VI. Dubit. Rationem wird præter à 58 Reis regesta & replicata negirt, daß der Donator alle seine Bona verehrt halte, da er doch gewisse Güter nicht allein vor sich behalten, sondern auch die Rr. darinnen ausdrücklich zu seinen Erben ernannt und eingesetzt hat, dessen nicht zu gedencken, daß pro donatione omnium bonorum nicht gehalten werden kan, quando donator singulas res vel Bona donata specifice enarrat, prout sapienter notat

Cravetta *Cons. 812. n. 1.*

Was pro VIII. & ultimo dubio allegiret worden, hat in facto nicht erwiesen werden können, und beruhet dannenhero auf seinem Ohngrund.

Und könnte dem allen nach zu Beylegung und Erörterung dieser anhangenden Strittigkeit folgende Urtheil, so wir den Rechten und der Sachen Beschaffenheit gemäß zu seyn erachten, den Partheyen publiciret werden.

Urtheil.

59 IN Sachen Rechtens sich haltend, zwischen weyland Johannes Stählin, gewesenen Schultheissen zu Echterdingen, jetzo dessen angegebene Testaments-Erben, Georg Koch, und Hanns Hemmerdinger auch alldar Aa. Eines-Entgegen und wider Johann, Michel, Georg und Jacob die Stäbler, Gebrüdere Rr. daselbst andern Theils, wird auf Klag, Antwort, geführte Kundschafft und all ander Gerichtlich Vorbringen, nach gethanem Recht-Satz genommenem Bedacht, und gehabtem Rath, mit Urtheil zu Recht erkannnt, daß Rr. denen Aa. um ihre erhobene Klag nichts zu thun schuldig, sondern darvon zu absolviren seyen, inmassen wir sie dann darvon absolviren, loß und ledig sprechen, die auffgeloffene Gerichts-Kösten aber aus Bewegnus gegen einander compensiren und vergleichen.

Wollten wir zu verlangter Rechts-Belehrung, dienstlich nicht verhalten.

Actum in Collegio nostro d. 6. Junii Anno 1702.

Decanus und andere Doctores der Juristen-Facultæt bey der Fürstl. Würtembergischen Universitæt daselbst.

CON-

CONSILIUM CXVI.

DE

Actione de Recepto, ob Merces, à Ruſtico, nullam plane cauponam exercente, in domum ſuam, nundinarum tempore ſuperioris juſſu, receptas, easque amiſſas, informiter inſtituta, & exinde ſubſecuta condemnatione, per reſtitutionem vero in integrum iterum ſublata.

SUMMARIA.

Introitus ſub Num. 1. & 2.
3. Res judicata pro veritate habetur.
4. Falſum in verum & vice verſa mutat.
5. Modo ex vera cauſa ſententia ſit lata.
6. Ceſſante cauſa res judicata nullum effectum habet.
7. Ex falſa cauſa condemnatus in integrum reſtituendus.
8. Etiam Majorennis.
9. Imo ſecundum plurium opinionem hujusmodi ſententia eſt ipſo jure nulla.
10. Quod tamen in Minore falſis allegationibus condemnato ſolummodo verum eſt.
11. Majores e contrario reſtitutione in integrum indigent.
12. In ſubſtrato ex falſa cauſa judicatum eſſe, demonſtratur.
13. Actionis de Recepto deſcriptio.
14. Hæc Actio ut locum ſortiatur, quid requiratur primò.
(α) *Ob ceſſans hoc primum requiſitum, dicta actio locum haud invenit.*
(β) *Aliud exemplum cur ipſi locus non detur.*
15. Secundò.
16. Tertiò.
17. & 18. Contra hos ſolummodo hæc Actio competit, qui cauponantur.
19. usque 25. Quid Actio de recepto in ſubſtrato informiter inſtituta - eoque modo condemnatio exinde ſubſecuta ſit, per rationis demonſtratur.
26. Fundamentum actionis de recepto conſiſtit in caupona, quotidiani quæſtus gratia, exercitio.
27. Non ſine gravi injuria cauponem jura ad eos applicantur, in quibus cauponaria Profeſſio ceſſat.
28. Diſſentit tamen Petr. Peckius.
29. Cujus Sententia refutatur per rationes hic adductas.
30. Ut & Bertazzolii.
31. Ex ipſa hujus actionis definitione.
32. uſque 37. Plures rationes ob quas in ſubſtrato Actio de recepto nullum locum inveniat.
38. In concedenda reſtitutione in integrum Judex haud debet eſſe difficilis.

1 Als uns zur Juriſten-Facultæt bey gemeiner Hochfürſtl. Würtembergiſ. Univerſitæt Tübingen verordneten Decano und andern Doctoribus hiebey wieder zuruckkommende Acta in Sachen Jean Baptiſta Petroll, Hochfürſtl. Anſpachiſchen Schutz-Verwandten und Italiäniſchen Handelsmanns & Conſort. Klägers an Einem; Entgegen und wider Hans Georg Hornungen, Inwohnern und Bauren zu Mußdorff, Beklagten und itztmahligen Imploranten am andern Theil, ohnlängſt zugeſandt worden, um unſer Rechtlich Gewiſſenhafftes ohnpartheyiſches Gutachten darüber zu erſtatten, ob ihm Beklagten und Imploranten Hornung aus angeführten Urſachen die geſuchte Reſtitutio in integrum zu indulgiren, und er wider die den 26. Novem. 1701. ex Conſilio JCtorum Hallenſium wider ihn ausgefällete Urtheil, mittelſt deren er ut caupo condemnirt, Klägern den Werth der verlohrnen Cramwaaren, wie ſie ſolchen entweder nach dem Ankauff aus ihren Handels-Büchern darthun, oder mittelſt Abſchwörung leiblichen Aydes anzeigen, ſammt den verurſachten Unkoſten, zu erſtatten, in integrum zu reſtituiren, ſo daß er ex Edicto Prætoris den Klägern ad reſtitutionem damni nicht gehalten, ſondern ſecundum naturam actionis de recepto contra ipſum inſtitutæ davon zu abſolviren ſey? So haben wir die geſamte tam in prima, quam ſecunda reſtitutionis in integrum inſtantia ausgeübte Acta à capite ad calcem mit gebührendem Fleiß durchgeleſen, reiffich erwogen, und davon in verſammletem Collegio nach Nothdurfft deliberirt, haben aber nach unſern obhabenden Pflichten, ſola Juſtitia & veritate unice præ oculis habitâ, anders nicht erachten können, als daß Beklagter und Implorant nothwendig contra latam ſententiam müſſe reſtituiret werden, wann die Juſtitz nicht Noth leiden 2

solle, und die den 26. Nov. Anno 1701. wider Beklagten und Imploranten Hornung gefällete Urtheil keinesweges könne exequiret werden.

3 Denn obgleich sonst res judicata pro veritate habeatur
l. 26. ff. de stat. hom. l. 208. ff. de reg. jur.
& de non ente ens facere dicatur, ex doctrinâ
Jasonis *in l. 2. ff. de condict. indeb.*

4 Imo tantæ potentiæ esse censeatur, ut secundum interpretes Juris falsum in verum & verum in falsum mutare, nigrum de albo & album de nigro facere queat
Bald. *in c. in præsentia. X. de renunciat. & in cap. nosti. X. de elect.*

5 So gehet doch solches nicht anders an, als si ex vera causa sententia lata sit, quæ in rem judicatam transiit.
Nam si falsa causa ei originem dederit, seu, si in quo Judex ipsam fundat, nullum vel falsum reperitur, utique & ipsa sententia corruit.
l. fin. C. si ex falsi. instrum. vel testimon. judicat. sit. Bald. *in l. 1. num. 4. C. eod.*

6 Nec cum causa cessat, res judicata effectum ullum habet.
Tiraquell. *in tr. cessant. causa, &c lit. S. num. 240.* Mævius *p. 3. dec. 104. per tot.*

7 Ac non potest non audiri & in integrum restitui qui ex falsa causa condemnatus est
l. 2. C. si ex falsi. instrum. jud.

8 Non enim tantum minoribus, sed etiam majoribus restitutio in integrum contra sententiam ex falsa causa latam indulgenda.
Brunnemann. *ad d. l. 2.* Sfort. Odd. *de restit. in integr. p. 2. qu. 77. 78. & 79.*

9 Quinimò multis videtur hic restitutione in integrum ne quidem opus esse, sed talem sententiam ipso jure nullam esse, nec tenere, verum detectâ probataque falsitate ipso jure corruere per
l. 1. C. si ex falsi. instrum. ubi falsum instrumentum, quod secutus Judex est, facit rei judicatæ non esse suam vim.
l. 2. eod. quæ dicit probatâ falsitate ex integro causam audiendam.
l. 3. eod. quæ vult, si probetur judicem falsi instrumenti causam secutum fuisse in pronunciando, sententiam in irritum revocari.
l. 4. eod. quæ suspendit executionem sententiæ ex falsis instrumentis latæ, & dat soluti repetitionem, probato falso, ita, ut non sit locus restitutioni, quæ præsupponit sententiam validam.
l. 11. ff. de except. ubi dicitur, non obstare exceptionem rei judicatæ, nec ulla fit mentio restitutionis ante impetratæ.

Pertinet eò, quod notat Marcellus in *l. 75. ff. de re judic.* Judicem debere querelam rei admittere si contra absentem, ordine Edictorum peracto, ex falsis allegationibus dolo adversarii præsentis judicatum sit, idque condemnatus liquido probaverit, cum enim probatio sit fundamentum sententiæ, sequitur, quod si illa falsa sit, faciat hanc deficere, quasi deficiente conditione.

10 Communius tamen placet hoc saltem procedere in minore falsis allegationibus condemnato, ut is absque in integrum restitutione, sola falsitate detecta, ipso jure sententiam nullam dicere possit propter favorem ætatis
l. 1. C. si tut. vel curat. ex falsi. allegat.

11 Majores autem, sententiâ contra ipsos ex falsa causa vel falsis instrumentis aut testimoniis latâ, restitutione in integrum indigere, eamque ipsis æquissimè indulgeri, nec denegari posse, falsâ causa probatâ.
Brunnemann. *ad d. l. 2. C. si ex falsi. instrum. jud.* cum ibi allegatis.

12 Daß aber die den 26. Nov. Anno 1701. ex consilio JCtorum Hallensium wider Beklagten und Imploranten Hornung publicirte Urtheil sich in falsa causa gründe, und also ex falsa causa lata sey, ligt gantz klar und offenbahr am Tage, und zeigt sich ex actis Sonnenheiter, denn Kläger hat wider ihn tanquam cauponem die Actionem de recepto, ut vocatur in
l. 1. §. 3. l. 3. §. 5. ff. naut. caupon. & stabul.

13 Instituirt, quæ est actio in factum Prætoria, (*l. 3. §. 1. & 5. ff. naut. caup. stabul.*) personalis, (*l. 1. §. 2. ff. eod.*) rei persecutoria, (*l. 3. §. 1. & 4. ff. eod.*) quâ vectores & hospites à navium, cauponarum, & stabulorum Exercitoribus res ab illis receptas repetunt. Cujus causa efficiens est quasi contractus, qui eo ipso initus, quo quis publice & libero arbitrio navim, cauponam aut stabulum quotidiani quæstus gratia exercet, & ipsemet vel per alium, qui ad hoc præpositus, res vectorum & hospitum expresè vel tacitè recipit, eoque ipso salvas fore tacitè promittere censetur;
l. 1. §. 6. & fin. l. 5. pr. ff. naut. caupon. stabul.

aut propter tacitam hanc conventionem & promissionem, rem receptam salvam fore, eadem à Prætore datur, ita, ut dativa magis, quam nativa actio sit.

B. D.

B. D. Lauterbach. *tr. Synopt. de nautis caupon. & stabul. num. 19. seqq.*

14 Und wie wann diese actio de recepto statt finden solle, nothwendig folgende requisita concurriren müssen, nehmlich 1.) in recipiente requiritur cauponæ, navis vel stabuli exercitium, & ut ipse cauponam, navem vel stabulum NB. Quotidiani quæstûs gratia exerceat

l. 1. pr. & §§. ac ll. seqq. ff. naut. caup. stabul.

α Aus welchem Requisito stracks von selbst sua sponte fleußt, daß derentwegen diese Actio nicht Platz greiffe, si amicus amicum, vel alii, qui ejusmodi exercitores navium, cauponarum, &c. non sunt, peregre venientes v. g. Principe adveniente & urbem ingrediente, ejus aulicos, comites ac ministros, aut tempore, quo nuptiæ Principis celebrantur, aut ejusdem nupta solenniter domum ducitur, hospites aut spectandum adventantes, hospitio, vel ex necessitate vel libera voluntate, recipiunt.

arg. dd. ll.

β Et idem, quod nempe dicta actio locum haud inveniat, dicendum de illis, qui solennium nundinarum tempore certos mercatores & advenas alios in ædes suas recipiunt, iisque vel nudum hospitium, vel etiam cibum ac potum simul pro certo pretio & mercede præbent. Quemadmodum illud quoque obtinet in iis, qui in Academiis studiosos in ædes & mensas suas receperunt, per tradita

B. D. Lauterbach. *tr. Synopt. de naut. caupon. stabul. n. 23.*

15 2.) Requiritur, ut caupones nautæ & stabularii, quà tales, & tanquam caupones nautæ & stabularii, aliquid receperint. Si enim extra cauponæ, navis vel stabuli exercitium & negotium aliquid receperunt, illud ita salvum fore promisisse non censentur, neque actione de recepto, sed actionibus depositi vel locati tenentur

l. 3. §. 2. ff. d. t. B. D. Lauterbach. *d. l. n. 24.* ibique allegati.

16 3.) Requiritur, ut dicti exercitores hospitum vel vectorum res receperint per se, vel per alios, quibus ipsi potestatem recipiendi permiserunt.

l. 1. pr. & §. 6. d. t. Laud. Lauterbach. *d. l. num. 25.*

17 Demnach in specie sothane actio de recepto allein competirt wider die Exercitores navium, stabularios & caupones, qui cauponantur, & quotidiani quæstûs gratia cauponam exercent, illâ viatores recipiendo, tam ad comedendum, quam ad cubandum.

l. 1. §. 5. l. 5. ff. naut. caup. stabul. ibi: Petr. Peck. *n. 3.*

Die ein öffentlich Wirths-oder Gasthauß 18
haben, und allerhand Reisende, in und zwischen den Märckten, beherbergen, auch sich damit Bürgerlich nähren.

B. D. Lauterbach. *d. tr. n. 3. seqq.*

Also zeigt sich aus der ab Actore eingegebe- 19
nen Klage und andern eingereichten Schrifften und Productis, daß er beklagten Hornung beständig vor dergleichen offentlichen Wirth ausgegeben, er auch pro tali caupone von den JCtis Hallensibus gehalten, und als ein solcher, wider den die Actio de recepto fundirt und gegründet, ad rerum receptarum amissarum pretium refundendum condemniret worden.

Es hat aber öffters besagter Beklagter Hor- 20
nung mehr denn überflüßig durch die von den gewesenen und noch seyenden Ambtleuthen und Castnern zu Wiesenbach, auf Gnädigst an sie erlassenes Rescript ihren Pflichtmäßigen Bericht zu erstatten, eingeschickte glaubwürdige Attestata

sub Num. Act. 14. 17. 18. 19. biß *25.*

erwiesen, daß diß durchaus falsch sey, daß er R. ein offener Wirth, der eine offene Herberge, Gast- oder Wirthshauß habe, darinn er allerhand Reisende, so in als zwischen den Märckten, auffnehme und beherberge, sich damit Bürgerlich zu nähren, sondern daß er 21
wahrhafftig nichts denn ein Bauer, gleich andern des Dorffs Mußdorff Inwohnern (deren 4. Brandenburgische, 1. Rothenburgischer, und 1. Wolmershausischer Unterthan,) usser dem ehedessen auf dem Zollhauß gesessenen Hanns Zieglern, so einige Wirthschafft getrieben, und sein R. Gewerb nichts denn Bauren-Geschäffte, daher er wie die andern Inwohnere zu Mußdorff in den Steuer- und Anlags-Registern, auch in den Saal- und Läger-Büchern vor Bauren eingeschrieben, und keine andere Onera, als die den Bauren zukommen, abstatten, ausser daß sie zur Zeit 22
des Mußdorffischen Wiesen-Marckts auf Michaelis, weil auf eine Stunde weit herum kein mit Cauponibus versehener Orth, wo die Crämer und Handelsleuthe mit ihren Waaren zu divertiren Gelegenheit haben, als die nächstgelegene nolentes volentes, sothane Handelsleuthe, die des Morgens sich auff die Mußwiesen begeben, und des Abends revertiren, auf Herrschafftlichen Befehl, zu Beförderung des Herrschafftlichen Interesse, an Zoll, Straffe, Stand-Umbgeldt, und dergleichen, die alte Gerechtigkeit und Observanz beständig zu erhalten, auffnehmen müssen, und darzu, gleichwie zu Anschaffung 23
der Nothdurfft zu ihrer Verpflegung, durch Ambts-Zwang und angedrohete Herrschafftliche Straffe, wann sie sich dessen wegern wollen, weil sie fast mehr Schaden und Gefahr

als Nutzen daraus zu gewarten, um willen sie die gantze Marcktzeit über Tag und Nacht ihre Häusser offen lassen müssen, damit die von Gnädigster Herrschafft bestellende Wacht auf alle begebende Fälle, ad quietem publicam eo melius conservandam, ohngehindert hinein gehen, und visitiren kan, zu Abwendung
24 aller Ungelegenheit, angehalten werden, deßwegen sie aber so wenig pro cauponibus gehalten werden können, als qui solennium Lipsiensium ac Francofurtensium nundinarum tempore Mercatores aut alios advenas in ædes suas recipiunt, iisque vel nudum hospitium vel simul etiam cibum ac potum pro certo pretio ac mercede præbent, & qui in Academiis Studiosos in ædes ac men-
25 sas suas recipiunt, davor passiren, quia deficit exercitium cauponæ quotidiani quæstûs gratia, welches einen cauponem machet, ut superius traditum

ex B. D. Lauterbach. *tr. Synopt. de nautis, caupon. & stabular. n. 23. arg. l. 1. pr. & §§. ac ll. seqq. d. t.*

26 Wo aber das Exercitium cauponæ quotidiani quæstus gratia cessirt, da cessirt neben der qualitate cauponis auch die actio de receptis, quæ contra caupones, qui quotidiani quæstus gratia cauponam exercent, à Prætore proposita & introducta est ad reprimendam hujus generis hominum malitiam & improbitatem, ob quam apud Romanos ipsi male audierunt, ut ostendit

B. D. Lauterbach. *d. tr. n. 15.*

27 In quibus enim cessat Professio cauponaria & inde veniens suspicio, quæ præcipuam causam dedit Edicto Prætoris & actioni de recepto, ad hos non sine gravi injuria Jure cauponum applicantur, nec sine bonæ interpretationis regularum violatione ad hos extenditur quod improbitatis cauponum reprimendæ gratia in horum odium introductum, & constitutum est.

l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. ff. naut. caup. stabul.

28 Und ob gleich ex parte dissentirt

Petr. Peckius *ad l. 1. §. 3. ff. naut. caup. stabul.*

existimans, quod licet quis cauponam non exerceat, si tamen hospites receperit, iisque non nudum tantum hospitium concesserit, sed insimul etiam cibum & quæ ad victus rationem pertinent vendendo præstiterit, omnino actione de recepto teneatur

arg. l. fin. ff. si mens. fals. mod. dixer. l. 1. §. 2. ff. de aleat.

29 So kan doch diese seine Meynung nicht bestehen, weil oberzehlte drey Requisita nothwendig conjunctim müssen concurriren, wann die Actio de recepto soll statt finden, und dieselbe kein Platz greiffen kan, wo eines solcher Requisitorum abgehet, und zumahl das vornehmste, Exercitium nempe cauponæ quotidiani quæstus gratia, deßwegen solche des Peckii Meynung recht und billig verwirfft,

Vinnius *in notis ad ipsum Peckium d. l.* B. Dn. D. Lauterbach. *d. tr. num. 23.* Hopp. *ad §. ult. Inst. de obligat. quæ ex quasi delict.*

Und mit weit grösserm Fug und Recht wird 30
verworffen des Bertazollii irrige Meynung, da er dafür hält, quod actio de recepto quoque competat contra illos, qui pro mercede hospites in domos suas recipiunt, iisdem cameram, suppellectilia & similia locant; licet cauponam haud exerceant

lib. 2. cons. crim. 313.

Denn daß diese seine Meynung actionem 31
de recepto competere contra eos, qui non sunt caupones aut cauponam non exercent, cum principiis Juris nostri pugnire, und denselben zuwider sey, daher nicht bestehen könne, zeigt ipsamet definitio actionis de recepto &

B. Dn. D. Lauterbach. *d. tr. num. 23. 24. & 32.*

Welche Actio deßwegen auch hier wider 32
die Inwohner des Dorffs Mußdorff als blosse Bauren, ohnerachtet sie zur Zeit des Mußdorffischen Wiesenmarckts auf Michaelis die ankommende Crämer und andere Marckt-Gäste, zu des Herrschafftlichen Interesse Beförderung, auffnehmen und verpflegen müssen, umb so weniger statt findet, als notorium, daß die Crämer und andere Marckt-Gäste ihre Waaren und andere Sachen, so sie fail haben, in der Mußdorffer Bauren Häusser inferiren, nicht daß diese davor stehen müsten, 33
sondern daß die Crämer und Marckt-Gäste ihre Waaren und Sachen nur unters Dach bringen, und solche nicht unter dem freyen Himmel liegen lassen, und denen, so vielen Marckt-Dieben, Jaunern und Spitzbuben, welche bekandter massen häuffig an diesen Ort kommen, nicht offentlich exponiret seyn dörffen, im übrigen ein jeder auf das Seinige 34
selbst sehen und acht haben müsse, welches allen Crämern und zumahl den Anspachern, die in grosser Anzahl den Marckt besuchen, mehr als zu wohl wissend, und danebst bekandt ist, daß kein Marckt fast vergangen, daß nicht 35
zerschiedene Diebstähle vorgangen, deren Ersetzung aber niemahlen von denen Inwohnern und Wirthen late ac improprie sic dictis, in qua significatione ein jeder Hausvatter ein Wirth ist, und communiter genandt wird, geschehen, sondern vielmehr, wann die Eigenthümere dergleichen gesucht, damit abgewiesen

wiesen worden, wie dessen verschiedene Præjudicia laut *Num. Act. 14. & 19.* vorhanden.

36 Als sich nun hieraus klar ergibt, daß Beklagter Hornung aus einem gantz falschen Principio, ob wäre er ein offener Wirth und Caupo, (der er doch noch ist, noch jemahls gewesen) conveniret, und aus diesem Falso supposito ex rigore Juris Romani, non considerato hodierno usu fori, ad reparandum damnum, quod non ipsius culpâ, sed casu magis contigit, condemnirt worden, so, salva justitia, nulla ratione geschehen sollen oder können, bey den allhier zusammen schlagenden Umbständen, da die Gefährlichkeit des Orths, die Menge der Leuthe, die Beschaffenheit der Häusser, deren nächtliche Gebottsmäßige Offenstehung, die vielfältige Exempla
37 und Præjudicia concurriren; So kan es von Rechtswegen anders nicht seyn, als daß Beklagter und Implorant seinem Suchen und Bitten nach wider die Sententiam ex falsa causa latam & contra ipsum *d. 26. Nov. ao. 1701.* publicatam muß in integrum restituirt werden, vel ex unica illa causa, quod sententia ista ex falsa causa sit lata, anderer mehr von Beklagten und Imploranten allegirter und deducirter bestgegründeter Ursachen, derentwegen gedachte restitutio in integrum nicht minder, als ex dicta causa, zu concediren, hier zu geschweigen, und uns blos deßwegen auf R. Schrifften *Num. act. 13. 26. & 32.* zu beziehen, als worinn dieselbe solide mit gutem Bestande Rechtens deduciret, und dawider von A. nicht das Geringste zu recht beständiges auffgebracht, derenthalben jene auf festem Grunde fundirt, annoch ohnumgestossen stehen,

In concedenda enim restitutione in integrum Judex haud sit difficilis, si Imploran- 38
tis justam causam videt & deprehendit.

Mevius *p. 5. dec. 5.*

Gestalten wir unsern obhabenden zu der Justiz geschwohrnen theuren Pflichten nach, wann wir von dem Richter consulirt worden wären, anders nicht urtheilen könnten, denn daß R. wider die *d. 26. Nov. Ao. 1701.* contra ipsum ausgefällete Urtheil in integrum zu restituiren, er von der wider ihn ab A. erhobenen Klag und gesuchten Ersetzung des Werths der verlohrnen Waaren zu absolviren, daher wir auch nicht anders glauben können, als es werde ebenmäßig ein anders ohnpartheyisches Rechts-Collegium, an welches die Acta von dem Herrn Richter transmittirt worden, oder noch möchten gesandt werden, wann es dieselbe mit behörigem Fleiß lesen, und die Sache reifflich erwegen wird, anders nicht sprechen, und kan ihm Beklagter und Implorant deßwegen zu erlangender Restitution in integrum und Absolution von der intendirten Action gute Hoffnung machen.

Welches wir ꝛc. Actum in Collegio nostro d. 28. Junii Anno 1702.

CONSILIUM CXVII.

IN

Puncto retractus Gentilitii, deque ejus subjecto, objecto & formâ.

SUMMARIA.

1. Sententia.

2. Retractus Gentilitius in Ditionibus Solmensibus & Nassovio-Usingensibus obtinet.

3. Hic Retractus an etiam in Jure Divino fundatus?

4. Naturali æquitati conveniens, publicè utilis, & favorabilis est.

5. Liberi parentum heredes horum defunctorum facto contravenire non debent.

6. Quæ tamen Regula suas etiam patitur exceptiones.

Qualis est, si liberi ex proprio jure habeant aliquam actionem. ibid.

7. Fridericus Imper. Retractûs Gentilitii, venditoris competentis consanguineis, & inprimis descendentibus, introductor.

8. Competit hic Retractus etiam liberis in potestate constitutis, modo propria bona habeant.

9. Cur filius pätris heres existens retrahendo tamen non videatur contravenire facto defuncti?

10. Domicilium originis est, ubi alicujus legitimus Pater habitavit, neque ejus translatio in dubio præsumitur.

11. Ad Jus Retractûs exercendum non opus est, ut quis retrahat pecunia antea ipsius propriâ, modo suppetat pecunia mutuo accepta.

12. *Non attenditur, unde pecunia originem habeat.*
13. *Etiam deposita pecunia emens rem nihilominus suam facit.*
14. *Mutua pecunia ejus quoque est, qui mutuam accepit, eâque solutio jure fieri potest.*
15. *Objectum Retractûs Gentilitii an praecise esse debeant bona avita, & quænam talia sint?*
16. *An sufficiat, ut talia sint respectu retrahentis, an etiam requiratur, ut sint ejusmodi bona respectu ipsius alienantis.*
17. *De requisitis Retractûs Gentilitii secundum Ordinationem Solmensem.*
18. *Hic Retractus numne etiam in omnibus bonis hereditariis, licet ea primum à parente ipso vendente sint acquisita, locum habeat?*
19. *Juri Retractus nihil officit confirmatio ipsius contractus, quo res retractui subjecta alienanda erat, à Principe vel Judicio facta.*
20. *Confirmatio Principis in formâ communi facta nihil novi inducit, aut validitati vel invaliditati actus quicquam adjicit.*
21. *Unde, si transactio vel compromissum à partibus factum nullitate laboret, talis confirmatio nihil ei validitatis tribuit.*
22. *Jus Retractus Gentilitii, ubi introductum, majoribus aque ac minoribus competit.*
23. *An sufficiat retrahenti pretii cum annexis oblatio verbalis, an omnino requiratur realis? & de ceteris necessariis ad Retractum requisitis, uniusque ex iis omissionis effectu.*
24. *Quid hic in Jure Solmensi obtineat?*
25. *An oblatio verbalis judicaliter facta sufficiat, & efficaciâ oblationis realis polleat?*
26. *De elisione actionis injuriarum, & compensatione injuriarum mutuarum.*
27. *Justam litigandi causam dat ambiguitas causæ, & lis pro tuenda dignitate vel honore cæpta.*

Justa litigandi causa ab expensarum litis restitutione excusat. ibid.

Urtheil.

1 IN Sachen Con- und Reconventionis Johann Gottfried Maleyen & Consort. Vorklägern und Nachbeklagten Eines; Entgegen und wider Johann Ludwig Böhmern von Westerfeldt, Vorbeklagten und Nachklägern andern Theils, erkennen und sprechen Fürstl. Nassawische Ober-Ambtmann und Räthe allhier auf respective Klage, Antwort, und all ander Gerichtliches Fürbringen, nach gethanem Recht-Satz, genommenem Bedacht, und eingeholtem Rath auswärthiger ohnpartheyischen Rechts-Gelehrten mit Urtheil zu Recht, in conventione, daß Vorklägere zu dem Abtrieb deren dem Vorbeklagten verkaufften Güter zu admittiren, und der Vorbeklagte ihnen den Verklägern die Güter Quæstionis gegen Erstattung des Kauff-Gelds und ausgelegten Wein-Kauffs abzutretten und einzuraumen schuldig und verbunden seyn solle; In re conventione aber, daß Nachbeklagte von der von Nachklägern wider sie intendirten Injurien-Klage zu absolviren, inmassen wir sie davon absolviren. Die Unkosten aber aus Bewegniß gegen einander compensiren und vergleichen.

Daß diese Urtheil denen uns zugeschickten Actis und Rechten gemäß, ꝛc.

RATIONES DECIDENDI.

DJe Ursachen, so uns zu Abfassung vorstehender Urtheil in Sachen Johann Gottfried Maleyen, und seiner Geschwistrigen, Vorklägern und Nachbeklagten, entgegen und wider Johann Ludwig Böhmern von Westerfeldt, Vorbeklagten und Nachklägern andern Theils bewogen, kürtzlich anzuzeigen, bestehen dieselbe darinn.

2 1.) Haben wir aus dem Requisitions-Schreiben ersehen, daß in hac consuetudinariâ Retractûs materiâ, die Solmische Lands-Ordnung, gleichwie in der Nachbarschafft hin und her, also auch in dem Fürstl. Nassau-Usingischen Landen recipirt, ausser daß ein Verkäuffer sein Vorhaben ein liegend Gut zu verkauffen 3. Sonntage nach einander nach der Predigt, vor der Kirch Inhalts dieser Ordnung

part. 2. tit. 11. §. 1.

offentlich ausruffen zu lassen nicht nöthig habe, als welches daselbst noch niemahls in Ubung gekommen, weil nun der Retractus Gentilitius oder Consanguinitatis,

Cujus

3 cujus originem einige ex ipſo Sacro Codice deduciren, nehmlich ex text.

Levit. *25. v. 23. ſeqq.* Ruth. *2. & 4. v. 4.* Jerem. *32. v. 7. ſeqq.*

klar darinn fundirt, auch daher in voriger Urtheil den Intervenienten itzigen Vorklägern expreſsè vorbehalten worden, ihr Suchen in puncto retractus in einem abſonderlichen Proceſs auszuführen, ſo waltet durchaus kein Zweiffel, daß das itztgeſuchte Abtriebs-Recht in Theſi und in genere gegründet ſey, und wie ſolches Recht vi allegatorum textuum GOttes Wort nicht ungemäß, des gemeinen 4 Nutzens und Wohlweſens halber, daß nemlich die Familien bey ihrem Vermögen in beſtändigem Flor und Auffnehmen erhalten werden möchten, inſonderheit eingeführet, auch in der rechten natürlichen Billigkeit beruhet, daher in allweg vor favorabel zu ſchätzen, per tradita

Nevizan. *1. Sylv. nupt. num. 169.* Gail. *2. O. 29. num. 1.* ubi dicit conſuetudinem retractus hujus tanquam generis, familiæ, nominis & domus conſervatricem, non odio, ſed favore potius dignam eſſe.

Cum ſatis lugubre & deplorandum cenſeatur videre paternas aut avitas domus ac antiqua majorum prædia in externas pervenire manus.

l. 35. de minor. l. 38. ff. de rei vendic. l. 22. C. de adminiſtr. tut. & curat.

Alſo wird es, wo es an einem Orth recipirt, in dubio billig zuerkandt, und mit Fug Rechtens zugeſprochen, wann nicht ſondere Urſachen darwider vorhanden ſeyn, weil es einmahl kläglich und erbärmlich unſer Eltern, Voreltern und nächſten Freunde Häuſſer und Erb-Güter in frembden Handen zu ſehen.

5 Die aber von Vorbeklagten hierfalls darwider eingewandte Exceptiones ſind gar nicht von der Bewandtniß, daß ſie ſothanes in loco eingeführtes Recht hintertreiben, und denen Vorklägern benehmen mögen.

Denn 1.) wendet Vorbeklagter ein, quod liberi Parentum heredes exiſtentes non poſſint ac debeant contravenire facto defunctorum Parentum

per l. 14. C. de rei vind. cum ſimil.

6 Aber dieſe Exceptio kan Vorklägere nicht hindern, daß ſie nicht ſolten das ihnen zukommende Abtrieb-Recht exerciren. Denn obgleich dieſes eine gemeine Rechts-Regul iſt, quod liberi non poſſint contravenire facto Parentum, quorum heredes ſunt, ſo leidet doch ſolche ihre Abfälle

vid. Mevius *p. 2. dec. 147.* Barboſ. locuplet. *lib. 8. cap. 5. axiom. 1.*

unter denen auch inſonderheit dieſer iſt, ſi liberi ex proprio jure actionem habeant, welches ſich hier befindet, denn dieſes Jus retractus Gentilitium, quod Fridericus Imp. in Occidentali Imperio expreſſa ſanctione, quam deſumpſit ex Novella Lacapeni Imperatoris in oriente, relata ab Harmenopulo, in uſum revocavit, quod poſtmodum etiam moribus variorum locorum & fere totius Europæ approbatum, competit venditoris Conſanguineis, & imprimis indultum eſt liberis ſeu deſcendentibus, ut res à Parentibus venditas retrahere poſſint. 7

Tiraquell. *de retract. linear. §. 1. gl. 9. n. 47.* Richter. *dec. 76. num. 13. ſeqq. num. 20.* Reincking *de retract. q. 2. n. 401.* Dn. Stryck. *de Succeſſ. ab inteſt. Diſſ. 6. c. 2. th. 23.*

Etiamſi in poteſtate ſint, modò propria bona habeant, vel quamvis heredes Patris fuerint, cum nihilominus ratio juris retractus obtineat, & potior ſit filius extraneo; 8
nec retrahendo factum Patris impugnat, aut contractum ejus reſcindit, haud enim negat patrem vendere potuiſſe, ſed potius contractum approbat, ſeque tantùm in locum emptoris ſurrogari petit, non ut filius & heres Patris, ſed ut proximus cognatus. 9

Struv. *Ex. 23. th. 57.* Stryck. *d. Diſſ. 6. cap. 2. th. 14. 15. & 24.* Pinell. *de bon. matern. in l. 1. part. 3. n. 99.* Peretz. *in cod. lib. 4. tit. 54. n. 25.* Berlich. *p. 2. concl. 39. n. 16.*

Vielweniger mag des Vorbeklagten anderer Einwurff Vorklägere behindern, daß ſie nicht ſolten ihr Abtriebs-Recht exerciren, und die von dem Vatter verkauffte Mütterliche oder Großvätterliche Güter jure cognationis retrahiren können, da er einwendet, daß die Maleyiſche Kinder ausländiſch, und daher nicht fähig ihn Vorbeklagten abzutreiben, indem ja der ältiſte Sohn Johann Gottfried Maley zu Uſingen ſeß- und wohnhafft, die Anna Catharina aber, Johann Gotthard, Maria Agnes, und Maria Margaretha Maleyin annoch unverheurathet ſeyn, deßwegen ſie noch das Domicilium originis ex Patris perſona zu haben erachtet werden in loco, wo ihr Vatter gewohnet gehabt. 10

Struv. *Ex. 9. th. 17. & 19.* B. D. Lauterbach. *tr. de Domicilio. cap. 1. th. 9. & 14. n. 55. 56.*

Die dritte opponirte Exception zerfällt von ſich ſelbſt, denn weil die retrahirende Güter ſich gantz leicht in ſo viel Theil zertheilen laſſen, als der Perſonen ſeyn, die retrahiren, ſo können ſie alle ohne einige Difficultæt daran participiren.

Belangend die vierdte Exception, daß Vorklägere mit keinem baaren Gelde verſehen 11

die Güter zu retrahiren, daher vermuthlich, daß ein anderer dahinder stecke, dem sie zu lieb lösen; So ist von Vorbeklagtem solcher Geldmangel oder einige Suspicio noch zur Zeit nicht, wie sich zu Recht gebührt, erwiesen, und haben sich Vorklägere offeriret zu schwöhren, daß sie zu ihrem eignen Nutzen und Besten den Abtrieb zu thun vorhabens seyn, wann ihnen solcher Ayd aufferleget werden solte, welches Juramentum zu deferiren wir keine gnugsame Ursach finden, so weniger als Vorklägere, wann sie gleich nicht mit eignem Gelde versehen, doch mit entlehnetem Geld die Güter zu lösen wohl befugt. Gestalten es nicht eben nöthig, daß einer mit seinem eignen Geld das Jus retractus exercire, sondern gnug ist, wann er es nur zu seinem eignen Nutzen thue.

Richter *dec. 76. num. 174.*

12 Non enim attenditur, unde pecunia originem habeat.

l. non unde. C. si cert. pet.

13 Nam & ex deposita pecunia emens, rem nihilominus suam facit.

l. si ex ea pecunia. 6. C. de R. V.

14 Et mutua pecunia ejus quoque est, qui eam mutuam accepit.

l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. §. 1. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.

Eâdemque etiam solutio debiti omnino jure fieri potest

l. 14. ff. de reb. credit. Bocer. *cl. 4. Disp. 22. th. 65.* JCti Francofurt. ap. Strycк. *de succes. ab intest. Disp. 6. th. 15. in Responso.*

5.) Opponiret Vorbeklagter, daß solches Losungs-Recht in casu præsenti auch darum nicht anschlagen möge, weil kein habile objectum vorhanden, welches vi dicti Juris Retractus Gentilitii retrahiret werden könne,

15 Etenim objectum hujus retractus non nisi bona avita constituere h. e. illa, quæ ab avo, proavo, vel ulterioribus parentibus proveniunt, censent

Struv. *Ex. 23. th. 61.* Richter *d. dec. 76. num. 39.* Matth. Berlich. *p. 2. concl. 13. num. 6.* Carpzov. *p. 2. c. 31. d. 14. num. 1. 2.*

16 Et requiri quidem ut talia sint non saltem respectu retrahere volentis, sed etiam respectu ipsius alienantis.

Richter *d. l. num. 44.* Mev. *ad Jus Lub. p. 3. tit. 7. art. 1. in addit. n. 16.*

Diese Güter aber seyen erst in dem verderblichen dreyßig-jährigen Krieg von dem Tauber, der Vorkläger Groß-Vatter an sich gebracht. Allein nach der Solmsischen Landsordnung ist eben nicht nöthig, ut bona retrahenda præcise avita sint, weil sie generaliter de bonis immobilibus redet, sondern ist genug, ut sint bona hereditaria, in matrem retrahentium à suo Patre jure hereditario per successionem translata & devoluta, wie solches ebenmäßig anderer Orten auch obtinirt, und der Retractus Gentilitius in omnibus bonis hereditariis h. e. hereditario jure acceptis, licet illa primum ab ipso Parente sint acquisita, statt findet, 17 18

Solmische Lands-Ordnung part. 2. tit. 12. §. 1. & 2. ibi: *Seine liegende Güter &c.* Reincking. *de Retract. Consang. qu. 3. num. 10. seqq.* Dn. Stryck. *de succes. ab intest. Disp. 6. cap. 2. th. 23.* Mev. *ad Jus Lub. p. 1. tit. 10. art. 6. num. 17. seqq. & p. 3. tit. 7. art. 1.*

Ferner wird 6.) Retractus Gentilitius durch die bey Fürstl. Cantzley beschehene Confirmation des getroffenen Contractûs nicht excludirt, so wenig als in hoc nostro Ducatu die hier gebräuchliche Losung durch die Gerichtliche Insinuation und Confirmation des Contractûs ausgeschlossen wird. 19

Confirmatio enim nihil novi tribuit, sed rem in illo statu, quo est, modo approbat.

c. 1. X. de confirmat. util. Baro Enenckel *de privileg. lib. 3. cap. 20. n. 25.* Joh. Staphilcus *de Gratiis & Expectat. voc. imprimis. n. 47.*

Hinc confirmatio Principis in forma communi facta nihil novi inducit, aut validitati vel invaliditati actus quicquam adjicit. 20

d. c. 1. X. de confirm. util. vel inut. c. 31. X. de decim.

Unde commun. inferunt ac concludunt, quod si transactio vel compromissum à partibus factum nullitate laboret, hoc invalidum maneat, etiamsi Principis confirmatio in forma communi accesserit, 21

Johann. de Carvalho *tr. de quart. ad cap. Raynutius. p. 2. n. 371.*

Tantum ergò abest, ut eadem hîc jus retractus Gentilitii communi consuetudine receptum excludat.

Noch kan 7.) der zu Usingen wohnende Maley deßwegen ab exercendo jure retractus Centilitii excludirt werden, weil er über 25. Jahr und schon etlich dreyßig Jahr alt ist, denn dasselbe sowohl den Majoribus als Minoribus competirt. 22

Von etwas mehrerm Nachdencken ist die 8.) Exception, daß das Pretium nur verbaliter, nicht aber realiter offerirt, noch deponirt worden, 23

cum Dd. pro forma requirant, ut intra determinatum tempus verum ac integrum rei pre-

pretium cum annexis non tantum verbaliter, ſed realiter offeratur, & ſi ab emptore non acceptetur, oblata pecunia teſtatò numeretur, numerata ſacco includatur, incluſa mox obſignetur, obſignata vel apud Magiſtratum vel apud alios honeſtos viros deponatur, & depoſita in eo ſtatu ad eventum usque litis relinquatur, ac ſi vel una ex his ſolennitatibus negligatur, retracturus jure ſuo alias competente haud gaudere queat.

B. D. Lauterbach. *Diſp. de Depoſito Juris. th. ſeqq.* Tiraquell. *de retract. lin. §. 7. gl. 3. num. 1. ſeqq.* Reincking. *de retract. conſang. quæſt. 6. num. 80. ſeq.* Bocer. *cl. 4. Diſp. 22. th. 61.* Beſold. *ad Jus Prov. Würt. Diſp. 2. th. 118.*

24 Jedoch aber mag auch dieſe Exception Vorklägere nicht hindern, daß ſelbige nicht ſolten das ihnen competirende Jus retrahendi ausüben können, nicht der Urſach, daß der Solmiſchen Lands-Ordnung nach die realis oblatio & depoſitio pretii nicht neceſſitatis, ſondern liberæ voluntatis ſeyn ſolte, wie Vorklägere ſuſteniren wollen, denn ſolches ex allegato

§. 2. tit. 12.

nicht erweißlich, als wo die Worte: **Ob ſie wollen, ꝛc.** ad ipſum Jus retractus exercendum, nicht aber ad oblationem zu referiren, ſondern ex hac cauſa, quod oblatio verbalis hîc noſtro in caſu, nach der den 25. Nov. Anno 1700. publicirten Urtheil, krafft deren der vorhin von Vorklägern Mutter als null und nichtig angefochtene Contract vor gültig und bündig erkandt, Intervenienten und jetztmahligen Vorklägern aber, das Jus retractus beſonders auszuführen vorbehalten worden, inner zweyer Monathen Friſt in Judicio facta ſit.

25 De qua judicialiter factâ oblatione Noſtrates paſſim concorditer adſerunt, quod illa realis oblationis efficaciâ polleat, & loco oblationis realis eſſe cenſeatur, hinc ſufficiat, etiamſi ad manus non ſit pecunia, per tradita

Bartoli *ad l. acceptum. 19. C. de uſur.* Negaſantii *de pignor. membr. 3. part. 5. num. 264.* Weſenbec. *Conſ. 73. num. 72.* Herm. Vulteji. *vol. 1. conſ. Marpurg. 18. num. 43.* Petr. Surdi. *Conſ. 86. num. 28. & dec. 262. num. 2. & 3.* Frantzk. *ad tit. de act. empt. num. 9. ſeqq.* Gabr. Mudæi *ad l. 13. §. 8. n. 3. de act. empt.* Reincking. *de retract. Conſang. quæſt. 6. n. 63. ſeq.* Dn. Collega D. Harpprecht. *vol. Conſ.*

Wann nun dieſem allen nach der Vorkläger Action fundirt, und durch die opponirte Exceptiones des Vorbeklagten nicht elidirt, noch enervirt, folget ſua ſponte von ſelbſt, daß in der Conventions-Klage vor die Vorklägere auf ſolche Weiſe, wie in der Urtheil enthalten, müſſe geſprochen werden.

Anlangend aber die Reconvention, da 26
Nachkläger die Actionem injuriarum wider Nachbeklagte Maleyiſche Kinder und ihre Mutter intentirt, ſo erachten wir daß ſothane Action durch die lit. I. min. & lit. P. opponirte Exceptiones genugſam elidirt worden, argumento traditorum

à Mevio *p. 8. dec. 359. junct. p. 5. dec. 374.*

deßwegen Nachbeklagte nothwendig ihrem Bitten nach davon abſolviret werden müſſen, um ſo mehr, als Nachkläger denen Nachbeklagten es redlich wieder heimgegeben, derowegen die mutuæ injuriæ billig compenſirt werden argum. eorum, quæ tradit

Laud. Mevius *ad Jus Lubec. p. 4. tit. 4. art. 9.* Carpzov. *qu. 97. n. 42. ſeqq.*

Die Unkoſten haben wir endlich partim ob 27
ambiguitatem cauſæ in conventione, partim ob litem pro tuenda dignitate, honore ac pudore ſuſceptam in reconventione compenſirt.

Juſtam namque litigandi cauſam dat ambiguitas cauſæ, & eandem quoque habere dicitur, qui pro tuenda dignitate, vel honore ſuo litigat. Juſta vero litigandi cauſa excuſat à condemnatione in expenſas.

Henr. Temmen *tr. de litium expenſ. cap. 9. ſect. 3.*

Welches wir ꝛc. Actum in Collegio noſtro d. 4. Julii Anno 1702.

CONSILIUM CXVIII.

DE

Obligatione alterius ex poſtfacto ab alio ſuſcepta, & præſumtione debiti ex ſolutione plurium annorum uniformiter facta, &c.

SUMMARIA.

1. Sententia.
2. Jure Civili nemo ex alterius contractu obligatur, nec pater pro filio, nec filius pro patre, nec uxor pro marito, aut contra.
3. Quatenus Jure Prætorio Domini & parentes ex contractibus ſervorum & filiorum familiâs obligentur.
4. Etiam id, quod per errorem ſolutum alii, quod ſolvens non debet, licet accipienti ab alio debeatur, repeti poteſt condictione indebiti.
5. Scriptura ab Officiali & perſonâ publicâ in rebus officii confecta præſumptionem veritatis pro ſe habet, & plenam facit fidem, licet ſubſcriptionem non habeat, modo conſtet, quod ab officiali verè ſit confecta.
Præcipue fidem facit in rebus antiquis, quæ ante 30. vel plures annos contigere. ibid.
6. Si quis aliquam ſcripturam, debiti alicujus confeſſionem continentem, penes ſe ſervaverit diu, huicque ſcripturæ conformiter ſe geſſerit, an præſumatur, eum fuiſſe conſcium contentorum, eaque approbaſſe?
7. De Epiſtola ſine proteſtatione aut contradictione acceptata.
8. Diuturna, & ſpontanea ſolutio præſumtionem parit, cauſam obligationis ei ſimilem ſubeſſe.
9. Ex pluribus præſtationibus an præſumatur juſtam obligationis cauſam præceſſiſſe, etiam ubi præſtatio non facta ſingulis annis, ſed ſimul pro decem vel 20. annis præteritis?
10. Solo curſu 30. vel. 40. annorum, ubi quis ſcil. per tot annos aliquid uniformiter ſolvit obligationem induci etiam ratione futuri temporis.
11. Ratio hujus ſententiæ ex Menochio.
12. Extenditur ad ea quoque, quæ maximi ſunt præjudicii, ut ſi quis Nobili tanquam ejus Vaſallus longiſſimo tempore ſervivit.
13. De eo, qui rem aliquam ut emphyteuta per 30. annos poſſedit, & canonem quotannis in recognitionem Dominii directi ſolvit.
14. De uſuris longo tempore præſtitis porro ita ſolvendis.
15. Etiamſi quis ab initio ſe non obligaverit, neque Chirographo ſubſcripſerit, ſufficit, ſi poſtea eam ſuſcipiat, idemque eſt, ac ſi ab initio ſe obligaſſet.
16. ſeqq. Talem ſuſceptionem factam fuiſſe in caſu præſenti, ex facto probatur.
20. Uſuras nondum ſolutas in ſortem redigere, ut ex iis novæ debeantur uſuræ, omnino illicitum & graviter prohibitum eſt.
Cothmanni diſſenſus allegatur. ibid.
21. Ubi verò uſuræ in præſentiam deductæ, moxque longâ manu creditori iterum in creditum datæ, non eſt Anatociſmus, & ceſſat iſta prohibitio L. ult. C. de uſur.
22. Quid juris in annuis reditibus, laudemiis, penſionibus cenſualibus & decimis quoad redactionem in novam ſortem.

Als uns Decano und übrigen Doctoribus der Juriſten-Facultæt bey gemeiner Hochfürſtl. Würtembergiſchen Univerſitæt Tübingen hiebey wieder zuruckkommende bey Hochpreißlichem Freyen Kayſerl. und Ertz-Hertzogl. Nellenburgiſchem Land-Gericht in Hegaw und Madach ad definitivam usque ausgeübte Acta in Sachen der beeden Gemeinden Eßbaſingen und Wallwyß, Klägern Eines; Entgegen und wider Stabhalter, Gericht und gantze Gemeind des Flecken Bodman im Hegaw, Beklagten andern Theils, puncto debiti & extantium annuorum cenſuum, ohnlängſt zugeſandt worden, darüber unſer Rechtliches Gutachten zu ertheilen, und die publicirende Urtheil abzufaſſen; So haben wir nicht ermangelt dieſelbe, ſo bald es ſeyn mögen, mit gebührendem Fleiß zu durchleſen, reifflich zu erwegen, und uns in darüb gepflogener Collegialiſcher Deliberation einmüthig dahin vergliechen, daß der Sachen ihre abhelffliche Maß und Entſcheid zu geben durch nachſtehende Urtheil, ſo wir, ſalvo cujusvis melius ſentientis judicio, den Rechten und der Sachen Beſchaffenheit, auch den Actis gemäß zu ſeyn erachten, und im Fall ſelbſttragenden Richterlichen Ambts zu publiciren kein Bedencken tragen wollten.

Urtheil.

Urtheil.

1 IN Sachen Rechtens sich haltend zwischen den Gemeinden Espasingen und Wallwyß Klägern eines, entgegen und wider Stabhalter Gericht und gantze Gemeinde des Flecken Bodemann, beklagte andern Theils wird hiemit auf Klag, Antwort, eingegebene Documenta, und all ander Gerichl. Fürbringen, nach gethanem Rechtsatz, genommenem Bedacht, und gehabten Rath mit Urtheil zu Recht erkannt, daß beede klagende Gemeinde nach der bißhero observirten repartition mit dem beklagten Flecken Bodemann, die säntlich von weyland Marx Schultheissen und dessen Erben aufgenommene, und hernach per cessionem auf die Fabric des Hochlöbl. Thum-Stiffts zu Costantz, und Spital-Amtung daselbst, gekommene 3000. fl. wie bißher von ao. 1646. biß ad annum 1697. geschehen, also auch ferner hinkünfftig, biß zu gemeiner Abzahlung des Capitals, jährlich zu verzinsen schuldig und verbunden, die Unkosten aber aus Bewegniß gegen einander compensirt und verglichen seyn sollen.

Die Ursachen so uns zu Abfassung vorgesetzter Urtheil bewogen kürtzlich zu berühren, bestehen dieselbe fürnemlich darinn:

Daß obgleich klagende Gemeinden Espasingen und Walwyß vermeynen nicht schuldig zu seyn
2 zu concurriren in Verzinsung der 1000. fl. so Anno 1637. von Fr. Anna Maria Brechtin Wittib, Marx Schultheissen, gewesten Haupt-Mannschafft Verwalthern der Stadt Costantz Tochter, aufgenommen worden, sondern sich allein die Anno 1628. vorhin von gedachtem Marx Schultheissen aufgenommene 2000. fl. pro rata mit zu verzinsen schuldig erachten, weil diese pro 2000. fl. aufgerichtete Obligation auf sie sämmtliche drey Gemeinden gestellet und eingerichtet ist, in jener der 1000. fl. halber aufgerichteter Obligation aber allein die von Bodmann sich verschrieben, deren von Espasingen und Walwyß mit dem geringsten Worte darinn nicht gedacht, sondern nur gemeldet worden, daß die Gemeinde zu Bodmann 1000. fl. zu Anblühmung ihrer Felder von ermeldter Frau Brechtin empfangen ꝛc. Demnach wie die beede andere Gemeinden Espasingen und Walwyß von diesen 1000. fl. nichts participiret, also halten sie sich auch zu deren Verzinsung nicht verbunden.

Cum Jure Civili quisque tantùm ex suo contractu, nemo verò ex alterius contractu obligetur & conveniri queat, quod in tantum eo Jure verum est, ut nec Pater ex filii, nec filius ex Patris, nec uxor ex mariti, nec maritus ex uxoris contractu teneatur, quamvis sint conjunctissimæ personæ.

l. 1. C. ne uxor pro marit. l. 1. C. ne fil. pro patre l. pen. C. quod cum eo, qui in alien. pot. l. un. C. ut null. ex vican.

Licet postea Prætori æquum visum sit ex 3
contractu servi aut filii Patrem & dominum, ad quos emolumentum contractus pertinet, saltem hactenus obligari, quatenus causa contrahendi, i. e. peculium filio aut servo concessum pateretur: ne scil. qui bona fide cum servis & filiis contraherent, quos peculium habere scirent, circumvenirentur; hincque Jure Prætorio introductum, ut domini & Patres servorum & filiorum nomine conveniri possent, quia omne emolumentum ex illorum opera ministerio, laboribus, industria &c. haberent.

§. 11. Inst. de action. & tot. tit. Inst. ac Cod. quod cum eo, qui in alien. potest.

sondern erachten sich vielmehr befugt zu seyn, die pro rata sua indebite daraus seit A. 1646. bezahlte Zinsen condictione indebiti zu repetiren.

quia per errorem solvens quod ipse non de- 4
bet, licet accipienti ab alio debeatur, jure ita solutum per condictionem indebiti repetit.

l. 65. §. fin. ff. de condict. indeb. l. 5. C. eod.

So kan solches doch nicht statt und Platz finden, sondern es sind die beeden Gemeinden Espasingen und Walwyß mit dem Flecken Bodman in Verzinsung der 1000. fl. nicht weniger, als deren 2000. fl. zu concurriren verbunden, in Ansehung die repartition mit aller drey Gemeinden Wissen und Consens, wie nicht weniger mit approbation ihrer Gnäd. Herrschafft dahin geschehen, daß sie mit einander gesammte 3000. fl. biß zu deren gemeinsamen Bezahlung vertreten und verzinsen sollen, inmassen sie solche 3000. fl. auch willig ohn einige contradiction funffzig gantzer Jahr würcklich zusammen verzinset, also sich dessen jetzo nimmer entschlagen können, auch führohin ferner diese 3000. fl. mit zu verzinsen, biß sie selbige gemeinschafftlich ablösen und bezahlen.

Und daß die Austheilung der von einem jeden Flecken und Gemeind aus den 3000. fl. Capital reichenden und bezahlenden Zinsen mit Wissen und Willen der drey Gemeinden gemacht worden, und demnach die beyden Communen Espasingen und Walwyß die mit Verzinsung der völligen 3000. fl. wissentlich und

wohl bedächtlich übernommen, nicht aber dar-
5 zu doloſe inducirt worden iſt, 1.) daraus gnugſam abzunehmen, daß ſolche von der drey Communen vorgeſetzten Amtmann und Ober-Vogten Melchior Buhelm mit eigner Hand gemacht, und alſo mit Obrigkeitl. Authorität uffgeſetzt und aufgerichtet

Qualis ab Officiali ceu perſona publica & jurata confecta ſcriptura non poteſt non præſumptionem veritatis pro ſe habere, & hinc plenam facere fidem, licet non habeat ſubſcriptionem, modo conſtet, quod ab officiali verè confecta.

Carpz. *p. 2. dec. 125. n. 24.*

Inprimis verò fidem facit in antiquis, quæ ante 30. imo 50. annos contigere.

Mynſing. *5. Obſ. 79. n. 3.*

6 Dazu dieſelbe bißher in der Eſpaſingiſchen Gemeins-Laden verwahrlich aufbehalten worden, daher nothwendig folgt, daß ſie ſelbige wiſſentlich acceptirt, approbirt und zu deren Innhalt ſich verſtanden, dann ja einem dasjenige, was er viel Jahr in ſeiner genauen Verwahrung hat, nicht unwiſſend ſeyn kan, und wann ers ohn einige darwider interponirte Proteſtation angenommen und aufs beſte verwahrt, inſonderheit demſelben ſich conform bezeuget und unweigerlich nachgelebt, kan man anders nicht præſumiren, als daß ers genehm gehalten und approbiret, weil ers ja von ſich geben oder darwider proteſtiren ſollen, wann ers nicht vor genehme halten wollen, argumento eorum, quæ tradit

B. D. Lauterb. *Diſp. de Epiſtola. th. 45.*

7 Quodſi is, ad quem transmiſſa fuit Epiſtola, eâ acceptâ, non contradixerit, ſed tacuerit, eo ipſo fidem illius probaſſe cenſeatur, & omnia contenta in eadem Epiſtola in ſui præjudicium vera eſſe fateri videatur.

per l. 16. ff. ad SCt. Maced. ibi: Bart. & Dd. magno numero allegati à B. D. Lauterbach. *d. l.*

Vornemlich iſt 2.) der beeden klagenden Gemeinden beſtändiger Will und Conſens in die gemachte repartition unter den dreyen Com-
8 munen die 3000. fl. nach derſelben zu verzinſen, abzunehmen aus der darnach in die 50. Jahr continuirten würcklichen Verzinſung. Denn wer wollte vermuthen, daß die gantze Gemeinden der Flecken Eſpaſingen und Walwyß, und ein jeder derſelben in particulier ſich würden bequemet haben das ihnen abgeforderte quantum an den Zinſen der 3000. fl. ſo willig gantzer 50. Jahr beyzutragen, wann ſie nicht vorher daſſelbe mit Wiſſen und Willen übernommen und ſich darzu obligirt, oder gutwillig verſtanden hätten.

Nam ſpontanea & diuturna ſolutio facit præſumi cauſam obligationis ei ſimilem ſubeſſe, haud enim veriſimile eſt diuturno tempore aliquem quid ſolviſſe, niſi ad id obligatus eſſet. Unde talis præſumitur origo, qualis ſecuta eſt præſtatio.

l. 6. ff. de uſur. ubi Imperator Antoninus ideo ſolvendas eſſe uſuras in futurum judicavit, quod quis longo tempore eas præſtitiſſet, & quod amplius eſt, ex præſtatione uſurarum dotis nomine longo tempore facta, ipſam dotem quaſi promiſſam ac debitam juſſit exſolvi, atque ita *vid. l.* ex acceſſorio propter longi temporis præſtationem infertur etiam ad id, quod eſt principale. *d. l. 6.* Bartol. *in l. 28. C. de pact.* Cardinal. Mantica *de tacit. & ambig. convention. lib. 3. tit. 15. n. 52.* Maſcard. *de probat. concl. 1371.*

Et à noſtratibus communiter agnita eſt 9
concluſio, ex pluribus præſtationibus præſumi juſtam cauſam obligationis præceſſiſſe, præſertim quando quis ſolvit ſeparatim ſingulis annis, aliud enim eſſe exiſtimant, ſi una ſolutio facta fuiſſet pro decem vel 20. præteritis annis

per tradita Cardinal. Manticæ. *d. tit. 15. n. 65.*

Atque ſolo curſu 30. vel 40. nedum 50. an- 10
norum, ſi quis nempe per tot annos aliquid uniformiter ſolvit ac præſtitit, obligationem induci etiam ratione futuri temporis, ut nim. ille cogatur idem tunc quoque ſecuturis temporibus præſtare, & ſolutionem ejus ita continuare, in terminis docent.

Bartol. *in l. ſolent. §. 1. in fin. de Offic. Proconſ.* Bald. *in l. male agitur. C. de præſcript. 30. vel 40. ann.* Balbus *de præſcript. 1. part. 3. part. princ. q. 10. n. 34. & in 4. part. 4. part. princip. q. 9. & q. 11. n. 3.* Covarruv. *in c. poſſeſſor. part. 2. §. 4. n. 3. 5.* quos ſequitur Menoch. *de præſumpt. lib. 3. præſ. 131. n. 51.* ubi hujus ſententiæ il- 11
lam reddit rationem, quod in præſcriptione 30. vel 40. annorum non neceſſarius ſit titulus, ſed ſola bona fides ſufficiat, quæ quidem ex tanti temporis lapſu eò usque præſumitur, donec mala fides probetur, ut agnoſcunt omnes in *c. ſi diligenti. de præſcript.*

Extenditur hoc, ut locum habeat etiam 12
quoad ea, quæ maximi ſunt præjudicii, pro exemplo allegat Menochius *d. l.* quod ſi quis nobili tanquam ejus Vaſallus longiſſimo tempore, h. e. 30. vel 40. annos ſervivit, teneatur ei etiam in futurum ſic ſervire

per tx. *2. F. 26. §. ſi quis per 30. annos.* ibi: Bitſch. & alii interpretes.

Et

13 Et ſi quis rem aliquam ut emphyteuta poſſedit per 30. annos, ac quotannis annuam penſionem in recognitionem dominii directi ſolvit tamdiu, cenſeatur effectus perpetuus emphyteuta, etſi nullum habeat titulum, modò in bona fide fuerit conſtitutus.

Bachov. *ad Tr. vol. 1. Diſſ. 29. th. 9. lit. A. & B.*

Deswegen weil die klagende Gemeinden Espasingen und Walwyß von Ao. 1646. biß
14 1697. nicht nur 30. ſondern gantzer 50. Jahr ihre quotam an Zinſen nicht allein von den 2000. fl. ſondern von den geſammten 3000. fl. willig beygetragen, können ſie ſich keines weges entbrechen, ſolche auch künfftig ferner beyzutragen biß zu gemeinſamer Bezahlung deren einmahl zu vertreten übernommener 3000. fl. Capital.

vid. tx. *in l. 6. ff. de uſur.*

Und hindert nicht, daß die Obligation der letztern von Fr. Anna Maria Brechtin Ao. 1637. aufgenommenen 1000. fl. allein auf die Gemeind
15 des Flecken Bodman gerichtet, deren von Espasingen und Walwyß aber darinn mit keinem Wort gedacht worden. Denn es gnug iſt, daß ex poſt facto die von Espasingen und Walwyß ſich verbunden dieſe 1000. fl. pro rata mit zu vertreten, geſtalten es in effectu eins iſt, ob ſich einer von Anfang mit verſchreibet und verbindet, oder hernach die von einem andern contrahirte Obligation gantz oder zum Theil über ſich nimmt, denn er im letztern Fall ſo wohl, als im erſtern von der Zeit, daß ers über ſich genommen, obligirt iſt.

Daß aber dergleichen von den Espasingern
16 und Walwyſern hier geſchehen ſey, daß ſie nemlich die letztere 1000. fl. neben den vorher aufgenommenen 2000. zu vertreten und zu verzinſen mit übernommen, bezeuget förderiſt der Ertz-Fürſtl. Commiſſions-Receſs de 11. Jan. 1659. da es ausdrücklich heißt, daß die geſammte Gemeinen der Flecken Bodman, Espasingen und Walwyß bereits hievor für die von Bodman 1000. fl. Capital bey weyland Juncker Marx Schultheiſſen geweßten Hauptmannſchafft-Verwaltern der Stadt Coſtantz ſeel. übernommen, ſo ſie noch der Zeit und füraus als ein auf ihnen verbleibendes Capital verpenſioniren müſſen, und deshalb doch einigen Pfenning nicht zu genieſſen ꝛc. Da durch dieſe 1000. fl. Capital eben die Ao. 1637. aufgenommene letztere 1000. fl. gemeynet, ſo zu denen Ao. 1628. aufgenommenen 2000. fl. gekommen, und zuſammen die 3000. fl. ſo beſagte Communen bißher verzinſet, ausmachen.

17 Noch klärer bezeugt ſolches der gefundene und zuletzt producirte Extract auſſer dem zu Bodmann den 5. und 6. Febr. 1646. gehaltenen Protocoll, darinn es heißt, daß alle Gemeinden Bodmanniſcher Herrſchafft durch Herrn Director und Ausſchuſſe Herrn Berchtolden Freyherrn von Stein zu allem ſchuldigen Gehorſam ermahnet, dabey dem Stabhalter angezeiget worden, daß er die in die Kirche gehörige nacher Uberlingen verſetzte Kelche der Kirchen unverzüglich einlöſen ſolle, und hinzu gefügt, daß es ſonſten wegen der zu Coſtantz bey Hrn. Prechten auf die gantze Herrſchafft Bodmann aufgenommenen 3000. fl. bey des Ober-Vogts Bühlers Austheilung verbleiben, und die beeden Gemeinden Walwyß und Espasingen die Gemeinde Bodmann, welche ſich alleinig um die 3000. fl. verſchrieben, ſchadloß halten, und nach aller Nothdurfft verſichern, und jeder Theil ſeiner Angebühr nach die Zinß abrichten ſolle.

In welchen Worten von keinem andern Ca- 18
pital geredt wird als von dieſem, ſo ermeldte drey Flecken von beſagtem Jahr 1646. biß 1697. gemeinſam ohn einige contradiction ohnweigerlich verzinſet, Ao. 1697. aber beede Flecken Espasingen und Walwyß in des einen tauſend Gulden Verzinſung weiter zu concurriren ſich geweygert, und künfftig nicht mehr denn 2000. fl. helffen zu verzinſen, der übrigen 1000. fl. Verzinſung aber denen von Bodman allein aufzubürden vermeynt; Werden aber dieſem Protocoll nach billig angehalten nach der mit Obrigkeitl. Authorität gemachten und einmal willig angenommen repartition ihr Angebühr Zinſen von der völligen Summ der 3000. fl. wie bißher, alſo ferner künfftig, beyzutragen, ohnerachtet die Obligation der letztern 1000. fl. allein auf die Gemeinde Bodmann eingerichtet, denn man aus dieſem Protocoll wohl ſiehet, daß das Geld nicht ihnen von Bodmann allein zu Nutzen kommen, ſondern der gantzen Herrſchafft, deswegen es billig alle Gemeinden übernehmen und vertreten müſſen, und obwohl das Protocoll meldet, daß die 3000. fl. von Herr Prechten aufgenommen 19
worden, und ſich die Gemeinde Bodmann allein vor die 3000. fl. verſchrieben, daher Klägere vorgegeben, daß diß Protocoll von einem gantz andern Capital rede, als dieſes ſo jetzo im Streit, ſo ſiehet man doch wohl, daß Herr Baron von Stein nur nicht recht informirt geweſen, und darinn geirret, ſo leicht geſchehen können, daß er vermeynt die 3000. fl. wären von Herrn Prechten hergeliehen, da doch 2000. fl. von deſſen ſeel. Schwäher Marx Schultheiſſen ſchon in Ao. 1628. und die übrige 1000. fl. von des Hrn. Prechten Wittib des Schultheiſſen Tochter hernach Ao. 1637. hergeliehen worden, und der Fleck Bodmann ſich allein nicht vor geſammte 3000. fl. ſondern nur vor die letztere 1000. fl. vor die 2000. fl. aber geſammte drey Flecken obligirt, weil aber die 1000. fl. ſo wohl als die 2000. fl. der geſammten Herrſchafft zu Nutzen gekommen, hat er wollen, daß alle drey

Flecken an Verzinsung der gantzen Summ à 3000. fl. concurriren solten, wie es erfolget, daß benannte drey Gemeinden von der Zeit biß in annum 1697. die völlige Summ der 3000. fl. von Anfang wissend und wohlbedächtlich verzinset, auch solches gantzer 50. Jahr continuirt, daher sie von rechtswegen condemnirt werden damit ferner zu continuiren biß zu gemeinsamer Abstossung und Bezahlung des Capitals, wann es auch gleich wäre, daß von denen 2000. fl. ab Ao. 1628. biß 1637. wären 600. fl. Zinsen aufgeschwollen gewesen, und darzu noch 400. fl. baar nur gegeben, also darfür die Obligation der 1000. fl. aufgerichtet worden.

20 Nam etsi redactio usurarum in sortem, quando nempe usuræ non solutæ novatione facta in mutuum aut aliud crediti nomen convertuntur, aut in sortem rediguntur, ut ex usuris in sortem ita redactis novæ debeantur & generentur usuræ, plane illicita & annatocismus graviter prohibitus sit

l. ult. C. de usur. ibi: Brunnemann.

non obstantibus speciosis rationibus Cothmanni, quibus evincere conatur hoc facere licere.

vol. 4. Resp. 44. qu. 6.

21 Incertum tamen adhuc est, num hoc ita factum fuerit, annon potius usuræ debitæ in præsentiam deductæ, moxque longa manu creditori in creditum datæ, quo casu *d. l. ult. prohibitio* cessat.

Brunnem. *ad d. l. ult.* B. D. Fromman. *Disp. de Anatocismo. th. 32.*

22 2.) Considerandum quod hîc non fuerint usuræ formaliter sic dictæ ad illam quantitatem debitæ & excreverint ad illam summam, sed hic annui reditus non soluti ascenderint ad istam quantitatem, es sind schuldige jährlich erkauffte Zinsen gewesen, lang angestandene jährlich gekauffte Zinsen aber kan man wohl zum Haupt-Gut schlagen, und eine neue Gült-Verschreibung daraus machen lassen, quia annui reditus per se principaliter & non accessoriè ad Capitale debentur ut usuræ, in annuis enim reditibus nulla est obligatio ad sortem, ceu quæ perpetuo alienatur & transit ad recipientem, si is nolit redimere, sicque non potest vere dici, quod aliquid præstetur vel percipiatur ultra sortem, sed bene quod aliud loco sortis alienatæ percipiatur, videlicet jus annui reditus, hinc anatocismus hîc non locum reperit in annuis reditibus.

B. D. Fromman. *d. Disp. th. 27.* Otto Philipp. Zepper. *de anatocismo num. 41.* Fontanella *dec. 205.* ubi ex eodem fundamento in pensionibus censualibus, laudemiis & decimis idem, quod videlicet interesse exinde peti possit, decidit.

Lassen es dannenhero nochmals bey vorstehender Urtheil bewenden, und halten daß solche aus angeführten Ursachen der Sache und den Actis durchaus gemäß sey quoad causam principalem, nicht weniger aber die Unkosten aus Bewegniß billig gegen einander compensirt werden, in Ansehung die Sache doch ziemlich zweifelhafftig gewesen wäre, wann nicht der Extractus Protocolli de Ao. 1646. und der Ertz-Fürstl. Recessus de Ao. 1659. wäre zuletzt aufgefunden worden, wodurch die Sache erst recht ein Licht bekommen.

Welches wir, salvo quovis meliori judicio, zu verlangter Rechtl. Nachricht dienstlich nicht verhalten wollen. Actum in Collegio nostro den 21. Sept. 1702.

CONSILIUM CXIX.

IN

Puncto Stipendii pro agnatis, cognatis fundatoris, & in defectu horum pro cognatis uxoris & his quoque deficientibus pro Civium filiis.

SUMMARIA.

1. Quæritur: cum aliquis Stipendium legasset iis, qui ex sua familia & cognatione eo usque in artibus & literis profecerint, ut in Academiam cum fructu commigrare possint, quo ibi, eo felicius Studiis suis operam dent, numne hoc Stipendium solis studiosis actu Academicis erogandum, numne vero etiam Gymnastis, istis præsertim deficientibus, conferri possit, cum insuper nec tempore factæ dispositionis in loco nondum aliquod Gymnasium esset erectum?

2. Verba testatoris referuntur.

3. seqq. Rationes pro solis Academicis.

4. Diffe-

4. *Differunt Universitates & Academiæ à Gymnasiis ratione tum Studiorum, tum Privilegiorum, & inprimis respectu Dignitatum conferendarum, quarum Jure Gymnasia, æque ac Scholæ Triviales, carent.*

5. *Expedire Reipublicæ, ut Stipendiorum prima fundatio in suo vigore maneat & conservetur, reditusque illorum præcise in istos pios usus erogentur, in quos testator eos destinavit.*

6. *Interesse Reipublicæ, ultima hominum judicia exitum sortiri secundum voluntatem à testatore declaratam.*

De eadem, tanquam in ultt. voluntt. causis Domina principem tanquam locum tenente, & Regina ubique prædominante. ibid.

7. *Supremæ voluntatis liberum Stylum esse debere.*

8. *Pium esse ultimas defunctorum voluntates examussim adimplere & exequi, etsi ad causas non pias spectant; multo magis ergo, si ad pias causas.*

9. *Fœdum & inhumanum facinus, imo piaculum iis contravenire, à LL. variè coercitum.*

10. *De ultimis voluntatibus, etiam non quoad omnia solennia ita exactis, saltem ex generositate observandis.*

11. *Divisio communis Stipendiorum in Majora & minora, ratione ætatis & profectuum in literis, sive in Academica, quæ Studiis Academicis destinata, & Scholastica,* Schul-Stipendia.

12. *Deciditur tamen pro Gymnastis in casu, quo non adessent Accademici, ex testatoris voluntate præsumtâ.*

13. *Regula: Perinde esse aliquid fieri, aut simile fieri applicatur.*

14. *Ex Carpzovio docetur: Stipendium pro pueris in Scholis Trivialibus relictum, in illorum defectu, benè transferri posse ad Stipendium Academicum.*

Sed cur non & idem in casu converso fieri posset?

15. *Dubium de reditibus Stipendii otiosis in sortem redigendis, itaque ipso Stipendio felicius augendo.*

16. *Resp. ad hoc dubium ex voluntate testatoris probabiliori & verisimiliori.*

17. *Ut Heliotropium Solem, ita JCti testatoris voluntatem ex unâ & publicam utilitatem ex alterâ parte respicere debent.*

18. *Quær. num, concurrentibus pluribus competitoribus, ejusdem gradus & qualitatis, ejusmodi Stipendium in partes æquales sit dividendum, numne verò totum uni digniori, vel magis egeno, sit conferendum.*

19. *Verba testatoris repetuntur, pro uno Stipendiario facientia.*

20. 21. *Cur, hodiè præsertim, Stipendia potius constituenda paulo lautiora, constituta verò non facile sint dividenda?*

22. *Ubi plures concurrunt competitores ex familia & cognatione 1.) proximiores excludunt remotiores.*

23. *Si familiæ res legata, non licere hæredi gravato, eligere remotiores præteritis propioribus.*

24. 2.) *Inter gradu pares magis aptus præfertur minus apto.*

25. 3.) *Pauperior ditiori, & qui nullum habet Stipendium illi, qui jam aliquod habet.*

26. *Quid tum: Si plures omnino in omnibus sibi æquales concurrerent.*

27. *De concurrentiâ agnatorum & cognatorum, an ii in Stipendio q. præferendi?*

28. *Vox Germanica:* Geschlecht, *in materiâ favorabili Stipendiorum comprehendit etiam cognatos.*

29. *Vocem Germ.* Freunde, Freundschafft, *hîc cognatos quoque indubiè complectitur.*

30. *Latina Vox:* Familiæ, *an eodem modo intelligenda?*

31. *In ejusmodi legatis cognati testatoris omnino præferuntur ejus affinibus.*

32. *Semper à testatore magis dilecti præsumuntur cognati, quam extranei.*

33. *Prima & præcipua, & maximè naturalis dilectionis causa est consanguinitas, tam in linea recta, quam etiam in collaterali, & inter consanguineos etiam remotiores, ita ut quo quisque alteri gradu propior, eo magis ab eo dilectus censeatur.*

34. *Hæc prædilectio in ultimis voluntatibus interpretandis valorem habet maximum.*

An non & verbis quandoque præponderare possit hæc prædilectionis præsumtio? ibid.

35. *Quisnam ordo in casu, quo in genere ad Stipendium aliquis ex familiâ vocatus*

tus, & si talis non adsit, quivis alius civis filius ad Sudia aptus admitti debeat, observandus? ex Zaunschlieffero proponitur.

36. *An descendentes ex fratribus fundatoris per filias, neptes &c. inter agnatos ejus, an cognatos sint referendi?*

37. *Definitio Agnatorum.*

38. *Quomodo intelligendæ sint definitiones agnatorum & agnationis in §. 1. J. de legit. agnat. tut. §. 1. J. de legit. agnat. succeſſ. l. 4. §. 2. ff. de grad. & ap. Fusar. de fideic. substit. occurrentes?*

39. *Etiam fœminas comprehendit agnatio, & quomodo?*

40. *Per fœminas agnatio non conservatur, sed eæ suæ familiæ finis sunt, & quomodo?*

41. *Cur fœminæ, licet agnatæ sint, nihilominus in tam multis ab agnatis masculis excludantur?*

42. *Quinam sint agnati in lineâ rectâ ascendente & descendente?*

43. *Quinam in lineâ collaterali?*

44. *Quinam sint Cognati in genere?*

45. 46. *Quinam in specie tales in linea recta & collaterali?*

47. *Usus Veritati contrarius abolendus est potius, quam ulterius sectandus.*

48. *De Præscriptione contra Veritatem non obtinente, verba Tertulliani & Conringii.*

49. *Possessor in possessione manutenendus & defendendus est donec adversarius vitium possessionis, probaverit.*

Ipse impune & jure resistit omnibus eum in possessione molestantibus aut impedientibus.

50. *Quid dicendum: ubi remotior dignior est propiore?*

51. *De concurrentia trium cognatorum, quorum unus gradu proximus reliquorum alter insuper de genere affinium, in subsidium vocatorum, descendit.*

Als uns Decano und andern Doctoribus der Juristen-Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Würtemb. Universität Tübingen eine Species Facti mit Beylagen großg. zugesandt worden, darüber und insonderheit über die deroselben angehengte Fragen unser Rechtliches Gutachten zu erstatten, so haben wir uns nach fleißiger deren Durchlesung und reiffer Erwegung in sorgfältig gepflogener Collegialischer Deliberation einmüthig dahin verglichen, wie bey jeder Frage absonderlich folget. Und zwar so viel förderist

1 Die Erste Frage:

Ob die quæstionirte 40. fl. Stipendium allein denen Studiosis Academicis verstehe per fundationem in Ordine vocatis, und nicht auch denen Studiosis vel Exemptis Gymnastis, wann sonderlich jene nicht verhanden, zu conferiren, zumalen da tempore fundationis nur eine Trivial-Schule und kein Gymnasium allhier gewesen?

belangt, so sind zwar diese 40. fl. von dem seel.
2 Testatore gewidmet zu einem Stipendio, welches ein junger Mensch seines Geschlechts und Stammes auf der Universität genieſſen solle, wie aus seinen im Testament gebrauchten Worten zu sehen, da er gantz klar sagt: Welche 40. fl. einem Jungen meines Geschlechts und Stammes, und so in der Schul allhie so weit procedirt und studirt, daß er auf eine Hohe-Schul oder Universität zu ziehen tauglich, verliehen werden, solch sein Studium uff einer hohen Schul so lang zu vollführen er tauglich fleißig und geschickt erkannt werden mag ꝛc. Deswegen es das starcke
3 Ansehen, daß solche allein den Studiosis Academicis zu conferiren, die Gymnasiasten aber darzu nicht zu admittiren, weil die Gymnasia nicht unter dem Namen der hohen, sondern der niedern Schulen kommen.

Differunt enim Universitates & Academiæ à Gymnasiis tum ratione Studiorum, tum respectu Privilegiorum, tum imprimis respectu Dignitatum conferendarum, quarum Jure uti instructæ sunt Universitates, ita Gymnasia carent, æquè ut Scholæ triviales, die niedern Schulen, in quorum censum & illa referuntur. 4

Vor die aber, so die niedern Schulen frequentiren, sind die in §. præcedenti zum Stipendio verschaffte 10. fl. allein gewidmet, hergegen die 40. fl. denen, so auf hohen Schulen leben, destinirt und verschaffet, indem also der Testator in zwey unterschiedenen §§. Seines letzten Willens zwey zerschiedene Stipendia vor die so uff niedern, worunter die Gymnasia begriffen, und vor die, so auf hohen Schulen sich aufhalten und den Studiis obliegen, geordnet, scheinen jene so wenig zu diesem, als diese zu jenem zu admittiren seyn, sondern jeder Theil des ihm gewiedmeten und in specie verschafften zu gaudiren haben.

Nam

5 Nam expedire videtur Reipubl. ut prima Stipendii fundatio in ſuo vigore maneat & conſervetur, reditusque illius in iſtos pios uſus præciſe convertantur & erogentur, quibus eos teſtator deſtinavit & expendi volu-
6 it. Nam Reipubl. intereſt, ultima hominum judicia exitum ſortiri ſecundum voluntatem teſtatoris declaratam, quam legibus non contrariam in ultimis voluntatibus & cauſis teſtamentariis tanquam Dominam principem locum tenentem & velut Reginam ubique prædominantem utramque paginam facere conſtat, & hinc pro inviolabili lege ſervandam, atque ad unguem exacte adimplendam eſſe jura ſanxerunt.

l. 5. ff. teſtam. quemadm. aper. Baitel. *dec. ultim. volunt. 2. num. 140. 304. dec. 9. n. 10. dec. 12. n. 69.*

7 Creditum enim in communi fere omnibus eſt, nihil eſſe, quod magis hominibus debeatur, quam ut ſupremæ voluntatis, poſt quam jam aliud velle non poſſunt, liber ſit Stylus, licitumque quod iterum non redit arbitrium,

l. 1. C. de SS. Eccleſ.

8 piumque eſſe ſupremas voluntates defunctorum examuſſim adimplere & exequi, etſi ad cauſas non pias ſpectent.

Guttieretz *in repet. l. nemo poteſt. ff. de legat. 1. §. 308.*

9 Quando magis ergò, ſi ad pias cauſas diſpoſuerint; contra fœdum ſemper atque inhumanum facinus imò pro piaculo habitum, ultimum morientis deſiderium & ſupremam voluntatem non adîmplere, eique in aliquo contravenire. Et hinc Leges noſtræ teſtamentorum executiones variis modis ac mediis compulſorialibus proditis promotum
10 iverunt quin quod plus eſt etiam viri eximiæ humanitatis & liberalis animi laudem affectantes, generoſum piumque judicaverunt, à voluntate defuncti non recedere, etſi ſolennitates à LL. civilibus aut ſtatutis præſcriptæ à teſtatore in declaratione illius non ita exactæ obſervatæ, ipſum non fruſtra id voluiſſe, quod ultimum erat voliturus, credentes.

Quorſum pertinet quod habet

Plinius *2. Epiſt. 16. & 5. Epiſt. 7.*

11 Und wann man ein anders oder das Widrige ſagen und behaupten wollte, würde dadurch ja aufgehoben die von den Doctoribus, ſo de Stipendiis geſchrieben, gemachte diſtinction der Stipendiorum, da ſie ſolche gemeiniglich diſtinguiren in Stipendia Majora & Minora, ratione ætatis & profectuum in literis, und die Minora Scholaſtica Schul-Stipendia nennen ad differentiam illorum, quæ Academica ſeu Studiis Academicis ſacrata & hinc majora appellantur

vid. Ahasv. Fritſch. *de Stipend. cap. 4. n. 7.*

Die doch hier der Teſtator ſeel. in ſeinem letzten Willen expreſſe approbirt, indem er ein Schul-Stipendium à 10. fl. fundirt für die, ſo von ſeiner Freundſchafft und Geſchlecht die niedere Schul frequentiren, und ein Academicum à 40. fl. vor die, ſo von ſeinem Geſchlecht auf Univerſitäten den Studiis Academicis incumbiren, deswegen dieſelbe beyzubehalten und jenes den Schülern auf der Schul und Gymnaſio, dieſes aber den Studioſis auf Univerſitäten zu reichen und nicht zu confundiren.

Jedennoch halten wir dafür, daß wann keine 12
von des Teſtatoris Geſchlecht auf Univerſitäten wären, wären aber von ihnen auf dem Gymnaſio, die die lectiones publicas frequentirten, und ſich ad Studia Academica felicius tractanda in Philologicis & Philoſophicis ſolidirten, das von 40. fl. fundirte Stipendium ſolchen auf dem Gymnaſio ſothanen Studiis obliegenden Verwandten ohn Verletzung des ſeel. Teſtatoris Willen, ex præſumpta illius mente ac voluntate, wohl gereichet werden könnte, indem es ad teſtinatos à teſtatore uſus pios, ad promovenda nempe Studia Academicis proxima, auch auf ſolche Weiſe angewendet, und nicht mißbrauchet würde.

Verè enim hic dici poſſet, perinde eſſe 13
aliquid fieri, aut ſimile fieri.

l. 16. ff. de uſufr. & uſu legat. l. 4. ff. de admin. rer. ad civit. pertin.

Faciunt huc tradita 14

Carpzovii *l. Prud. Conſiſt. lib. 2. def. 332.* ubi docet ac firmat, quod legatum ad ſuſtentationem puerorum in Scholis trivialibus deſtinatum in defectu illorum bene transferri poſſit ad Stipendium Academicum. Quidni ergò & contra Stipendium Academicum in defectu Studioſorum Academicorum conferri poſſet Gymnaſiaſtis Studia Philologica & Philoſophica tractantibus, cum perinde ſit num hæc Studia in Academia vel Gymnaſio tractentur. Richter. *p. 1. Conſ. 50.* ubi JCti Jenenſes ita in terminis reſponderunt. add. Menoch. *Conſ. 969.* ubi probat diſpoſitionem teſtatoris mutari poſſe, ſi modus & forma non poſſit ſervari. Carpz. *p. 3. c. 13. d. 27.*

Und obwohl möchte eingewendet werden, 15
daß vielmehr zu ſagen, daß deficientibus in familia Studioſis Academicis die von dem ad Stipendium Academicum geſtifften Capital

fallende Zinsen der 40. fl. wieder sollten ad honestum lucrum angewendet, zum neuen Capital gemacht, und das Stipendium davon erhöhet werden, daß künfftighin die in der Familie kommende Studiosi Academici ampliori & pinguiori beneficio genieſſen können, so daß sie an statt der 40. fl. 50. und mehr Gulden empfangen, per ea, quæ habet

Idem Carpzov. *p. 2. c. 5. d. 8.*

16 So ist doch fürnemlich auf das zu sehen, was der Testator verisimiliter würde disponiret haben, wann er davon wäre gefragt worden, und dasselbe vor disponiret zu halten, wer wollte aber zweiffeln, daß wann der Testator hierüber wäre gefragt worden, ob wann würcklich keiner von seiner Familie auf der Universität lebe, einer aber nicht mehr in trivio, sondern auf dem Gymnasio den Philologicis und Philosophicis, die sonst auf Universitäten auch tractirt werden, emsig obliege, diesem auch indeß die 40 fl. gereicht werden sollten? Er nicht geantwortet und disponiret hätte, daß sie ihm in allweg angedeyen sollten, derowegen dieses auch gleichsam vor verordnet zu halten.

17 Nam ut heliotropium solem, sic JCti semper testatoris voluntatem ex una & publicam utilitatem ex altera parte respicere debent. Cum ergò præsumptive certum sit, testatorem quæsitum, num velit hos 40. à se legatos florenos in defectu Studiosi Academici conferri debere in Gymnasio Studiis Philologicis & Philosophicis in Universitatibus tractari solitis incumbenti? responsurum, illos omnino eidem conferri debere, indubiumque existat, & sic finem testatoris quoque obtineri, & publicam utilitatem promoveri, Studiaque Academica maxime facilitari, non poterit non cordatus JCtus in tali casu potius pro collatione beneficii quam pro usuris in fœnus iterum collocandis respondere.

Die andere Frage ist:

18 Ob man solches wann zwey oder mehr competenten ejusdem gradus & qualitatis in zwey oder drey Theil setzen, und jedem pro rata helffen, oder weil die fundation von solcher Theilung, wie bey den 10. fl. beschehen, nichts meldet nur digniori vel magis egeno allein zukommen lassen solle?

19 Wann man hier des Testatoris Worte ansiehet, so redet er von einem seines Geschlechts und Stammens, der die 40. fl. genieſſen soll, massen die Verba also lauten: Welche 40. fl. einem Jungen meines Geschlechts und Stammens und der in der Schul allhier so weit procedirt und studirt, daß er auf eine hohe Schul oder Universität zu ziehen tauglich verliehen werden, solch sein Studium auf einer hohen Schul so lang zu vollführen er tauglich, fleissig und geschickt erkennt werden mag. Deren tenor nach es nicht unter zwey oder mehr pro rata zu theilen, sondern einem zu conferiren. Welches der Testator zweiffels ohn deswegen also verordnet

Quia, cum Scholares non tantum indi- 20
geant alimentis, sed præterea varios & magnos sumptis impendere cogantur, pro solvendis Præceptoribus honorariis, comparandis libris, conducendis Musæis & aliis, communiter aliàs suadent, quod constitui debeant Stipendia, quæ non tantum ad victum & amictum, verum etiam ad alia necessaria, quæ studiorum ratio exigit, sufficiant. Si enim Stipendia nimis tenuia sint & Scholares aliud subsidium ex patrimonio non habeant, exiguos sane aut plane nullos in studiis progressus, teste experientia, facere possunt, cum tempora quotidie pejus se habeant, & quæ ante seculum constituta sunt Stipendia, licet tum suffecerint, hodie tamen nimis exigua sint, nec se exinde Studiosi amplius hodiernis temporibus, crescente indies annonæ caritate, in Academiis exhibere queant.

Fritsch. *de Stipend. cap. 6. n. 1. 2. seq.*

Der Ursach wir fast nicht rathen können, daß 21
es unter etliche vertheilt sondern vielmehr einem allein gegeben werde, wie es der Testator disponirt, weil es, zumal heutiges Tages, gantz einem allein pro victu, geschweige pro cœteris necessariis comparandis, bey weitem nicht sufficient ist, wann es also noch darzu vertheilt werden sollte, wäre es einem eine schlechte Beyhülffe auf Universitäten, und würden dadurch wenig commovirt werden sich den Studiis zu ergeben, wann sie vor sich nicht Mittel genug hätten zum studiren, die aber so vor sich Mittel gnug haben, würden das geringe Beneficium gar wenig achten, ist demnach besser, daß es unzertheilt beysammen bleibe, und darzu durch Anlegung der Zinsen zum neuen Capital in den Jahren, da niemand von der Familie und Freundschafften verhanden, der es genießt, oder sonst durch neue Beystifftung so viel müglich augirt werde, daß es desto erklecklicher sey; Wann aber von der Familie und Freundschafft 22
etliche competiren, so excludirt 1.) der proximior den remotiorem,

Quo quis enim proximior gradu est testatori, tanto quoque dilectior disponenti fuisse præsumitur

l. 57, §. ult. ff. ad SCt. Trebell. l. ult. C. de Verb. sig. Carpzov. *p. 3. c. 8. d. 7. n. 9.*

Ideoque

Ideoque quando ſub nomine Collectivo v. g. familiæ, liberorum, agnatorum, cognatorum complures ad fideicommiſſum vel ſtipendium vocantur, videntur illi eo ipſo ordine vocati, qui in ſucceſſione ab inteſtato ſervaretur, cum teſtator in dubio conformare ſe voluiſſe præſumatur Juri communi.

Brunnem. *ad d. l. ult. C. de V. S.* Carpz. *p. 3. c. 8. d. 26.*

23 Unde ex *d. l. ult.* colligit Menochius *Conſ. 277. n. 29.* approbante Brunnemanno, non licere heredi gravato eligere remotiores præteritis propioribus, ſi familiæ res ſit legata.

vid. Mev. *Conſ. 84. n. 3. ſeq.* in terminis terminantibus Richter. *vol. 1. part. 4. Conſ. 2.*

24 2.) Iſt, wann ſie gleiches gradus ſeyn, der ſo magis aptus ad ſtudia dem andern qui minus aptus, billig fürzuziehen, quia hic non ita poteſt fini conſtituentis ſatisfacere atque ille

Carpzov. *JPrud. Conſiſt. lib. 2. def. 409. n. 10.*

25 3.) Iſt der pauperior ditiori, ille, qui nullum habet, alteri qui jam unum habet Stipendium, vorzuziehen, per tradita

Zaunſchlieffer. *de Jure Stipend. ad Studia. cap. 2. part. 1. aphor. 13.*

Die dritte Frage:

Ob nicht die alternativa **und zwar etwa auf ein oder zwey Jahr jedem ohne Anſehen Standes und Vermögens** inter plures habiles & gradu æquales **zu** obſerviren?

26 **hat ihre Entſcheidung und abhelffliche Maß zugleich** in reſolutione præcedentis **empfangen** in negativam, **es wäre dann, daß** ex familia **zwey oder mehr** concurrirten, **die** in gradu & aliis qualitatibus **durchaus gleich und** æquales **wären, da müſte entweder** ſors **den Ausſchlag geben oder dergleichen** alternativa obſerviret **werden.**

Was die vierte Quæſtion:

27 **Wie dann die** vocation **in ſolcher** fundation **eigentlich anzuſehen, und ob die** Agnati Wezeliani **vom Namen und Stammen, und nach ihnen** excluſis vel tacite ſaltem præteritis cognatis Wetzelianis immediate **die Stadtmanni hierzu** vociret?

anlangt, ſo erachten und halten wir beſtändig darfür, daß der Teſtator **nicht nur die** agnatos **von ſeinem Bruder, ſondern auch die** cognatos **von ſeinen Schweſtern herſtammend zum Ge-**

nuß deren von ihm fundirten Stipendien vor ſeiner Hauß-Frauen Freunden den Stadtmännern vociret, denn er ausdrücklich geordnet, daß die 40. fl. einem jungen Menſchen ſeines Geſchlechts und Stammens verliehen werden ſollen, und wann er ſich unfleißig und dermaſſen hielte, daß nicht erachtet werden könnte, daß das Geld mit Nutzen an ihm angelegt, ſo ſolle er des Stipendii privirt, und es dem nechſten in Geſchlecht, ſo ſich fleißiger aufführt, verliehen werden, wann auch der Stipendiat ſeine Studia abſolvirt, ſoll es ebenmäßig einem andern ſeines Geſchlechts concediret werden. Und ob er wohl dieſe ſeine Stifftung auf ſeine Freunde und Agnaten geſtellt, ſo ſey doch ſein Will und Meynung, daß wo keiner von ſeinem Geſchlecht zu ſtudiren tauglich verhanden, oder dero keines begehren würde, daß alsdann von einem E. Rath dieſelbe Stipendia ſeiner lieben Hauß-Frauen nechſter Freunde einem verliehen werden ſollen.

Da das Wort **Geſchlecht**, deſſen ſich der 28
Teſtator hier bedient und gebraucht, gar wohl in Materia hac favorabili, alſo genommen werden kan, daß auch die darunter begriffen werden, ſo von den Wetzeliſchen Töchtern und Weibs-Perſonen gebohren worden.

arg. l. ult. C. de verb. ſignif. ibi Brunneman. *n. 3. 4.*

Zumahl da er in §. *Und wiewohl beede* 29
dieſe meine Stifftungen &c. ausdrücklich **ſeiner Freunde** gedencket, und auf ſelbige ſeine Stifftung geſtellt zu haben bekennet,

Vox autem Germanica **Freunde, Freundſchafft** indubitato quoque cognatos comprehendit, ut late noſtro caſu probat

Carpzov. *JPrud. Conſiſt. lib. 2. def. 333.*

Ac ita in terminis nobiscum ſentit

Zaunſchlieffer. *de Jur. Stipend. ad Studia d. c. 2. part. 1. aphor. 8.* ſcribens: FAMILIÆ ſi relictum ſit Stipendium, 30
nec tamen expreſſum, an etiam ad Cognatos id debeat extendi ſæpe difficultates non leves exoriuntur? Equidem latina vox familiæ varias admittit ſignificationes, quas cumulant Interpretes, imprimis Wiſſenbach *ad l. 195. ff. de V. S.* add. Struv. *Ex. 36. th. 18.* Licet vero diverſimode de noſtra quæſtione loqui ſoleant Doctores, tamen cum non expreſſum eſt, aut alias apparet, nomen familiæ & ejus florem reſpexiſſe conſtituentem, in materia hac favorabili & paupertati favente etiam natos ex fœminis admittendos verius eſt. *arg. l. ult. C. de V. S.* ibi Brunneman. Conſ. Klock. *vol. 3. Conſ. 103. & vol. 4. Conſ. 11.* Quod multo magis obtinet in voce Germanica **Freundſchafft**, quæ ex uſu etiam ad cognatos extenditur. Carpzov. *d d. 333.*

31 Und wer wolte oder könnte glauben, daß der Testator nicht viel eher seine Cognatos, die von den Wetzelischen Töchtern erzeuget, sollte beruffen und ihnen seiner Stifftung Genuß gegönnet haben, als seiner Frauen Verwandten und Freunden, die ihm mit keiner Bluts-Freundschafft, sondern allein mit blosser Schwägerschafft zugethan.

32 Semper enim à testatore magis dilecti præsumuntur cognati quam extranei. Nam
33 prima & præcipua, maximeque naturalis dilectionis causa est consanguinitas, non ea tantum, quæ inter Parentes & liberos, intercedit, sed & quæ inter cognatos remotiores est. Sanguinis enim vinculum & conjunctio præ omnibus aliis devincit charitate homines, ita ut quo quisque gradu propior testatori est, eo magis quoque ab eo dilectus censeatur.

Menoch. *4. præsumpt. 16. n. 4.* Alciat. *tr. præsumt. reg. 1. præs. 20.* Fusar. *de substit. qu. 468.*

34 Hæcque prædilectio in interpretandis ult. voluntatibus præ cœteris plurimum valet & utramque omnino facit paginam

Socin. *vol. 1. Cons. 23. n. 21.* ubi ait inde præpotentem & aliis præferendam, verbis ipsis, dummodo probabilem recipiant dubitationem, præponderandam sumi conjecturam, qua non potest non præsumi testator magis prospicere voluisse consanguineis & cognatis suis, quam extraneis, & beneficium potius in illorum quam horum gratiam ordinasse.

Daher wir nachmals anders nicht glauben noch erachten können, denn daß der Testator
35 förderist zwar seine agnatos, nach diesen aber seine cognatos Wezelianos, und alsdann in horum omnium defecta erst die Stadtmannen als seiner Frauen seel. Freunde, auch endlich in Mangel dieser andere ehrliche und taugliche Bürgers-Söhne beruffen und zum Genuß seiner verordneten Stifftung admittiren wollen.

Quod quoque Juri & æquitati omnino conveniens esse ait Zaunschlieffer *de Jur. Stipend. cap. 2. part. 1. aph. 13.* ut nempe si in genere ad Stipendium aliquis ex familia sit vocatus, & si talis non adsit, in subsidium quivis alius civis filius ad Studia aptus admittatur, meritò tum 1.) agnatus cognatum, 2.) cognatus extraneum vincat. 3.) proximior remotiori, 4.) aptior ad Studia minus apto, 5.) pauperior ditiori præferatur; Deinde 6.) concurrentibus pluribus Civium filiis Senatoris filius præ filio aliûs civis, 7.) Civis veteris filius præ filio novitii. 8.) Civis originarii filius præ ascititii filio, prærogativam habeat, denique si nihil horum litem dirimere valeat, & res divisio-

nem recipiat, hæc, si non, sortitio locum inveniat.

Auf

Die fünffte Frage:

Ob auch die Descendentes ex Fratribus 36
Fundatoris per filias, neptes &c. inter Agnatos oder Cognatos zu referiren?

antworten wir, daß die descendentes ex fratribus fundatoris per filias, neptes &c. nicht zwar inter agnatos, doch inter cognatos zu referiren seyn.

Nam agnati in genere sunt omnes illi, qui 37
cum Patre de eadem familia sunt, quive ex iis, si sunt masculi, prognati sunt, filii & filiæ

l. fin. §. 2. ff. de gradib. & affin. Ulpian. in Fragment. *tit. de legit. hered. 27. pr.*

Et sic intelligendus Imperator, quando *in* 38
§. 1. Inst. de legit. agnat. tutel. definit agnatos, quod sint cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, seu ut habetur *in §. 1. Inst. de legit. agnat. succes.* per virilis sexus personas cognatione juncti. Item JCtus *in l. 4. §. 2. ff. de grad.* quando definit agnationem, quod sit, quæ per mares contingat, ac Fusarius *de fideicommiss. substit. qu. 351. n. 40.* quando dicit, quod agnatio comprehendat omnes, per virilem sexum conjunctos.

Diximus autem: *Filii & Filiæ.* Nam & 39
fœminas conprehendit agnatio, modo sint masculorum ejusdem familiæ aut agnationis filiæ, & sic per tales masculos conjunctæ, non per fœminas.

l. 196. §. fin. de V. S. §. 3. Inst. de legit. agnat. Succes. ibi: *omnes agnatos sive masculos sive fœminas cujuscunque gradus*, & ibi: *agnationis titulis tam in masculis, quàm in fœminis æqua lance constitutis &c.* item ibi: *ex agnatis autem mulieribus &c.* Peregrinus *de fideicommiss. art. 22. n. 25.*

Quamvis enim per fœminas agnatio non 40
conservetur, sed suæ familiæ finis sint.

d. l. 196. §. fin. & ibi: *Dd. commun.*

non tamen id fit propterea, quod non sint agnatæ, sed quia nubendo in aliam transeunt familiam, ejusque agnationem, non suam, propagent.

Ac quamvis agnatio communiter in ma- 41
sculis considerari soleat, atque in iis, quæ familiæ & agnationis sunt, fœminas quoque utplurimum repelli constet. Attamen id pariter non inde fit, quod filiæ agnatorum non sint inter agnatos, sed quia vel dispositio expressæ de masculis agnatis tantum loquitur, vel lege fœminæ omnes, etsi agnatæ sint, repelluntur, ut fit in feudis, vel quia intentio

&

& Scopus disponentis est agnationi per eos, quibus conservatur & propagatur, pro spicere, tunc enim in Subsidium demum, masculis nempe non existentibus, agnatis fœminis fit locus.

vid. Peregrin. *de fideicomm. art. 22. n. 25.* Gail. *2. O. 148. n. 4. seqq.* Fusar. *de fideicomm. substit. qu. 352.* B. D. Fromman. *Disp. de Differentiis agnationis & cognationis. th. 16.*

42 Sic ergò in specie agnati in linea recta ascendente sunt Pater, Avus, Proavus, Abavus, atavus, tritavus & omnes paternæ masculinæ lineæ ascendentes; in descendente filius-fam. & filiaf. nepos ex filio neptisve, ex hoc nepote pronepos proneptisve, ex pronepote hoc abnepos abneptisve & sic porro omnes ex masculis agnatis descendentes filii & filiæ.

Cujac. *14. Obs. 11.*

43 In linea autem collaterali agnati sunt fratres & sorores germani ac consanguinei;

§. 1. Inst. de legit. agnat. succeff.

item agnatio est inter Patruum amitamque & sic convenienter fratris filios & filias; Patruum amitamque magnos & convenienter fratris (ex filio) nepotes neptesque, Propatruum, proamitamque & sic inter fratris ex filio ac nepote tali pronepotes proneptesque; Abpatruum abamitamque & inter fratris ex masculis liberis abnepotes abneptesque. Porro inter Patrueles, & ulterius inter omnes ex collateralibus agnatis masculis natos filios & filias.

d. §. 1. 4. & seq. Inst. de legit. agnat. succeff. B. D. Fromman. *d. Disp. th. 18. 19.*

44 Econtrà Cognati in genere sunt præcipue omnes matri sanguine juncti & ex agnatis fœminis nati, natæve, cum quibus sub eodem communi stipite sumus, unum nascendi principium habemus.

§. 1. Inst. de legit. agnat. succeff.

45 In specie tales sunt mater & maternæ lineæ avus, avia, proavus, proavia, abavus, abavia & ulteriores ascendentes materni, præterea avia paterna ejusque ascendentes omnes cujuscunque sexus, Paterna item proavia, abavia, atavia, tritavia, cœteræque hujus lineæ personæ ulteriores & majores, cum singularum ascendentibus, itidem sine sexus discrimine. Ex filia nepotes & neptes atque ex his omnes in universum descendentes. Ex nepte sive ex filio sive ex filia pronepotes, abnepotes, atnepotes, trinepotes & sic horum ac reliquorum porro de-
46 scendentes omnes itidem indistincte. In linea denique collaterali cognatio est inter avunculum, materteram & sic convenienter fororis filios, filias; avunculum magnum & materteram magnam, & sic ex sorore nepotes neptesve, aut ex fratris filia nepotes neptesve; Proavunculum & Promateterteram, & sic tum fororis pronepotes proneptesve, abavunculum, abmateterteram, & sic tum fororis abnepotes abneptesve; tum fratris filiæ pronepotes proneptesve, tum fratris ex filio neptis nepotes neptesve, tum fratris ex filia pronepotis proneptisve cujuscunque filii & filiæ *§. 3. 4. 5. 6. Inst. de grad. cognat.* Reliquos item inter ex fratre per fœminas, nec non ex sorore descendentes quoslibet; Pariter & inter fratres & sorores uterinos, legitimos an illegitimos, nihil refert: nec non inter consobrinos eorumque descendentes. *d. §. 5. & 6.* B. D. Fromman. *d. Disp. th. 20. 21. 22.*

Woraus sich gantz klar erbricht, daß die descendentes ex fratribus fundatoris per filias neptes &c. davon die Frage ist, nicht inter agnatos, sondern inter cognatos zu referiren.

Bey

Der Sechsten Frage:

Ob die cognati **denen bißhero ob defectum** Agnatorum **dafür haltens, vor denen in** fundatione post agnatos mariti expresse vocirten Stadtmannis **dieses** Beneficium **offt und vielmal** vel vero vel erroneo principio conferiret **worden, deswegen in** possessione vel quasi **zu** manuteniren, **wann sie denen Stadtmannen** per tenorem fundationis **nicht zu** præferiren?

Uns kurtz zu expediren, seynd wir der beständigen Rechtlichen Meynung, daß die cognati in possessione vel quasi des beneficii quæstionis 47
nicht möchten manutenirt, noch den Stadtmannen vorgezogen werden, wann es des Testatoris fundation nicht gemäß wäre, und sie nicht in der fundation ein gegründetes Recht hätten, sondern es ihnen nur ex erroneo principio etliche mal conferiret worden, denn hundert Jahr unrecht ist keine Stunde recht, & usus, qui veritati (fundationi) est contrarius abolendus potius, quam ulterius sectandus judicio Pontificis Gregorii

in C. 5. dist. 8.

Optime Tertullianus, Veritati, (inquit) 48
nemo præscribere potest non spatium temporum, non patrocinium personarum, non Privilegium Regnorum. Nec minus vere, quam concinne Conringius ait

in censura Diplomatis Ludoviciani c. 19.

Præscriptionis immemorialis vis quidem magna est, sed non nisi circa veras & proprie non autem μεταφορικῶς dictas possessiones: vere autem & proprie possideri illa demum possunt, quæcunque subjacent humano dominio aut arbitrio. In quæ sane hominibus dominium vel arbitrium non competit, illa nec vere possideri nec usucapi ab hominibus possunt. Jam autem veritas vel falsitas enunciationum non est obnoxia dominio aut arbitrio humano; nec ergo poterit quisquam suo arbitrio quod falsum est verum,

quod verum est falsum reddere. Nullus circa veritatem & falsitatem usucapioni, nullus proinde etiam præscriptioni est locus. Per aliquot mille annos licet habitum fuerit verum id, quod falsum, est, nihilominus & in æternum manebit falsum.

49 Weil sie aber nach unser resolution der vorhergehenden vierten Frage von dem Fundatore vor den Stadtmännern in der Stifftung zum Genuß derselben vocirt seyn, sind sie bey ihrem daraus erlangten Recht und dessen possession vel quasi billig zu schützen, und zu mainteniren.

Possessor enim, præsertim si juste eum possidere constat, in sua possessione manutenendus & defendendus est, donec adversarius vitium possessionis probaverit.

l. 2. l. 3. ff. uti possid.

Ipsique omni jure molestantem repellere, seque in possessione conservare licet, ac impune omnibus, qui impedimentum ipsi in possessione struunt, resistere ille jure potest

arg. l. 1. §. 27. l. 3. §. 9. ff. de vi & vi armat.

Was

Die siebende Quæstion:

50 Ob allezeit die Proximitas in conferendo hoc Stipendio zu observiren, wann schon der remotior dignior & magis idoneus?

belangt, so hat es sonst mit dergleichen Stipendiis familiaribus, die auf gewisse familien fundirt, die Bewandniß, daß sie den proximioribus zu conferiren, wann sie nur tüchtig und geschickt seyn ad studia, ob gleich ein ander remotior tüchtiger und geschickter wäre. Wann aber der proximior indignus & ad literarum Studia plane ineptus wäre, so könnte der remotior dignior ihm in collatione beneficii gar wohl vorgezogen werden. Auf die

letzte Frage:

Was ratione prærogativæ zwischen dermaligen in dem Schemate Genealogico sub Lit. D. notirten 3. Competenten nemlich Titio, Sejo & Cajo, da der eine nemlich Cajus als würcklicher Academicus schon die Helffte des quæst. Stipendii gaudiret der Titius de fratre Fundatoris jedoch per lineam fœmininam descendirt und benebenst auch per matris lineam & familiam de vocatis Stattmannis posterirt ꝛc. Tertius verò nim. Sejus auch de genere & numero cognatorum und mit dem Titio gleichen gradus, der Cajus aber uno gradu proximior ist, zu disponiren? 51

jetzo zu kommen, und vorher deducirtes hiebey zu appliciren, ist das Judicium hierüber leicht zu formiren, nemlich daß Cajo der Vorzug vor dem Titio und Sejo gebühre, denn alle drey sind, per dicta ad quæstionem 5. cognati, und keiner von ihnen ein agnatus, der vi agnationis eine prærogativ vor den andern suchen könnte, Cajus aber ist einen grad näher dem Fundatori, als Titius & Sejus, deswegen er ratione proximitatis den Vorzug vor den andern beeden concurrirenden cognatis hat, per dicta ad quæstionem 2. 3. & 7. Und obgleich Titius auch zugleich per matris lineam von den Stadtmännern posterirt, so kan ihm doch solches keine prærogativ vor den andern geben, weil die Stadtmänner erst in defectu cognatorum Fundatoris zu dem Genuß des Beneficii vocirt.

Welches wir, salvo semper cujusque meliori judicio, zu verlangter Rechtl. Nachricht dienstlich nicht verhalten wollen. Actum in Collegio nostro den 21. Octobr. 1702.

CONSILIUM CXX.

DE

Jure Retractus Testamentarii, & qualis inde Actio competat.

SUMMARIA.

1. seqq. Facti Recensio.
6. Variæ exceptiones adversus Jus Retractus oppositæ.
7. Quænam actio competat iis, qui jus habent retrahendi ex Pacto vel Statuto?
8. Illa actio an realis, an personalis? & quomodo?
9. Retractus testamentarius describitur.
10. Actio hujus Retractûs nomine competens non est illa condictio, sed Rei vindicatio vel actio hypothecaria.
11. Vis probandi Authenticis Instrumentis seu Originalibus inest, nudis autem Copiis sine exemplis regulariter, nulla fides habetur. Ratio ibid.
12. Actio, quæ vi Retractûs testamentarii competit, tanquam Rei vindicatio, datur adversus quemcunque possessorem.

13. Ne-

13. *Neque, ut condictio illa, lapsu anni & diei, sed 30. tantum annis præscribitur.*
14. *An hoc tempus 30. annorum ante vel post mortem demum alienantis currere incipiat?*
15. *Hic Retractus testamentarius in omni alienationis contra Testatoris voluntatem in Extraneum factæ, Specie obtinet, & inde etiam in alienatione ex permutatione.*
16. *An ubi bona huic Retractui subjecta semel alienata fuerint, ea hanc qualitatem exuant, & libera fiant, ita ut postea retractui huic obnoxia non sint?*
17. *Ad exceptionem rei judicatæ, n. 6. allegatam, respondetur.*
18. *Renunciatio in renunciantis, non in aliorum præjudicium fieri debet.*
19. *Facto defuncti heredes contravenire nequeunt.*
20. *Si tamen defunctus alienaverit rem aliquam contra testatoris voluntatem in extraneum, heredes alienantis nihilominus contra ejus factum venire, & rem illam retrahere possunt.*
21. *Quia, cum quis proprio facto, quod ipso Jure nullum est, & cui Lex resistit, contravenire possit, multo magis heres tali defuncti facto poterit.*

Urthel.

ALs uns Decano und andern Doctoribus der Juristen-Facultät bey gemeiner Hochfurstl. Würtembergischen Universität Tübingen hiebey wieder zuruck kommende Acta in Sachen Hrn. Johann Philipp Wallisers, proprio, und Herrn Johann Georg Wagners, nomine seiner Stieff-Tochter, Mariä Elisabethä Walliserin, Klägern an Einem; Entgegen und wider Frau Annam Catharinam ꝛc. Herrn Johann Heinrich Palmen ꝛc., hinterlassene Wittib, cum Curat. Beklagtin am andern Theil, po. prætendirter und gesuchter Losung zweyer Höffe zu Detzisau, ohnlängst da wir mit Actis von fremden weit entlegenen Orthen, auf deren Expedition die Bothen mit grossen Kosten gewartet, gar sehr überhäuffet gewesen, zugesandt worden, haben wir nach deren Abfertigung, so balden es seyn können, und andere Obstacula aus dem Wege geraumet, selbige unter Handen genommen, mit Fleiß durchlesen, und befunden

In Facto.

1 Daß Klägere als Wagnerische Descendenten sich bey Frau Beklagtin angemeldt, die so genandte zu Detzisau liegende zwey Wagnerische Höffe und Frey-Güter, welche der Fr. Beklagtin Ehe-Herr seel. vor zerschiedenen Jahren nemlich Anno 1683. an sich erhandelt, und sie Fr. Wittib nach ihres Ehe-Herrn Todt biß anhero besessen, genutzet und genossen, zu lösen, Krafft des von weyland Herrn Georg Wagnern, gewesenen ältern Burgermeistern zu Eßlingen auffgerichteten Testaments, worinn er versehen, daß die zwey Höffe zu Deitzisau, weil es sein bestes Gut, auf seinen Kindern und Kindes-Kindern gleichsam als ein Fideicommiss ewiglich verbleiben solle, und nicht allein zu dem mahl hiernechst die Erblosung, sondern eine Losung auf dem gantzen Wagnerischen Stammen, Mann- oder Weibs-Personen, so lang etwas daran übrig, und man gedencken und nachreden können wird, ewiglich seyn und verbleiben, und aus ihren Handen nimmer gelassen werden, da auch ein oder der ander solches nicht behaupten könnte, solle das dritte und vierte die Losung dazu haben, und da es geschehe, daß sie pares in gradu und sich nicht vergleichen konnten, solle es durch das Looß erörtert werden; deßwegen sie sich bey Frau Beklagtin des ausgelegt- und bezahlten Kauff-Schillings für besagte Höff- und Frey-Güter erkundigt, dessen Erlegung und andere præstanda anerboten. die ihnen aber kein Gehör, noch der Loosung statt und Platz geben wollen, sondern sich in Antwort dahin erklärt, daß die ermeldte zwey Höff und Frey-Güter von ihrem seel. Eheherrn nicht vor sie, sondern vor ihren ältisten Herrn Sohn, als der Röm. Kayserl. Majestät Hoff-Cammer-Rath in Wien erkaufft worden, dahero sie der Auslösung wegen im geringsten sich nichts annehmen könne, sondern nur einige Ansprach daran machen wolle, müsse solches an ihre HHrn. Söhne in Wien tentiren, womit sich aber Klägere nicht abweisen lassen wollen, sondern sich an ihr zukommendes Recht gehalten, deßwegen sich des Kauff-Schillings halber in der Cantzley erkundigt, kein Jota aber von einiger beschehenen Insinuation und Confirmation des Contracts, noch von erstatteten Accis darin gefunden, dahero der Kauff ex triplicite capite null und nichtig zu seyn scheinet 1.) wegen unterlassener Ver-Accisung 2. Wegen negligirter Insinuation und 3. Wegen von Fr. R. selbst bekandter Verkauffung der Güter an ihren ältesten Herrn Sohn in Wien als einen Extraneum, davon sie aber pro tempore abstrahirt, und den Kauff-Schilling anderwerts zu erkundigen sich bemühet, auch von fremder Hand vernommen, daß das eine Gut pro 2100. fl. baaren Gelds, das andere aber pro 3000. fl. Capitalien erkaufft worden, worauf Kläaere nochmahls den 3 Junii 1700 der Frau Beklagtin per Notarium & requisitos testes die Losung denuncirt, und in dero Wohnstuben die Solennia beobachten und exerciren wollen, Fr. 2 Beklagtin

Beklagtin aber nichts anzuhören, noch anzunehmen begehrt, sondern zur Stuben hinausgeloffen, und protestirt, daß sie ihnen keine Losung gestehe, und nichts annehme, dahero sie Aa. Abschied zu nehmen, und die behörige Deposition bey Löbl. Stadt-Amman Amt zu suchen genöthigt worden, da dann den 5. in Curia vor zweyen HHrn. Deputatis die Deposition rite & legitime juxta leges & Sta-
3 tuta beschehen. Weil Klägere dann als Wagnerische Descendenten Krafft angezogenen Testaments sich zu der Losung obbenamster beeder Wagnerischen Hoff und Frey-Güter berechtigt erachten, und alle Solennia observirt, als haben sie gebeten in Rechten zu erkennen und auszusprechen, daß Fr. Beklagtin gegen Annehmung des an Geld und Capitalien ausgelegten Kauffschillings, des Weinkauffs, und alles desjenigen, was an Bau- und andern Unkosten gebürlichen auffgangen, obangeregte Güter neben Erstattung des bißherigen Nutzens, nicht weniger der bereits auffgewandter und noch ferner auffwendender Expensen & quidem vi Testamenti und des darinn enthaltenen Fideicommissi den Klägern ehestens abzutreten, einzuraumen und zu cediren schuldig und verbunden seyn solle, Implorato Nob. Jud. Officio &c.

4 Auf welch geführte Klag die Fr. Beklagtin litem negative contestando angebracht, sie könne zwar nicht in Abrede seyn, daß ihr seel. verstorbener Herr vor länger denn 17 Jahren die quæstionirte zwey Höffe an sich gebracht, und sie Fr. Beklagtin selbige nunmehro einige Jahre in possessione habe, es sey aber eines Theils bekandt, daß nach dessen seel. Absterben dieselbe jure hereditario auf sie und dero Kinder gefallen, daß diese also das Condominium der Höffe haben, und folglich Fr. Beklagtin nur ratione der ihr zugehörigen Portion convenirt werden könne, wegen des übrigen ihre sammentliche Kinder, wer die seyn oder wo sie sich aufthalten, gesucht werden müssen, andern Theils aber sey aus den Rechten wissend, daß der jenige, welcher seine Intention in Jure Retractus fundire, forderist zu probiren nöthig, ex qua causa ipsi competat jus retractus, die HHrn. Klägere aber der Zeit noch nicht erwiesen, quo Jure sie ihre Losungs-Gerechtigkeit suchten, sondern sich allein auf des seel. verstorbenen Hrn. Burgerm. Wagners Testament bezogen, jedoch aber dasselbe originaliter nicht producirt, daß man daraus ersehen könnte, ob und wie fern der HHrn. Kläger Losungs-Gerechtigkeit fundirt; Erfordere also die Nothdurfft, daß Fr. Bekl. solch Testament in Originali sehe, ehe sie sich weiter einlasse, und ihre in jure wohl-fundirte Exceptiones anführe, deßwegen sie omnia competentia reservando gebeten, zu erkennen und zu sprechen, daß der HHrn. Klägere Losungs-Gerechtigkeit nicht fundirt, und folglich Fr. Bekl. von der angestellten Klag zu absolviren, cum refusione expens. & implorat. consuet. Hierauf haben Aa. in ihren Replicis forderist obberührte nullitates contractus weiter deducirt, und mit Extractibus des Eßlingischen Statuten-Buchs belegt, und hiernechst eventualiter zu Fundirung des Juris retractus einen Extract des Wagnerischen Testaments, und Eßlingischen Theil-Buchs, wie auch Raths-Protocolli de dato 2 April. 1683. da der Kauff geschehen, und sie sich expresse die Losung protestando reservirt, producirt, Fr. Beklagtin aber hat in ihren Duplicis forderist die deducirte nullitates contractus widerlegt, und mit dem zu Fundirung des Juris retractus producirten Extract Testaments nicht vergnügt seyn wollen, sondern die Producirung des Testaments in Originali urgirt, beneben eventualiter zerschiedene Ex- 6
ceptiones contra prætensum Jus retractus opponirt, als 1.) hic initam esse permutationem, in qua retractus locum non inveniat 2.) prædia hæc jam antea alienata, nec revocata, proinde libera facta esse, ut non amplius retrahi possint, per tradita

Plebstii *ad Jus Prov. Wurt. p. 2. th. 165.*

3.) Obstare rei judicatæ exceptionem, jam tum enim anno 1679 judicatum retractum non habere locum, cum unum horum prædiorum Mich. Sautero venditum Actorum avus ac Pater respect. retrahere vellet. 4.) Georgium Friedericum Walliserum Anno 1683. retractui renunciasse, quæ renunciatio etiam ipsius heredibus obstet. 5.) retractum intra annum & diem exercendum esse, prædia vero hæc jam An. 1683. a Reæ marito comparata esse, per lapsum ergo anni & diei jus retractus extinctum esse, nec post 17. annos amplius retractui locum esse posse: Bemühen sich also Aa. nur vergeblich diese Güter der Fr. Beklagtin auszulösen ihrem Erachten nach, deßwegen sie ihr voriges petitum widerholet, und beede Theil ferner in Schrifften gehandelt, auch endlich submittirt.

Hierüber nun kürtzlich unsere beywohnende Rechtliche Gedancken zu eröffnen; So haben wir in angestellter Collegialischer sorgfältig gepflogener Deliberation einmüthig dafür gehalten, daß weder bey dem puncto legitimationis, noch formalium ichtwas weiter zu ändern oder zu desideriren, sondern es damit seine geweißte Wege und behörige Richtigkeit habe. Belangend aber Materialia ist forderist zu untersuchen, was vor eine Action und remedium juris von Klägern instituirt sey? Frau Bekl. 7
vermeynt, weil Klägere sich angegeben, die von ihrem seel. Ehe-Herrn an sich gebrachte zwey Wagnerische Hoff- und Frey-Güter zu lösen, so haben sie Condictionem ex Statuto vel moribus instituirt, als welche Action sonst pflegt gegeben zu werden denjenigen, so ein verkauftes Gut, dazu sie vel ex statuto vel ex pacto die Losung haben, auslösen wollen,

teste B. Dn. Collega D. Frommannno *de Retract. Würt. th. 91.*

welche

8 welche actio ratione cauſæ efficientis proximæ nicht eine actio realis, ſondern pure perſonalis iſt, aber in rem ſcripta, in qua res atque poſſeſſor reſpicitur, quaque ad exemplum realium rem, & propter rem etiam poſſeſſorem ſequitur

poſt alios B. D. Frommann. *d. Diſſ. th. 92.*

Allein iſt hier zu conſideriren, daß Klägere ſich nicht in Retractu ſtatutario vel Conventionali ex Statuto vel pacto aut conventione competente gründen, ſondern pure in retractu teſtamentario fundiren,

9 Qui retractus teſtamentarius eſt, cum quis ultima ſua voluntate per fideicommiſſum poteſtatem dedit alicui. v. g. Titio cognato, ut ſi quis heredum vel legatariorum de fundis ipſis relictis unum aut plures extraneo vendiderit, integrum illi ſit, fundum aut fundos venditos, pretio reddito, retrahere.

l. 69. §. 3. de legat. 2. l. 38. pr. & §§. aliquot ſeqq. de legat. 3. Bocer. *cl. 3. Diſp. 22. th. 33.* Imman. Sutorius *de Retract. cap. 9. th. 136.* Dn. Stryck *de Succeſſ. ab inteſtat. Diſſ. 6. cap. 1. th. 13.*

10 Actio autem, quæ hujus retractus nomine competit non eſt illa condictio ex Statuto vel moribus, ſed Rei vindicatio vel actio hypothecaria

l. 1. C. commun. de legat. §. 3. Inſt. de legat. l. 69. §. fratre. &c. 3. ibi: *Fideicommiſſum petent. ff. de legat. 2. l. ult. §. ſin autem ſub condit. C. commun. de legat.* Bocer. *d. Diſp. th. 34.* Sutor. *d. c. 9. th. 137.*

Deßwegen hier Kläger nicht jene, condictionem nempe, ſondern von den letztern remediis juris die rei vindicationem, dem petito nach, inſtituirt zu haben erachtet werden. Zu Erweiſung nun dieſer per hoc juris remedium geſuchter Loſungs-Gerechtigkeit haben ſich Klägere auf weyland Herrn Georg Wagners, geweſenen ältern Burgermeiſters Teſtament bezogen, davon ſie einen Extract eingelegt, worinn der ſeel. Teſtator mit klaren deutlichen Worten allen ſeinen Deſcendenten Mann- und Weibs-Perſonen die Loſung zu dieſen beyden von ihm herrührenden Hoff- und Frey-Gütern, die er will, daß ſie auf ſeinen Kindern und Kindes-Kindern ewiglich verbleiben ſollen, wann ſie an einen Fremden alienirt worden, conſtituirt und vermacht, demnach ihnen Klägern als ohngezweiffelten Deſcendenten des ſeel. Teſtatoris indubitato der retractus Teſtamentarius zukommt, wann das Original des Teſtaments mit dem ſub Lit. C. beygelegten Extract übereinſtimmet, welches Original daher Fr. Beklagtin zu ſehen verlanget, und wider den producirten Extract, daß ſolcher kein vim probandi habe, zumahl da er nicht einmahl von jemanden ſubſcribirt, weniger vidimirt iſt, excipirt, worauff ſie auch den gantzen Proceſs hindurch und noch in ihrer Submiſſion-Schrifft beharret und darauff beſtändig verblieben, daß ſo lange das Original des Wagneriſchen Teſtaments nicht producirt und vorgeleget werde, die prætendirte Loſung auf ſchwachen Füſſen ſtehe, und darauf im geringſten nicht zu gehen; Welche der Frau Beklagtin Exception wider den Extract Teſtaments, und verlangen, daß das Original des Wagneriſchen letzten Willens zu produciren ſey, in jure gegründet iſt. 11

Conſtat enim vim probandi Authenticis Inſtrumentis ſive Originalibus ineſſe, nudis autem Copiis ſeu Exemplis regulariter fidem nullam haberi, Exemplum enim nudum & ſimplex non probat

l. 2. ff. de fide Inſtrum. l. ult. de probat. l. 5. ff. famil. erciſc. l. 7. & Authent. ſi quis in aliquo. C. de edend. c. 1. & c. fin. X. de fid. Inſtrum. Coler. *de Proceſs. execut. p. 3. cap. 1. n. 51.*

quia ſi Exemplo absque Originali fides habenda, facile daretur occaſio falſitatis & deceptionis, cum in Originali poſſint exiſtere vitia, quæ Inſtrumentum irritum faciunt, ut cancellationes, raſuræ & ſimilia

juxta *cap. 6. verſ. ſed contra. X. de fid. Inſtrum.*

& tamen ex ſolâ Exempli inſpectione cognoſci nequeunt niſi ipſo Originali edito, ejusque comparatione cum exemplo facta. Alciat. *ad l. 7. C. de edend. n. 13.* Gilken *ad Auth. ſi quis C. eod. n. 2.* Buſ. *ad l. 2. de fid. Inſtrum. n. 1.*

Derentwegen muß der in der Sach beſchehene Beſchluß ex officio reſcindirt, und Klägern aufferlegt werden, das Original des Wagneriſchen Teſtaments, ſo vermuthlich in Löbl. Stadt Eßlingen Archiv oder Regiſtratur befindlich ſeyn, und verhoffentlich von Hochlöbl. Obrigkeit Klägern, auf ihr beſchehendes Suppliciren, daraus nicht denegirt werden wird, der Frau Beklagtin ad ſtatum videndi vorzulegen, und davon debitis ſolennitatibus vidimatam copiam zu nehmen, und ſolche den Gerichts-Actis beyzulegen; wird ſich alsdann befinden, daß das Original-Teſtament mit dem eingelegten Extract hoc in paſſu concordirt, werden die von Fr. Beklagtin eventualiter in ihrer Duplic wider die Loſung eingewandte Exceptiones wenig würcken, ſondern ſie deren ohngeachtet der Auslöſung ſtatt thun müſſen, angeſehen die actio ratione retractus teſtamentarii, (der alsdann durch ſolch Original-Teſtament vor gnugſam probirt zu halten,) competens, rei nempe vindicatio hic inſtituta, ratione ſubjecti paſſivi wider einen jeden poſſeſſorem competirt. 12

l. 9. ff. de rei vindic.

Und weil Fr. Beklagtin selbst bekennt, daß sie von ihres seel. Eheherrn Todt an biß hieher einig und allein die Güter quæst. besessen, genutzt und genossen, ist dieselbe wider sie bestens gegründet, und hilfft ihro nichts, das sie fürwendet, daß sothane Güter post mortem mariti auf sie und ihre Kinder jure hereditario gefallen, deßwegen sie nur pro parte gehalten, pro parte aber die Kinder zu suchen, denn weil die Kinder nicht, sondern sie allein die völlige Güter besitzt, competirt die rei vindicatio nicht wider die Kinder,
13 sondern sie als Besitzerin derselben. 2.) Ist bekandt, daß diese actio nicht anno & die, wie die Condictio ex Statuto aut moribus, sondern 30. annis præscribirt werde.

per l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. ann. l. 1. C. de ann. except. Sutor. *de retract. cap. 9. §. 137.* ubi 30. hos annos, quibus
14 præscribitur rei vindicationi nomine retractus testamentarii competenti dicit incipere currere ex eo tempore, quo alienator mortuus est. Nam tunc hanc actionem cognatis nasci dicit, idcirco si antequam moriatur alienator centum vel plures anni elapsi fuerint, præscriptionem tamen possessoribus non prodesse inquit, per tradita Hartm. distor. *lib. 2. q. 8. n. 40. 61.* Zanger. *de except. p. 3. c. 10. n. 192. 193.*

15 Und 3.) findet diese ex testamento competirende Losung statt und Platz in qualibet alienationis in Extraneum contra Testatoris voluntatem factæ specie intra triginta annos a morte alienantis inchoandos.

per tradita Knipschildii *de fideicommiss. famil. cap. 91. n. 30. seqq.*

nec magis permutatione quam venditione in Extraneum transferri potest, ejusmodi res a testatore extra familiam vel cognationem alienari prohibita

Knipschild *d. cap. 11. n. 64. seqq.*

und in casu præsenti zwar um so mehr, als das eine Gut pro 2100. fl. baaren Gelds, das andere aber pro 3000. fl. Capitalien erkaufft und erhandelt worden, welches so viel ist, als wann auch diß um 3000. fl. baaren Gelds wäre erkaufft worden, denn die 3000. fl. Capital sind ja das Pretium a 3000. fl., womit das jus percipiendi annuam pensionem der jenige erkaufft, der sie angelegt, und wann Fr. Beklagtin mehr mit den 3000. fl. Capitalien als mit 3000. fl. baaren Gelds, so hinterlegt gedienet ist, werden Klägere vielleicht die 3000. fl. Capital, wann sie noch stehen, von dem jenigen, der solche hat, gar leicht mit 3000. fl. baaren Gelds redimiren, und Fr. Beklagtin ihre 3000. fl. Capital wieder geben können, oder dürffen nur die 3000. fl. baaren Gelds zum Capital machen und anlegen, und so dann Fr. Beklagtin das neu-angelegte Capital a 3000. fl. an statt des alten Capitals cediren. Ferner mag Klägere in der ihnen Krafft Testaments (posito nemlich, daß das vorzeigende Original mit dem producirten Extract accordire,) zustehenden Lösung, wider die angezogene vorhin beschehene Alienation, noch
16 die res judicata de An. 1679. noch auch die An. 1683. von Georg Friderich Wallisern beschehene Renunciation hindern, noch selbe ihnen abstricken, nicht vermag, solches die allegirte vorhin beschehene Alienation der Güter quæstionis.

Nam utut forte hoc ita in retractu conventionali, de quo loquitur Plebstius alleg. loco, obtineat, ut bona semel legitime alienata, nec per retractum revocata libera & alienabilia in posterum fiant ita ut retractui dein amplius obnoxia non sint; attamen in aliis speciebus retractus id locum haud invenire tradit

B. D. Frommannus *Disp. de Jur. Retr. Würt. th.*

Nicht res an. 1679. judicata, quia is, qui tunc 17
egit, dicitur non fuisse ex testatoris descendentibus, actores autem præsentes sunt testatoris descendentes, quibus ipse ultima sua voluntate jus retractus quoad hæc duo prædia, si in extraneum fuerint alienata, disertim concessit; nicht endlich die renunciatio Georg 18
Friederich Wallisers, quia ipse quidem in sui, non in aliorum præjudicium renunciare retractui a testatore constituto potuit. Et 19
licet actores sint ipsius heredes, adeoque videantur obstricti factum ejus ratihabere nec illi ulla ratione contravenire posse.

arg. l. 14. C. de rei vind.

Attamen quia alienatio prædiorum in ex- 20
traneum a testatore est prohibita & inde contra illius voluntatem susceptа, prorsus invalida, imo ipso jure nulla

per tradita Knipschildii *de fideicomm. famil. Nobil. cap. 11. n. 14.*

heredis qualitas actoribus non potest esse im- 21
pedimento, quo minus alienationi ipso jure nulli contravenire queant. Si quis enim proprio suo facto, cum ipso jure nullum est, eique lex resistit, contravenire potest

Barbos. loeuplet. *lib. 6. c. 13. ax. 24.*

quidni & heres facto defuncti, ita se habenti contravenire posset.

Mev. *part. 2. dec. 147. n. 5.*

Wir haben aber dieses dermahlen nur kürtzlich anführen wollen, zu zeigen, daß die eventualiter a Rea angeführte Exceptiones die Losung nicht hindern mögen, wann dieselbe durch das producirende Original des Wagnerischen Testaments rechtlich erwiesen wird. Die Production des Original-Testaments könnte rescissa conclusione durch nachstehende Interlocutoria Klägern injungirt werden.

Interlocutoria.

In Sachen sich haltend zwischen Hrn. Johañ Philipp Wallisern, proprio und Hrn. Johann Georg Wagnern, Pfarrern, nomine seiner Stieff-Tochter, Mariä Elisabethä Walliserin, Klägern eines; Entgegen u. wider Fr. Annam Catharinam, Hrn. Johann Heinrich Palmen, hinterlassene Wittib, cum Curatore ad litem Beklagtin andern Theils, wird forderist hiermit der Beschluß ex officio rescindirt, und hiernechst Klägern aufferlegt, das Wagnerische Testament, worinn sie ihre Losungs-Gerechtigkeit gründen, in Orignali zu produciren; Sie thun nun das

oder

oder nicht, und wird nichts destoweniger geschehen und ergehen was recht ist.

Wann nun diese Interlocutoria publicirt, und deroselben ein Genügen geschehen, ist durch würckliche Production des Testaments in Originali, und davon genommene Copias vidimatas, sind die Partheyen anzuweisen, in der Haupt-Sach wieder zu beschliessen, und ad definitivam zu submittiren, und kan dieselbe alsdann befindenden Dingen nach abgefaßt und eröffnet werden.

Welches wir, salvo aliorum judicio, den Rechten gemäß erachten, und zu Großg. verlangter Rechtlicher Belehrung dienstlich nicht verhalten wollen. Actum in Collegio nostro d. 27. Octobr. 1702.

CONSILIUM CXXI.

AN

Testamentum sit invalidum, in quo Dominus Territorii heres institutus, & testes adhibiti sunt ejusdem Consiliarii, Officiales & subditi?

SUMMARIA.

1. *Quæritur: An testamentum, in quo Dominus territorii, heres institutus, ideo validum non sit, quod aliqui hujus subditorum & Officialium. etiamsi iis vinculum subjectionis & quoad hunc actum remissum sit, testes adhibiti fuerint, & quia Notarius in Instrumento suo hujus remissionis vinculi nullam mentionem fecerit?*
2. *Negative deciditur.*
3. *Ratio dub. 1. ex l. 6. ff. de testib. sec. quam idonei testes non sunt, quibus imperari potest. Id quod applicatur ad testimonium subditorum, & Consiliariorum ac Officialium in causa Domini. ibid. Inferri videtur inde, quod tale testamentum, ob inhabilitatem testium, sit ipso nullum ibid.*
4. *An vox: imperari, in d. l. 6. denotet solummodo potestatem Patriam vel Dominicam an vero etiam Jurisdictionem universalem. Principum &c. in suos subditos, Officiales & Ministros?*
5. *Ratio dub. 2. ex §. 9. J. de testam. ordin. & l. 3. C. de testib. ubi de testimonio domestico.*
6. *Quinam veniant sub nomine domesticorum Principis &c. & quidem tam in Aula ejus, quam extra eam?*
   Principis domum non tam angustis limitibus & seu terminis, esse circumscribendam. ibid.
7. *Urgetur contra tale testamentum: quod ab omnibus ejusmodi personis, ut Consiliariis, Secretariis aliisque talibus officialibus &c. Princeps seu alius Dominus; jure & notoria consuetudine exigat Juramentum Domesticitatis.*
8. *Sequuntur Rationes Decidendi; & quidem 1. quod vinculum illud Dominum, & ejus Ministros, Consiliarios, Officiales & subditos intercedit, nihil impediat, quo minus hi testes esse possint in eo testamento, in quo Dominus eorum heres institutus; cum in testamento omnes testes esse possint, quibus id non interdictum. Hoc probatur ex LL. & Const. Maxim. l. de Notar.*
9. *Duo genera eorum, quibus hoc testimonium interdictum: Primum genus eorum, qui non habent testamenti factionem activam & passivam.*
10. *Alterum eorum, qui habent quidem testimenti factionem, sed ex aliis causis testes testamentarii esse prohibentur; idque sive in totum, ut fœminæ & coecus.*
    Ratio cur coecus prohibeatur?
11. *Vel in tantum, ob causas scil. privatus; quarum duæ, potestas & Negotium testamenti.*
12. *P. P. effectus quoad testamentum Patris fam. & Filii fam.*
13. *Negotii ipsius testamenti inter testatorem & heredem effectus.*
14. *Per inductionem ita probatur affirmativa 2. sc. vinculum illud subjectionis & officii non inferre prohibitionem ejusmodi.*
15. *Porro inducitur hoc ex eo, quod & minister privati alicujus, Monachus, Clericus, Civis in testamentis in quibus eorum Dominus Monasterium, Ecclesia, Civitas heredes instituantur, testes esse possint.*
16. *Cum & 2. hi Consiliarii &c. testes esse in eo testamento potuissent, etiamsi iis vinculum, illud non fuisset remissum, utpote quæ remissio ad validitatem testamenti nullibi requiratur.*
17. *Præsertim cum alioquin satis multæ solennitates in testamentis condendis sint præscriptæ, quarum una omissâ totum testamentum nullum est.*
    De misera & nimia diligentia, de qua in l. 88. §. f. ff. de legat. 2. ibid.
    De JCtis etiam antiquitus ad scribenda testamenta ob facilem nimis hallucinationem adhibitis. ibid.
18. *Solennitates testamentorum sine LL. authoritate non augendæ, & sic nec illa addenda, de necessitate remissionis vinculi subjectionis &c. in tali teste testamentario*

19. *Quamvis moribus in causis ut judicialibus, subditi a Dominis suis ad testimonium pro se dicendum producti a vinculo juramenti subjectionis quoad istum actum relaxari soleant; non tamen hoc a causis judicialibus, ad causas testamentarias extendendum.*

20. *Ratio hujus differentiæ.*

21. *Si etiam necessaria esset illa remissio juramenti, sufficere, quod probari possit, eam revera esse factam per testes, quamvis Notarius in Instrumento ejus nihil meminerit.*
Pari passu ambulant probatio per testes idoneos & per Instrumenta, & eadem utrinque est autoritas, ibid.

22. *Notarii negligentia heredi nocere non debet.*

23. *Si quid in testamento non ex mente & voluntate testatoris, sed vitio Tabellionis, Notarii, Archigrammatei, sive alterius, qui testamentum scripsit, omissum, aut minus, vel plus scriptum est, quam dictum & expositum fuit, hoc testamentum nihilominus subsistit, & valet secundum testium depositionem.*
Ratio. ibid.

24. *Hic error Notarii &c. etiam per duos testes probari potest; nisi substantiam testamenti concernat, tum enim tot testes, quot ad solennitatem, requiruntur.*

25. *Illi testes tamen, de erroribus testamenti circa quantitatem, qualitatem vel alia accidentalia, deponentes, ex numero testium legitimorum testamentariorum esse debent, nam alii testes nihil probant.*

26. *Respondetur ad Rationem dub. 1. Dispositionem d. l. 6. non quidem restringendam vel ad Imperium Patrum vel Dominicum', sed tamen ita intelligendam, quod nec subditi scil. in causa Superiorum suorum idonei testes sint, quando Dominus eos in suâ propriâ causâ, & pro se producit, ubi vero in alterius negotio adhibentur, jus potestatis & imperii eis non sit impedimento.*

27. *Testes testamentarii non tam heredis, quam potius ipsius testatoris, & in hujus proprio negotio sunt testes, ab hoc ad id adhibiti, ut de suæ voluntatis declaratione testimonium præbeant, nec obest iis, si forte heredis sint subjecti.*

28. *Nec hodie moribus nostris subditi in aliis causis Dominorum testes esse prohibentur, modo juramentum quoad illum actum illis remittatur; multo minus ergo Consiliarii &c. qui non tam arcte obligati.*

29. *Ad Rat. dub. 2. quid per domesticum testimonium in §. 9. F. de testam. ordin. intelligatur.*

30. *Differentia testium domesticorum in causis judicialibus & testamentariis.*

31. *Verba, hanc rem declarantia, Vinnii in d. §. 9. F. verb:* Reprob. ea, in re domest. testim. *in extenso adducuntur.*

Als uns Decano und übrigen Doctoribus der Juristen-Facultät bey gemeiner Hoch-Fürstl. Würtembergischen Universität Tübingen eine Species Facti Großg. zugesandt worden, über die deroselben angehengte Frage unser Rechtliches Gutachten förderlichst zu ertheilen und schrifftlich zu communiciren; So haben wir nicht ermanglet in versammletem Collegio davon reifflich zu deliberiren, und per unanimia ohn einigen Anstand den Schluß dahin zu fassen, wie hernach gesetzt zu sehen bey

Der Frage selbsten:

1 Ob um deßwillen, weil der Lands-Herr von der Frau Testatricin zum Erben eingesetzt, einige von den Zeugen aber in dessen Diensten, Pflichten oder Unterthanen gewesen, der doch geschehenen Pflicht-Erlassung ohngeachtet, solch Testament oder darinn enthaltene Erb-Einsetzung um deßwillen zu verwerffen, weilen ermeldte Pflicht-Erlassung dem Instrumento nicht insegrirt worden, oder aber gnug seye, daß selbige gleichwohl der Pflichten in Wahrheit erlassen, und die jenige Zeugen, welche noch leben, solches aydlich werden behaupten können, wie sie auch zum Theil per Notarium cum Testibus, ob wohl nicht aydlich, jedoch vermittelst Hand-Gelöbniß die Wahrheit zu sagen, abgehöret, und sich dieses umständlich und wohl erinnert haben; die Sach auch an sich destoweniger verdächtig, weil noch durch Personen, die der Frau Testirerin Domestiquen gewesen, oder doch einigen Umgang mit ihr gehabt, erwiesen werden kan, daß selbige dem instituto heredi sehr günstig gewesen, und verschiedentlich declarirt habe, daß selbiger ihr Erbe seyn solle, wie er ihr denn gar wohl begegnet, und viel Gutes erwiesen?

2 Welche wir anderst nicht beantworten können, als daß solch Testament, oder die darinn enthal-

enthaltene Erbeinſetzung durchaus deßwegen nicht impugnirt noch angefochten werden möge, daß der Lands-Herr von der Frau Teſtirerin aus freyem Willen und Affection zum Erben eingeſetzt, einige von den zum Teſtament adhibirten Zeugen aber in deſſen Dienſten und Pflichten, oder Unterthanen geweſen, und von deren Pflicht-Erlaſſung, ob ſie gleich geſchehen, doch von dem Notario gantz nichts gemeldt worden, in dem von ihm über das Teſtament auffgerichteten Inſtrumento Publico.

3 **Denn ob wohl ein anders zu ſagen, und das widrige zu ſtatuiren zu ſeyn ſcheinen möchte,** 1.) ob Reſponſum JCti Licinii Rufini

in l. 6. ff. de teſtib.

Non eſſe idoneos teſtes, quibus imperari poteſt. Unde recte omnino colligi poſſe videtur: Non ergo valere teſtimonium ſubditorum & Miniſtrorum ſeu Conſiliariorum ac Officialium in cauſa Domini ſui, & per conſequens eos non eſſe teſtes habiles in teſtamento, in quo illorum Dominus heres deſignatur & inſtituitur, iis igitur pro teſtibus adhibitis teſtamentum ipſo jure nullum eſſe, cum inter ſolennitates teſtamenti extrinſecas & hæc ſit, ut ſeptem te-
4 ſtes habiles adhibiti ſint. Et quamvis Interpretes communiter textum illum *d. l. 6. de teſtib.* de iis accipi velint teſtibus, quibus imperari poteſt vel ratione patriæ poteſtatis vel ratione poteſtatis Dominicæ, quam habent domini in ſervos ſuos, non autem ratione univerſalis jdictionis, quam Princeps, Comes, Nobilis habet in ſuos ſubditos, Officiales & Miniſtros.

Cynus *in l. 5. C. de teſtib.* Farinac. *de teſtib. qu. 55. n. 203.*

Attamen reſtrictionem hanc textui minime convenire, apparet vel ſaltem ex vocula *imperari*, quæ proprie denotat poteſtatem eam, quam & imperium appellamus.

l. poteſtatis. 215. ff. de verb. ſignif. ut bene animadvertit Modeſt. Piſtoris *vol. 1. Conſ. 7. n. 25.*

5 2.) **Sagt der** Imperator Juſtinianus *in §. 9. Inſt. de teſtam. ordinand.*

ausdrücklich In Teſtamentis reprobatum atque rejectum eſſe domeſticum teſtimonium. Et in

l. 3. C. de teſt.

reſcribunt Impp. Valerianus & Gallienus: *Etiam JCili domeſtici teſtimonii fides improbatur.*

6 Domeſticorum autem Principis, Comitis appellatione proprie veniunt etiam ejus Miniſtri & Officiales, non tantum, qui in aula ejus commorantur, verum etiam ii, qui extra aulam degunt, ut Cancellarii, Conſiliarii, Secretarii aliisque officiales, qui extra Principis vel alterius Domini domum ſeu Aulam munere aliquo funguntur, inque officio aliquo ejusdem conſtituti ſunt.

Vultej. *de feud. lib. 1. c. 6. n. 6.* Henr. Brunning. *de Homag. cap. 1. §. 15.* qui Principis domum non tam anguſtis limitibus ſeu terminis concludendam ajunt, ut illi a Domeſticorum numero excludantur, ſed omnes eo potius comprehenduntur.

Unde ab iis omnibus quoque jure & noto- 7
ria conſuetudine Juramentum Domeſticitatis exigit.

Henr. Bruning. *d. l.*

Exinde ergo recte rurſus colligi videtur, Conſiliarios, Secretarios aliosque tales Officiales Principis, Comitis teſtes habiles non eſſe in eo teſtamento, in quo Princeps, Comes heres inſtituitur, ſed illud iis adhibitis ipſo jure nullum eſſe, quia teſtes inhabiles adhibiti.

arg. §. ult. Inſt. quib. nod. teſtam. infirm.

So iſt doch deſſen, und was ſonſt noch ferner in contrarium angeführt werden möchte, ohngeachtet, bey uns gantz auſſer allem Zweiffel geſetzt, daß das Teſtament, worinn der Lands-Herr zum Erben eingeſetzt, im wenigſten deßwegen angefochten werden könne, 8
daß zu Zeugen einige von ſeinen Miniſtris, Räthen, Amt-Leuten oder Unterthanen adhibirt, und von deren Pflicht-Erlaſſung nichts gemeldt von dem Notario in ſeinem über das Teſtament auffgerichteten Inſtrument. 1.) Denn iſt das Vinculum, quod intercedit inter Dominum territorii & ipſius Miniſtros, Conſiliarios ac Officiales, dieſem gantz nicht hinderlich, daß ſie nicht ſollten Zeugen ſeyn können in dem Teſtament, worinnen ihr Lands-Herr zum Erben eingeſetzt wird, denn in einem Teſtament können alle die jenige Zeugen ſeyn, denen es nicht nominatim verbothen.

arg. l. 1. §. 1. de teſtib. ubi dicitur adhiberi teſtes poſſe, quibus non interdicitur teſtimonium vel ulla lege a dicendo teſtimonio arcentur, & 2.) quia Edictum de teſtibus eſt prohibitorium, ideoque omnes admittuntur, qui non prohibentur. Proinde ſi quis aliquem a dicendo teſtimonio in teſtamento arcere velit, legem aliquam proferre oportet, qua ei interdicatur teſtimonium. Facit Conſtitutio Imp. Maximiliani I.) von Notarien *de anno 1512 tit. von Teſtamenten. §. 6.*

Quibus autem interdictum eſt teſtimonio 9
fungi in teſtamento duplicis ſunt generis. Primum eſt eorum qui non habent teſtamenti factionem activam ac paſſivam.

§. 6. Inſt. de teſtam. ordin. l. 18. ff. qui teſtam. fac. poſſ. d. Conſtit. Maxim. I. von Notarien. *d. tit. von Teſtamenten. alleg. §. 6.*

10 Alterum genus est eorum, qui habent quidem testamenti factionem nihilominus tamen a testimonio arcentur, vel in totum, ut fœmina.

§. 6. Inst. de testam. ordin. l. 20. §. 6. ff. qui testam. fac. poss.

item cœcus, quia neque percipere potest quis sit testator, qui testes, multo minus illud, num ex bona fide omnia gerantur, an vero quid fraudis immisceatur, ad quod periculum amovendum præcipue testes adhibentur, videndo ergo testimoniorum officio fungi debere testes colligitur

ex l. 9. C. de testament.

11 vel in tantum, ob causas videlicet privatas, quæ duæ sunt, tum potestas, quam testator in testem, vel contra testes in testatorem habet unitatem personæ inducens, ut habeantur pro una persona, tum negotium testamenti quod cum teste agitur. Potestas talis intercedit inter Patrem & filiumfamilias, qui pro una persona fictione juris habentur.

l. fin. C. de Impub. & aliis substit.

12 Unde nec Pater in filii, nec contra in Patris testamento filius testis esse potest.

§. 9. Inst. de testam. ord. l. 20. §. 2. qui testam. fac. poss.

13 Negotium testamenti inter testatorem & heredem agitur, ob quod heres tanquam juris successor arcetur a testimonio, & non tantum heres ipse, sed & is, qui in potestate patria ejus est, vel qui eum habet in potestate patria, nec non qui cum eo simul est in potestate patris, frater scil.

§. 10. Inst. de testam. ordin.

14 Woraus erscheinet, quod nullibi inter prohibitos testes testamentarios referantur Ministri, Consiliarii & Officiales Principis heredis instituti, consequenter das vinculum, welches zwischen einem Fürsten oder andern Landsherrn und seinen Räthen, Dienern und Ambt-Leuthen ist diesen durchaus nicht hinderlich sey, daß sie nicht sollten Zeugen seyn können in dem Testament, worinn ihr Fürst und Lands-Herr zum Erben instituirt wird.

15 Si enim minister privati alicujus idoneus est testis in testamento, in quo ejus dominus heres institutus, ut recte tradit

B. D. Lauterbach. *ad tit. ff. qui testam. fac. poss.* Dn. Collega D. Harpprecht *in Disp. de Testimon. testamentario heredi interdicto. th. 22.*

Si Monachus in testamento, in quo Monasterium, in quo ipse commoratur, heres instituitur; si Clericus in testamento quo Ecclesia, cui servit, heres scripta, si civis in testamento, in quo Civitas, cujus ipse membrum est, heres instituta est, testis munere sine ullo obstaculo fungi potest, uti hos omnes testes esse posse, pluribus probat

Dn. Collega D. Harpprecht *d. Disp. th. 27.*

quidni etiam Minister & Officialis aut Subditus Principis testis esse posset in testamento, quo Princeps heres institutus?

Daher wann denn hier zu Zeugen adhibirten Räthen und Unterthanen 2.) gleich nicht ihre Pflicht erlassen worden wäre, könnte doch deßwegen das Testament, worinn ihr Landsherr zum Erben instituirt ist, darum nicht angefochten und impugnirt werden, weil dergleichen Pflicht-Erlassung ad validitatem testamenti nirgends erfordert wird. Es sind ohne dem in Rechten viele Solennitäten fürgeschrieben, die bey Auffrichtung eines Testaments zu beobachten seyn, so daß wann sie nicht exacte observirt, sondern auch nur eine davon ausser Acht gelassen und negligirt worden, das Testament derenthalben angefochten und annullirt werden kan.

l. 1. ff. de injust. rupt. irrit. testam. l. 12. C. de testam.

Et quia in exacta harum solennitatum observatione, quam nimiam & miseram diligentiam vocat JCtus.

in l. 88. §. fin. ff. de legat. 2.

quis facile hallucinari, sicque testamentum ejus concidere potuit, nemo veterum fere ausus fuit testamentum sine Jurisperito condere, ostendente JCto

in d. l. 88. §. fin. de legat. 2. add. Sueton. *in* Nerone *cap. 23.* ubi testis est apud Romanos Studiosos Juris h. e. JCtos, Testamenta scribere & dictare solitos fuisse.

Deßwegen solche Solennitæten sine legum authoritate nicht zu vermehren, und denen in Rechten gegründeten sine ulla lege eam requirente, diese, daß wann ein Landsherr von jemand aus freyem Willen zum Erben eingesetzt wird, und einer oder ander von seinen Unterthanen oder Dienern zum Testament-Zeugen adhibirt wird, derselbe seiner Pflichten zu erlassen, von freyen Stücken beyzulegen, sub hac necessitate, daß wann solches nicht geschehen, das Testament nicht bestehen solle,

Lege enim hanc solennitatem non requirente, merito erubescere debemus sine legis dispositione eam exigere sub pœna annullationis testamenti.

arg. l. 19. C. de collat. Nov. 18.

Und ob sonst wohl moribus in andern causis den Unterthanen, wann sie von ihren Herrn zu Zeugen producirt werden in ihren Sachen Zeugniß zu geben, der Pflicht womit sie den Herrn verwandt, loß gezehlet werden pflegen, so viel den actum ferendi testimonii belangt, damit sie ohne Scheu deren Pflichten, die Wahrheit bezeugen mögen; So ist doch solches von dem Causis judicialibus, darinnen es also practicirt wird, ad causas testamentarias nicht zu extendiren, sub illa præsertim pœna annullationis testamenti,

ex

ex evidenti inter has & illas cauſas intercedente differentia, neque enim in teſtamentis æque ac in aliis cauſis & negotiis, quæ duorum duntaxat teſtimonio contenta ſunt, præciſe meri teſtes omni exceptione majores requiruntur, cum ob id amplior hic numerus ſeptem nempe requirantur, ut hoc pacto ſuppleatur ſi forte conditio unius vel alterius quidquam ſuſpicionis inducere poſſet.

Viglius *ad §. 10. Inſt. de teſtam. ordin.*

21 Wañ aber 3.) auch die Pflichterlaſſung in cauſis teſtamentariis nicht weniger als in andern cauſis erfordert würde, wañ Unterthanẽ, Räth u. Diener eines Lands-Fürſten zu Zeugen gebraucht werden wollten im Teſtament, worinn ihr Herr zum Erben eingeſetzt wird; So wäre ſie ja hier, beſage Facti Speciei beſchehen, und könnte durch einige noch lebende Zeugen, die ſich deſſen annoch wohl erinnern, behörig erwieſen werden, ja iſt bereits geſchehen. Und könnte dißfalls kein Nachtheil bringen, daß der Notatius von ſolcher würcklich beſchehenen Pflicht- und Aydes-Erlaſſung nichts gedacht in ſeinem über das Teſtament auffgerichteten Inſtrumento, geſtalten es genug wäre, daß ſelbige durch lebendige Zeugen könnte dargethan und erwieſen werden.

Pari enim paſſu ambulant probatio per teſtes idoneos & per Inſtrumenta. Eadem enim eſt & teſtium & Inſtrumentorum authoritas, nihil ergo refert num per Inſtrumentum vel per teſtes probetur.

l. 15. C. de fide Inſtrum.

22 Und warum ſollte des Notarii, der es vergeſſen, daß er der beſchehenen Pflicht-Erlaſſung in ſeinem auffgerichteten Inſtrument nicht gedacht, negligentz dem Landsherrn Schaden und Nachtheil bringen

contra *legem 74. ff. de reg. jur.* ubi habetur, quod non debeat alteri per alterum iniqua conditio inferri.

23 Conſtat namque, quod ſi in teſtamento quid, non ex mente atque voluntate teſtatoris, ſed vitio tabellionis, Notarii, archigrammatei ſeu alterius, qui teſtamentum ſcripſit, omiſſum, atque minus vel plus ſcriptum, quam expoſitum & dictum eſt, ſit, nihilominus teſtamentum ſubſiſtat, nec ulli licentia concedatur, per eam occaſionem teſtatoris voluntatem ſubvertere, aut minuere, valet enim teſtamentum tunc ſecundum teſtium depoſitionem.

l. 7. l. 24. C. de teſtament. ibi Paul. de Caſtro, Sichard. & alii Dd. *l. 9. §. 2. ff. de hered. inſtit. l. 64. de legat. 2.* Mantica *de conject. ult. volunt. lib. 4. tit. 1. n. 5.* Joh. Petr. Surdus *Conſil. 129. n. 1. 31. ſeq. & Conſ. 236. n. 34.*

veritas enim rerum erroribus geſtorum non vitiatur

l. 6. §. veritas. 1. ff. de offic. Præſid. l. 92. de reg. jur. l. 10. C. de donat. l. 18. C. de probat.

Cum namque in teſtamento quid perperam ſcriptum eſt benigne & ſecundum id, quod credibile eſt cogitatum, interpretari oportere Marcellus reſpondit

in l. 24. ff. de reb. dub. Surd. d. l.

Atque error hic ſcribæ, Notarii aut archi- 24
grammatei, qui minus ſcripſit, quam teſtator voluit & expreſſit, aut plus etiam, quam teſtator nuncupavit & voluit, per duos teſtes probari & detegi poteſt, licet alias error, qui ſubſtantiam teſtamenti concernit, tot teſtibus ſit revelandus & oſtendendus quot ad ſolennitatem requiruntur,

Laud. Surdus *d. Conſ. 129. n. 31. & d. Conſ. 236. n. 34.* Bartol. Paul. de Caſtro Sichard. & alii *in d. l. 7. C. de teſtam.*

Sed exigitur, ut hi teſtes teſtamenti erro- 25
res circa qualitatem, quantitatem aut alia adjacentia ſignificantes ex illorum numero ſint, qui ad teſtamenti factionem rogati fuerunt, quia ii teſtes qui neque rogati neque adhibiti fuerunt in teſtamento examinati nihil probant

Surd. *d. Conſ. 129. n. 32.* Mantica *de conject. ult. volunt. lib. 12. tit. 16. n. 12. 13.* Sichard. *in d. l. 7. n. 8.*

Kan nun dergleichen circa ipſa a teſtatore in ultima ſua voluntate relicta von dem Notario begangener groſſer Fehler per depoſitionem duorum teſtium teſtamentariorum corrigirt und erſetzt werden, wie viel mehr wird dann dieſer geringe vom Notario darinn begangene Fehler, daß er keine Meldung gethan, der vom Landsherrn würcklich beſchehenen Pflichts-Erlaſſung den zum Teſtament, worin er zum Erben eingeſetzt, gebrauchten Zeugen, die ihm mit Ambts- oder andern Pflichten zugethan, erſetzt werden können per depoſitionem teſtium, die ſich deren, daß ſie geſchehen, gantz wohl erinnern, wann ſolche ja möchte vor nöthig geachtet werden, ſo, daß ohn ſelbige das Teſtament ſonſt keinen Beſtand haben könnte, ſo wir doch nicht dafür halten, ohnangeſehen deren oben in contrarium angeführter Scheingründe, die ſolches unſers Erachtens nicht evinciren möge, noch probiren, daß derentwegen das Teſtament könne angefochten oder einiger Nullität beſchuldiget werden, nicht 1.) der 26
erſte Scheingrund denn ob wohl ex Reſponſo JCti Licinii Rufini propter imperium teſtes inidonei ſeyn, quibus imperari poteſt.

l. 6. ff. de teſtib.

Und ſich ſolches nicht wohl reſtringiren läßt, ad imperium dominicæ & patriæ poteſtatis, weil die verba generalia ſeyn, und daher recht daraus colligiret wird, quod nec ſubditi in cauſa ſuperiorum ſuorum teſtes idonei ſint, quia & hi illis imperare poſſunt, ſo iſt doch dieſes alſo zu verſtehen, quod ſcil. hi quibus imperari poteſt, non ſint teſtes idonei in cauſa imperantis, eosque pro ſe producentis, in alterius a. negotio, quo minus teſtes ſint idonei, jus poteſtatis & imperii ipſis non ſit impedimento. Nun ſind die Teſtes teſtamentarii 27
nicht ſo wohl des heredis, als des Teſtatoris Zeugen, geſtalten ſie von demſelben zu ſeinem Teſtament gebraucht werden, daß ſie deſſen alſo erklärten letzten Willens Zeugen ſeyn ſollen, wann ſie alſo deſſen Unterthanen nicht ſeyn, iſt ihnen *d. l. 6.* diſpoſitio nicht entgegen, und macht ſie nicht zu inhabilen Zeugen, ob ſie gleich

gleich des instituirten Erben Unterthanen seyn, und dieser ihnen gebieten kan. Denn des Erben Unterthanen oder Officiales, Rath und Diener werden nirgends a testimonio in testamento, in quo ipsorum Dominus heres instituitur, perhibendo removirt, sondern allein die, qui in ejus potestate patria sunt, vel illum habent in potestate patria, vel una cum illo in ejus-
28 dem patris potestate sunt; Zudem ist bekandt, quod hodie moribus nostris subditi in aliis causis dominorum suorum testes esse non prohibeantur, modo Dominus juramentum, quo ipsi adstricti sunt, quoad præsentem examinis actum iis remittat.

Carpzov. *p. 1. c. 16. d. 64.* Brunnem. *ad d. l. 6. ff. de testib.* Richter *ad c. 38. de testib. n. 46.*

Quod multo magis ergo de Officialibus, Consiliariis & Ministris Principum &c. etiam dicendum, qui non tam arcto vinculo, quo subditi, sunt obstricti.

Und eben so wenig verfängt 2.) der andere Scheingrund,

29 Nam per domesticum testimonium, quod in testamentis reprobatum dicitur.

§. 9. Inst. de testament. ordinand.

wird alldort allein verstanden testimonium illorum, qui ita testatori conjuncti sunt, ut alter sit in familia & potestate alterius, & una cum eo fictione juris persona, ut latius ibi probant

Vinnius, Franzkius, Hoppius & alii commun. *ad d. §. 9.* Dn. Collega D. Harpprecht *de testimonio testamentario heredi interdicto.*

30 In judiciis quidem testes omnes domestici intelliguntur, qui de domo, producentis sunt, illique omnes a dicendo testimonio pro producente in causis judicialibus removentur

l. 3. C. de testib. l. 24. ff. eod.

sed secus hoc est in testam., ubi causa prohibendi testimonii non cognatio non domesticum imperium, sed unio illa personarum, quæ per potestatem patriam contingit, tantum est, & inde domesticum testimonium saltem æstimatur. Non possumus non, quin hic adducamus ipsius Vinnii ad d. §. 9. verba:

31 *Reprobatum est in ea re domesticum testimonium*, notantur dicentis: Mysticus horum verborum sensus est, ne quis ex his colligat, in aliis causis domestica testimonia non reprobari. Quia in causis judicialibus multo magis reprobantur, & tanto, quidem magis quanto major est reprobationis causa. Sed nim. hæc Justiniani sententia est. Licet in testamentis de lucro aut commodo ejus, qui testes adhibet, non agatur, ut sit in causis forensibus, ac proinde hic verendum non sit, ut propter affectionem aut reverentiam veritas celetur, quam ob causam etiam personæ conjunctissimæ & amicissimæ hic invicem jus dicendi testimonii habeant: Nihilominus tamen domesticum in hac causa testimonium prohibitum esse, h. e. eorum, qui ita conjuncti sunt, ut alter sit in familia & potestate alterius & fictione juris eadem cum altero persona: Unde cum alteri testimonium præstat, sibi quodammodo præstare videatur. Hæc sola juris subtilitate testimonia in proposito vetari non aliqua falsi suspicione propter cognationem aut affectum. Cum igitur prohibendi hujus testimonii non alia causa sit, quam unio illa personarum, quæ per potestatem contingit, sequitur inter eos, qui ita uniti non sunt, testimonia testamentaria licita esse, quamvis alioqui summa sit inter eos conjunctio aut caritas. Itaque & patrem recte adhiberi testem in testamento filii emancipati, avum in testamento nepotis ex filia & contra: item virum in testamento uxoris, multoque magis patronum in testamento liberti & patrem familias in testamento mercenarii & vice versa libertos & mercenarios in testamentis illorum, ac proinde errare Interpretes & inter hos Ant. Matthæum, qui testimonia testamentaria cum judicialibus confundunt. In judiciis nulli parentes & liberi in vicem idonei testes. l. 9. de testib. l. 6. C. eod. suspecti omnes quibus quovis modo imperari potest. l. 6. ff. de testib. qualis est etiam libertus in domo patroni degens, item qui mercede conducuntur, ut famuli & coloni in villis & id genus alii, qui domi famulantur. In his enim causis domestica testimonia interpretamur testimonia personarum domesticarum h. e. eorum omnium, qui de domo rei, qui in eos imperium habet, producuntur. *l. pen. de testib.* Discriminis ratio jam indicata hæc est, quod in cœteris causis agitur de commodo pecuniario ejus, cui testimonium dicitur, ut merito in his testes omnes rejiciantur, quos vel affectione, vel reverentia, aut obsequio veritatem celaturos, suspicio est: in testamento autem non de commodo testatoris, sed heredis magis agitur.

Halten demnach nochmahlen beständig dafür, daß wann gleich der dem Erben mit Pflichten verbundenen Zeugen solch ihr tragende Pflicht nicht einmahl erlassen wäre, dennoch das Testament deswegen nicht impugnirt werden könnte, und itzo so viel weniger geschehen möge, da ihnen die Pflicht würcklich erlassen worden, selbiges auch durch etliche Zeugen dargethan werden kan, ohnerachtet, daß über das Testament vom Notario auffgerichtete Instrument davon nichts besagt, noch der Notarius es demselben einverleibt.

Welches ꝛc. Actum in Collegio nostro d. 17. Novembr. 1702.

CON-

CONSILIUM CXXII.

IN

Po. debiti ex emptione venditione & per reconventionem oppositæ exceptionis compensationis variarum prætensionum.

SUMMARIA.

1. --- 5. *Facti recensio.*
6. *Actionem empti venditi institutam esse, ex facto demonstratur.*
7. *De probatione hujus actionis.*
8. *Instrumenta publico, Magistratus sigillo munita habentur pro Instrumentis publicis:*
9. *Quæ faciunt plenam fidem, etiam sine alio adminiculo, & manifestissimam, probationem facere dicuntur, in tantum, ut ulteriori discussione non indigeant.*
10. *Qui publicum pro se habet instrumentum, fundatum dicitur habere intentionem.*
11. *In Instrumento publico, Magistratus sigillo corroborato omnia contenta se habere præsumuntur, ut in illo scr̂iptum est.*
12. *Quodvis etiam Instrumentum publicum non tantum veritatis, sed etiam solennitatis & perfectionis præsumptionem pro se habet.*
13. *Ob quam præsumptionem standum est Instrumento, donec contrarium evidenter & manifeste probetur.*
14. *Qui pro se habet adversarii confessionem judicialem, relevatur ab onere probandi, cum illa habeatur pro ipsa veritate, & ex inde major contingat certitudo, quam ex aliâ quâvis probatione.*
15. *Vis & metus in dubio non præsumitur, sed probari debet.*
16. *Qualis metus requiritur ad actionem, talis quoque requiritur ad exceptionem quod metus causa.*
17. *Metus in negotiis purgatur per subsequentem consensum.*
18. *Emptor qui exceptionem læsionis adversus contractum emptionis opponit, quid probare debeat?*
19. *Cur Jus Civile, in contractibus, læsionem usque ad dimidium permiserit, nec quemlibet etiam modum, excessum vel defectum corrigere voluerit?*
20. *Parentes filias honeste, elocare vi officii sui tenentur, easque pro conditione & quantitate facultatum, nec non dignitate mariti dotare debent.*
21. *Vestes quotidianæ & festivæ, quas filia ante nuptias a Parentibus ex libera eorum voluntate accepit, ut eo comptior & ornatior incederet, non esse conferendas. Adduntur duæ rationes.*
22. *An autem vestes nuptiales pretiosæ filiæ datæ sint, conferendæ? quæstio inter Dd. controversa, aliis affirmantibus, aliis negantibus.*
23. *Aliis prudentis Judicis arbitrio determinationem relinquentibus, & quomodo hoc?*
24. *Affirmantium sententiam esse cõmuniorem, asseritur.*
25. *Quæ sententia exceptionem patitur, quando de contraria Patris voluntate, quod scilicet hæc vestimenta donata velit, vel aperte, vel ex præsumptionibus, constat.*
26. *Idem dicendum de annulis & similibus.*
Nisi data sint liberis a parentibus, quo suis sponsis ea vel loco arrhæ vel alias donent, ubi collatio cessat.
27. *Ut collatio locum habeat, requiritur ut res conferenda tempore collationis instituendæ, seu post mortem parentum, adhuc in bonis ejus sit, qui conferre debebat.*
Ubi ergo non in bonis ejus amplius existit, nec ejus dolo vel culpa in illis esse desiit, cessat collatio. ibid.
28. *Applicatur hoc ad annulum a Patre filiæ datum, quo sponso eum pro arrha sponsalitia donaret.*
29. *Sumptus in convivium nuptiale in specie* auf Frey-Tafeln, *a Patre impensi, an a filia sint conferendi? Negatur ex duabus rationibus.*
30. *Dona nuptialia, a nuptiarum convivis oblata, non conferenda, & cur?*
31. *Sumptus in Studia & Dignitates Academicas regulariter a collationis onere sunt immunia.*
32. *Hujus Regulæ 4. limitationes.*
33. *Etsi dos a filia conferenda, fructus tamen dotis non conferendi sunt, nec usuræ, nisi accesserit mora.*
34. *Successorem in prædio sequuntur etiam onera rei inhærentia.*
35. *Quando res ad corpus sive per aversionem vendita, nulla mensuræ mentione facta, minor vel major quantitas tunc damno vel lucro cedit emptoris, nec vel hic vel venditor conqueri potest.*

36. *Ut debitum cum debito compensetur, requiritur, ut utrumque sit liquidum & certum, ac constet, quid, quale & quantum debeatur.*
Illiquidi cum liquido nulla est compensatio.
37. 38. *Æstimatio operarum præstitarum non ita in folle est facienda, sicut nec ratio administrationis generaliter tantum, sed omnino specifice ineunda & reddenda.*
39. *Ubi de certa mercede non conventum, locati agi non potest.*
40. *De Honorario, quando peti possit, vel non. Et quando condictione certi, actione, ex stipulatu, vel mandati contraria vel extraordinaria persecutione peti possit?*
41. *Quando Honorarium tamen possit peti, etiam si nullum sit promissum?*
42. *seqq. Reconventio, in primordio litis vel in continenti post eam instituta, cum conventione quidem simultaneo processu reg. est finienda; Si vero causa conventionis solummodo sit liquida, reconventionis illiquida, illa sola prius terminari debet, suspensa interim illiquidam, donec & hæc in liquidum fuerit deducta.*
45. *Ubi solutio ab emptore in certis terminis præstanda, ante lapsum termini usuræ peti non possunt, & cur?*
Ampliatur, etiamsi res suâ naturâ sit frugifera. ibid.
Limitatur, nisi ab initio statim expresse aliud fuerit conventum. ibid.
46. *Certus solutioni terminus constitutus debitorem pro ipso creditore satis interpellat.*
47. *A lapso termino debitor statim constituitur in mora, ex qua usuræ peti possunt in b. f. contractibus a cujusque termini die, & pro quantitate partis sortis in illo termino solvendæ.*
48. *Quid nam mora realis, & quis ejus effectus.*
49. *Sententia.*
50. *De Expensarum compensatione.*

Als uns Decano und übrigen Doctoribus der Juristen-Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Würtembergischen Universität Tübingen, hiebey wieder zurück kommende Acta, in Sachen Fr. Anna Catharina Wagnerin seel., Herrn Rudolph Wagners, Land-Schreibers, nachgelassene Frau Wittib, Vorklägerin und Nach-Beklagtin Eines; Entgegen und wider Herrn Frantz Hasenfeldern, Burgermeistern der Stadt Rothenburg am Neckar, Vorbeklagten und Nachklägern andern Theils, ohnlängst zugesandt worden, darüber unser Rechtliches Gutachten zu erstatten; So haben wir nicht ermangelt, so bald es andere obhabende Amts-Geschäffte zugelassen, sothane Acta unter Handen zu nehmen, dieselbe mit gebührendem Fleiß verlesen, und daraus mit mehrerm ersehen, wie daß gedachte Frau Wagnerin
1 Wittib, mit Assistentz ihres Ober-Amtlich zugeordneten Beystands und Kriegs-Vogts wider ermeldten Herrn Burgermeister Hasenfelder, als ihren leiblichen Bruder, vor Löblicher Stadt-Gericht Rothenburg geklagt, was massen er Herr Burgermeister ihro um von ihrem seel. Ehe-Herrn ihm verkauffte und überlassene halbe Hasenfelderische Behausung und Güter, laut bey Handen habenden und Gerichtlich producirten Original Schuld-Brieff, annoch 900. Gulden vom Kauff-Schilling, und daraus von Anno 1676. biß anhero über 600. Gulden verfallene Zins schuldig, weilen sie nun von gemeldtem ihrem Herrn Bruder in Güte nichts bekommen könne, solche Summa Gelds aber, als eine Wittib höchstens vonnöthen habe, bitte sie ihren Herrn Bruder Gerichtlich anzuhalten, daß er nicht nur die 900. Gulden Kauff-Schilling, sondern auch die ab illo tempore biß hiehero verfallene Zins ohne Anstand bezahlen, und Fr. Klägerin klagloß stellen solle, cum Implor. sol.

Worauf Herr Bekl. litem contestando 2
geantwortet, daß nachdem in Anno 1676. sein Herr Schwager Johann Rudolph Wagner, Landschreiber seel., neben seiner Fr. Schwester, und andern Beywesenden bey der Erbtheilung seine ihm erblich angefallene halbe Behausung, Scheuren und Garten in der Authen-Gassen ihm R. käufflich angetragen, habe er sich wegen damahls geweßten schweren Kriegs-Zeiten keines wegs dazu verstehen wollen, mit Protestation, daß wann er auch schon kauffen sollte, es ihm dennoch ins künfftige mit Beyhaltung der Zieler schwehr, ja ohnmöglich fallen würde, dessen aber ohngeachtet, hab man nicht nachgelassen, sondern noch härter und zwar mit Bedrohung an ihn gesetzt, daß wann er nicht gleich zu einem Kauff sich resolviren werde, so werde man ihm alsobald Hausleut herein setzen, auch es gegen einem Fremden verkauffen, und ihm R. kein Zutritt oder einiges Zugrecht hierzu gestatten; worzu ihm auch keine Bedacht-Zeit, so gar auch nicht nur eines Tags gelassen worden. Zweiffels ohn aus Beysorg, es möchte ihm vielleicht solcher Kauff anderwerts mißrathen werden, und hingegen bey damahligen schwehren Kriegs-Zeiten nicht wohl ein ander Käuffer zu finden seyn. Als er sich derhalben allerseits verlassen gesehen, auch sein damahls gewesenen Beystand selbst ihm diß-falls nicht zu rathen gewußt, sondern solches zu seinem freyen Willen gestellt, so habe er sich endlich nolens volens & ad redimendam vexam in einen Kauff eingelassen, ohnerachtet er sich darauf gar nicht verstanden. Als nun aber hierüber und ex postfacto der Kauff- und Schuld-Brieff R. zugeschickt worden, hab er solchen, wegen schon dazumahl vorgesehener læsion und schwehr-fallender Beyhaltung, gleich bald remittirt, auch biß dato keinen mehr zu seinen Handen bekommen.

Und

Und ob er zwar nachgehends solche erkauffte halbe Behausung, Scheuren und Garten in seine Steur genommen, sey solches nicht beschehen sich dadurch seiner Læsion zu begeben, sondern weil auch sein Herr Schwager seel. die ihm an dem Anwurff cedirte Stück und Güter zu seiner Steur habe schreiben lassen, und dieweil auch hierüber ihm kein einiges Hausziel gefordert worden, so lang man seiner wenigen Diensten vonnöthen gehabt, und er sich nicht verheyrathet habe, als sey seine Frau Schwester an den aufgeschwollenen Zinsen selbst Ur-
3 sach, wiewohl zu seinem Schaden. Daß er aber selbe biß dato unbezahlt anstehen lassen, sey solches wegen seiner habenden und sub lit. A. mitkommenden Gegen-Prætensionen beschehen, um hierdurch solche zu compensiren, wie er denn solche hiemit per modum reconventionis & simultanei Processus bey einem löbl. Stadt-Gericht wolle anhängig gemacht haben. Woraus denn zur Gnüge erscheine, daß R. dißfalls nicht einige culpa oder mora beygemessen, folglich auch kein Interesse oder Zins deßwegen gefordert werden möge, indem solches nicht allein dem R. Stadt-Brauch zuwider, sondern auch den allgemeinen Rechten entgegen lauffe, Krafft deren man keinen Zins von den verfallenen Zielern zu geben schuldig, in Ansehung, daß diejenige Käuff, so auf Zieler gestellt werden, gegen andern, welche um baares Geld geschehen, gemeiniglich um die Helffte höher angesetzt werden, und also das Interesse schon in der Kauff-Summa begrieffen, folglich gantz ohnbillig erst noch einmal und also doppelt gefordert werde. Zu dem sey Rechtens, quod usuræ non debeantur nisi à tempore moræ, in mora autem non sit, qui se exceptione legitima tueri possit, qualis est exceptio compensationis, quæ excusat à mora, sistit usuras, dirimit actionem & impedit executionem. Wann dann aus angezogenem gnugsam erhelle, daß er zu solchem Kauff gantz ohnverantwortlich übereilet und gleichsam gezwungen worden, glaublich aus keiner andern Absicht, als daß man solche Stück und Güter in das künfftig wieder von ihm erblich bekommen möge, zumahlen R. sich seiner Læsion niemahlen begeben, oder die verfallene Zieler ohn rechtmäßige Ursach auffschwellen lassen, als sey seyn dienstl. bitten, seiner Frau Schwester gütlich zuzusprechen, daß sie ihm forderist wegen hart empfindlicher und aus Übereilung nicht vorgesehener Læsion anerkauffter gantz bauloser und verstimpleter Behausung ein billichen Nachlaß angedeyen, zumahlen über Abzug seiner billigen Gegen-Prætensionen das verbleibende Quantum mit leidentlichen Fristen ihn abstossen lassen wolle ꝛc.

4 Die Reconvention aber des R. bestehet in folgenden Puncten 1.) haben die seel. Eltern seine Frau Schwester nicht nur ihrem, sondern ihres seel. Herrn Stand und Amt gemäß mit Kleidern, Ringen und dergleichen, wie auch allerhand Haus-Mobilien reichlich ausgesteurt, benebens auch eine kostbare Mahlzeit zwey Tag lang mit zwey Frey-Tafeln sammt andern in 16. oder 18. Tischen ausgehalten, wovon sie denn gleichfalls reichliche Schenckungen gegen 200 fl. erhebt, die Eltern seel. aber dabey einen grossen Schaden erlitten, wodurch auch R. nicht wenig lædirt, daher er suche refusionem mit 200 fl.

2.) Habe seine Frau Schwester in ihre angetretene Haushaltung empfangen ein Fuder alten Wein, so R. in der Erbtheilung sollen ersetzt werden, aber nicht geschehen, und weil damahl der Ohme Wein pro 10, 15, biß 20 fl. verkaufft worden, setze er im mittlern Werth aus 150 fl.

3.) Ingleichem vor ein zugerüstetes Magd-Bett sammt einer Bettladen 16 fl.

4.) Item für eine Kuhe 20 fl.

Weil nun nicht allein der Eltern seel. Will gewesen, sondern es auch die Rechte und Observanz erfordern, daß unter den Kindern eine Gleichheit gehalten werden solle, zu dem Ende auch die Collation eingeführt, so habe R. gleich bey der Erbtheilung in diesem Posten die Gleichstellung begehrt, aber wegen entzwischen gekommenen Kauffs des halben Hauses, Scheuren und Gartens nicht weiter urgirt, aus vorhabender Meynung nicht allein vorstehende vier Posten, sondern auch andere nachfolgende Prætensionen an den Hauszielern nach und nach zu compensiren und abzuziehen, wie er denn solche gleich bey erster Anforderung der Zieler objicirt, auch hiemit nochmahlen repetire.

5.) Anlangend die ihm vorgeworffene siebenjährige Sumptus studiorum, ohnerachtet er solche neque de Jure, neque de consuetudine zu refundiren schuldig, so seynd selbige durch das von seiner Frau Schwester genossene 14 jährige lucrum & interesse dotis von 1200 fl. an Geld und Gütern mehr als gnug ersetzt.

6.) Hingegen weil in dem halben Haus, Scheuren und Garten von 89 fl. 30 kr. die Helffte à 44 fl. 45 kr. ewig zu verzinsen ligen, so von dem Kauff-Schilling hätten sollen abgezogen werden, gestalten laut des Kauff-Brieffs der völlige Kauff zugangen und beschehen pro 1300 fl. sammt denen darinn ligenden Beschwehrden, und also inclusive, nicht exclusivè, als seine ihm noch gut zu thun obige 44 fl. 45 kr.

7.) Nicht weniger sey ihm R. laut seines Theil-Zettels der halbe Wöhrt-Garten pro 110 fl. erblich zugefallen, so er gleichfalls neben andern Gütern an statt der erkaufften halben Behausung, Scheuren und Authen-Gaß-Garten cedirt habe, dieweil aber solche 110 fl. vom Kauff-Schilling auch nicht abgezogen worden, als habe er solche noch zu fordern.

8.) So sey auch der Authen-Gaß-Garten in dem Invent. à 3 Viertel M. Felds per error. einkommen, und in regard dessen pro 400 fl. angeschlagen worden, wovon jedes die Helffte à $1\frac{1}{2}$ Viertel Felds pro 200 fl. bekommen, worüber R. die seiner Frau Schwester erblich zu-

gefallene Helffte in besagtem Meß und Anschlag käufflich übernommen, weil sich aber nachgehends der halbe Garten nur $\frac{3}{4}$ Morgen im Meß erfunden, zumahl auch ohnedem der gantze Gart als nur $\frac{1}{2}$ Morgen zu hoch um 400 fl. angeschlagen worden, als sey billig, daß ihm das ermanglende ein halb Viertel Felds nach Proportion des Anschlags wiederum ersetzt werde mit 66 fl. 40. kr.

9.) Weiters sind bey der Erbtheilung nacher Horb an Wollen verkaufft worden 68. Pfund pro 18 fl. 20. kr. weil aber sein Herr Schwager besagte 18 fl. 20 kr. allein eingenommen, sey ihm also die Helffte davon zu refundiren mit 9 fl. 10 kr.

10) Sey der Haupt-Fall von gesammter Erbschafft für die seel. Mutter bezahlt worden mit 14 fl. 32 kr. dieweil aber selbe durch ein jähen Tod abgefordert worden, und solche Tod-Fäll frey seyn, seynd die deßwegen bezahlte 14 fl. 32 kr. in des seel. Herrn Schwagers Landschreiberey-Rechnung als indebite bezahlt unter den Abzugs-Posten wieder verwiesen, und in der Rests-Erläuterung von Hochlöbl. OO. Hof-Cammer per Abzug passirt worden, woran ihm R. gleichfalls die Helffte zu ersetzen mit 7 fl. 16. kr.

11.) Ferner habe er seinem Herrn Schwager in anno 1676. die ihme erblich zugefallene neben andern vorher gehabten zusammen 11 $\frac{1}{8}$ Morgen Acker mit zwey Arten über Sommer bauen lassen, davor er fordere 16 fl. 41. kr.

12.) Ingleichem habe R. von 1678. biß 1694. bey denen für ihre Eltern gehaltenen Jahr-Tägen für Gottesdienst und Wachs bezahlt in allem 32 fl. 26 kr. woran seiner Frau Schwester die Helffte zu bezahlen gebühre mit 16 fl. 13 kr.

13.) So haben auch ihre Eltern die gehabte alte Magd Agnes, wegen ihrer mehr als 30-jährigen geleisteten treuen Dienste, ihnen beeden Geschwistrigen, sowohl lebendig als todt zu versorgen überlassen, weil aber R. anno 1692. nach ihrem Ableiben die funeralia mit 17 fl. 34. kr. allein bezahlt, als gebühre seiner Frau Schwester die Helffte hieran zu leiden à 8 fl. 47. kr.

14.) Wiederum habe er in die Landschreiberey an alt Eberlinischen Restanten bezahlt und gut gethan 16 fl. 56 kr. daran treffe seiner Fr. Schwester die Helffte mit 8 fl. 28. kr.

15.) Mehr habe er seiner Frau Schwester pro annis 1997, 98, 99, 1700, 1701. mit bauen und fahren abverdienen lassen 51 fl. 26 kr.

16.) Nicht weniger sey er seiner Fr. Schwester über die 12 Jahr lang bedient gewesen forderist mit Erörterung und Liquidirung ihres Herrn seel. Landschreiberey-Zollerisch- und Bauren-Rechnungs-Rests, wie auch wegen andern ihren vielfältigen Angelegenheiten bey Hochlöbl. Ober-Amt, bey der Stadt allhier, item mit ihren Mayern und dergleichen, wodurch ihm nicht wenig Feindschafft und Schaden zugewachsen, fordere für solche Zeit und gehabte Mühwaltung 250 fl.

Welche Forderungen er mit der an ihn gesuchten Forderung zu compensiren bitte.

Auf welche respective beschehene Litis contestation, annectirte Reconvention und formirte Gegen-Prætensiones Frau Vor-Klägerin und Nachbeklagtin replicirt, litem negative contestirt, und auf singula Puncta umständlich geantwortet, Num. Act. 5. mit dienstl. Bitte R. zu Bezahlung seiner durch offentliche Brieff und Siegel erwiesenen liquiden Schuld der 900 fl. sammt den draus verfallenen Zinsen und Kosten zu condemniren, hergegen sie Vor-Klägerin und Nachbeklagtin von der ungegründten Nachklag gäntzlich zu absolviren. Uff welches hin beede Theil die Sach ferner in Schrifften ausgeführt, und A. sub clausula nisi quid novi concludirt, welche eventual Conclusion sich aber ex post facto purificirt, weil vom Gegentheil nichts neues eingebracht worden, R. aber hat cum oblatione si quid facti beschlossen.

Hierüber nun Unsere beywohnende Rechtliche Gedancken zu eröffnen, so ist bey den Formalibus Processus nichts sonders zu desideriren.

Materialia seu merita causæ aber belangend, 6
so ist von Frau Vor-A. in conventione die actio venditi instituirt, massen sie referirt, daß ihr seel. Ehe-Herr, das ihro von ihrem seel. Herrn Vater Dietrich H. in väterlicher Erbtheilung erblich zugefallene halbe Haus und Scheuren samt den darauff stehenden und verzinslichen Gülten und Beschwehrden, item den halben Theil von einem gantzen Garten in der Authen-Gassen, und drittens den geerbten halben Theil an Pferden, sammt dazu gehörigen Wagen, Schüff und Geschirr, ihrem Herrn Bruder Frantz H. J. U. Lic. und jetztmaligen Burgermeistern der Stadt R. als Beklagten, verkaufft, und der Kauff nebenst eigenthumlicher Uberlassung und Cedirung des halben theils des Wöhrt-Gartens, so ihm Herrn Käuffern, in der Theilung erblich zugefallen, um 1300 fl. zugangen und geschehen, so daß 400 fl. gleich zur Angab bezahlt, die übrigen 900 fl. aber jährlich auf Pfingsten mit 45 fl. Terminsweyse abzutragen, der Anfang auf Pfingsten an. 1677. zu machen und damit jährlich auf solchen Termin so lang zu continuiren, biß die 900 fl. völlig bezahlet, biß dahin die verkauften Stücke hypothecirt seyn sollen, laut producirten Original Kauff- und Schuld-Brieffs lit. A. & B. Weil nun von den 900 fl. Kauff-Schillings kein Heller bißhero bezahlt, sie auch in Güte von ihrem Herrn Bruder nichts bekommen könne, als eine betrübte Wittwe aber solcher Summa sammt den daraus biß hieher verfallenen Zinsen über 700 fl. höchstens benöthiget sey, so werde sie gemüssiget wider Willen Obrigkeitliche Hülffe zu suchen und demüthigst zu bitten

ten, ihren Herrn Bruder durch Richterlichen Spruch dahin zu condemniren, daß er ihro die 900 fl. Kauff-Schilling sammt den à tempore moræ biß hieher verfallenen Zinsen ohn ferneren Anstand bezahle.

Welches relationi facti angehängtes petitum gantz klar zu erkennen gibt, daß sie kein anders Juris remedium intentirt, als actionem venditi, quippe quæ venditori ejusque heredibus competit adversus emptorem, ejusque heredes ad pretium & omne id petendum, quod ipsi venditori ejusque heredibus ex contractu emptionis venditionis præstandum.

l. 13. §. 19. ff. de act. empt. vend. l. 1. C. eod.

7 Diese ihre formirte Klage und intentirte Action hat Frau VorA. auch zu Rechtlicher Gnüge probirt, durch die producirte Originalia des Kauffs- und Schuld-Brieffs, gestalten selbige klar besagen, daß zwischen ihrem seel. Eheherrn und ihrem Herrn Bruder der Kauff und Verkauff des halben Hauses, Scheuren, Gartens in der Authen-Gaß, Pferde, Wagen Schüff und Geschirrs referirter Massen gegen Cedirung des halben Theils des Wöhrt-Gartens und 1300 fl. bona fide getroffen und geschlossen worden, die Angab der 400 fl. auch theils mit baarem Geld, theils mit andern Stücken und Gütern so in solutum gegeben und angenommen worden, entrichtet, die im Rest verbliebene 900 fl. aber zu Zielern zerschlagen, und bedungen worden, daß selbe jährlich auf Pfingsten mit 45. fl. Zielsweyse abgetragen werden, und die verkauffte Stücke davor biß zu völliger Bezahlung hypotheciret seyn sollen, und weil sothane Instrumenta auf des Käuffers und Verkäuffers Ansuchen von Burgermeister und Rath löbl. Stadt R. mit ihrem Sigillo Civitatis publico confirmirt, probiren, sie als Instrumenta publica ein solches plenissime.

8 Constat enim Instrumenta publico Magistratus sigillo corroborata & munita pro publicis Instrumentis haberi

Bartol. Salicet. & Dd. commun. *ad Authent. Si quis. C. de Episcop. audient. c. 7. de probat.* Innoc. *in c. 1. X. de fid. Instrum.* Wesenbec. *Cons. 42. num. 8.* Carpzov. *lib. 3. Resp. 79.* Brunnem. *Cons. 79. num. 26.*

9 Publica vero Instrumenta plenam fidem facere,

arg. l. 18. C. de probat. l. 17. C. & c. 1. X. de fid. Instrum. Cardin. Tusch. *lit. I. concl. 236.*

etiam sine alio adminiculo

Sichard. *ad rubr. Cod. de fid. Instrum. num. 2.*

quinimo inducere ac facere probationem liquidam, patentem, certam, evidentem, evidentissimam ac manifestissimam, s. ut loquuntur Dd. probationem probatam, veritatemque reddere apparentem, in tantum, ut ulteriori non indigeat discussione.

Mascard. *de probat. concl. 905. num. 4.* Joh. Vinc. Honded. *lib. 1. Cons. 23. num. 37. & Cons. 86. num. 1.* Köpen. *dec. 46. num. 3.* Schrader. *tr. feud. p. 2. part. 9. pr. sect. 11. num. 56.*

Et ut, qui publicum pro se habet Instrumentum, dicatur fundatam habere intentionem. 10

Camill. Borell. *in summa decis. tit. 18. de fide Instrument. 93. tom. 2.* Arism. Tepat. *in Epit. dec. tit. 217. de fide Instrum. c. 1.*

Und obwohl Herr Vor-R. horum Instrumentorum Originalium Magistratus sigillo munitorum fidem einiger Massen in Zweiffel ziehen will, geschiehet doch solches vergebens und umsonst. 11

Nam Instrumenta publica a Magistratu sigillo corroborata semper præsumptionem veritatis pro se habent, ex eo enim, quod publica authoritate & fide constant, quam sigilli publici appositio inducit, ceu quæ arguit sigillum apponentem omnia in Instrumento contenta scire, utique semper præsumitur, omnia ita sese habere uti in illis scriptum est.

l. 18. C. de probat. l. 7. C. depos. c. 6. x. de donat. Roland. à Valle *vol. 1. Cons. 9. num. 15. Cons. 61. num. 28.* Joh. Cephal. *vol. 1. Cons. 4. num. 19. Cons. 109. num. 5.*

Imo quodvis Instrumentum publicum juxta veritatis, etiam solennitatis & perfectionis præsumptionem pro se habet, ita ut non tantum verè, sed etiam solenniter & partium consensu perfecte sic actum aut gestum sit, quod in eo continetur. 12

§. 11. & 16. Inst. de inut. stipul. Glossa *in l. 7. §. 12. de pact.* Gœdd. *vol. 1. Cons. Marp. 28. num. 48.* Cothmann. *vol. 1. Cons. 18. num. 2.* Roland a Valle *vol. 2. Cons. 96. num. 11.* Menoch. *lib. 2. præs. 44. num. 2.*

Et ob hanc præsumptionem standum est Instrumento, donec contrarium evidenter ac manifeste probetur. 13

Coler. *de Proc. execut. part. 3. c. 1. n. 61.* Vultej. *vol. 3. Cons. Marp. 19. n. 167. Cons. 35. n. 60.*

Daß aber Herr Vor-R. von den verbliebenen 900 fl. biß dato nichts bezahlt, gestehet er selber, bedarff also keines Beweises.

Nam qui pro se habet confessionem adversarii judicialem, id, quod adversarius ipsius confitetur, probare haud cogitur, sed à probandi onere relevatur. 14

Alciat. *ad l. 20. C. de pact. num. 52.* Cacheran. *dec. 10. num. 3.* Surdus *dec. 10. num. 12.*

habetur enim id pro ipsa veritate, cum ex judiciali confessione adversarii major habea-

tur certitudo, quam ex aliâ quâvis probatione.

Gail. 2. *Obs. 89. num. 6. O. 106. num. 2.* Stephan. Gratian. *discept. for. tom. 3. c. 543. num. 5.* Roland. à Valle *vol. 2. Resp. 35. num. 21.* Joh. de Amicis *Cons. 45. num. 2.*

Weil nun solcher Gestalten der Frau Vor A. ihre Klage nicht nur bestens fundirt, sondern auch zu Rechtlicher Gnüge erwiesen und probirt, so ist zu sehen, ob dann selbige durch des Herrn Vor-R. opponirte Exceptiones elidirt und enervirt sey? Es opponiret aber 15 Herr Vor-R. 1.) Exceptionem metus vorgebend, er sey zu dem Kauff gezwungen, indem man in ihn gedrungen und mit Bedrohung hart an ihn gesetzt, wann er sich nicht zum Kauff resolviren wolle, werde man ihm Hausleute in das Haus setzen, oder es gegen einem Fremden verkauffen, noch ihm einiges Zug-Recht dazu gestatten. Allein es ist nicht gnug, daß man sage, man sey gezwungen, es muß solches auch erwiesen seyn.

Nam vis & metus in dubio non præsumitur, nec nudis assertionibus, sed facti atrocitate demonstrari debet.

l. 9. C. de his quæ vi met. caus.

16 Et sicut ad id, ut actio quod metus causa obtineat, non sufficit vanus metus, sed requiritur metus atrox, gravis, in constantissimum virum cadens,

l. 3. l. 6. ff. quod. met. caus.

qui salutis periculum, corporisque cruciatum, aut fortunarum amissionem continet.

l. 13. C. de transact.

ita pariter & exceptio quod metus causa talem præsupponit.

Bachov. ac Hahn. ad Wesenbec. *tit. quod met. caus. num. 3.*

Dergleichen metus hier von Herrn Vor-R. nicht probirt ist, noch, allem Ansehen und erachten nach, in Ewigkeit wird können erwiesen werden. Und wann gleich könnte dargethan werden, daß er tali metu den Kauff einzuge- 17 hen gezwungen worden, so wäre doch 2.) sothaner metus schon tausendmahl purgirt, per subsequentem consensum, da er die erkauffte Stück willig bis jetzo behalten, genutzt und genossen, auch noch ferner zu behalten begehrt, will er aber die gekauffte Stück behalten, so muß er auch den versprochenen Kauff-Schilling davor bezahlen, und kan sich davon mit dieser Exception nicht liberiren. 2.) Opponirt Herr Vor-R. exceptionem læsionis. Es hat aber 18 mit dieser Exception fast gleiche Bewandtniß, wie mit voriger, denn es ist bis dato von ihm noch keine læsion probirt, wie ihm von Rechtswegen solche zu probiren obgelegen, und zwar wann er was fruchtbarliches erlangen oder erhalten wollte, müßte er læsionem enormem h. e. dimidium excedentem erweisen, und also darthun, daß er mehr als noch einmal so viel für die erkauffte Stück promittirt, als sie werth gewesen, welches er nimmermehr wird præstiren können, so weniger, als Frau Vor-A. sich getrauet darzuthun, daß sie von einem Fremden 100 ja 200 fl. hätte mehr lösen können, vor die gekauffte Stücke.

Constat enim Jure Civili ne omni spe lucri extincta commerciorum usus impediatur & turbetur, neque actione ob quamcunque inæqualitatem concessa Respublica litium multitudine lædatur & obruatur, in commerciis rerum, quæ non habent pretium lege definitum, inæqualitatem, quæ negotiative sine proposito fallendi accidit, usque ad dimidium excedentem læsionem permissam esse. Utilius enim visum fuit modicum excessum vel defectum, si quis sit in pretio sibi invicem indulgere, quam in summa & in dividua æqualitate investiganda immorari & torqueri, nimiamque litigandi materiam tolerare, alioqui vix ulla frequentia, vix ulla fides & stabilitas esset commerciorum. 19

l. 2. l. 8. C. de rescind. vendit. c. 3. & 6. x. de empt. vendit. Frid. Brandis *in Theor. & Praxi l. 2. C. de rescind. vend.*

Wann also Herr Vor-R. nicht ejusmodi enormem læsionem probirt, die er doch nimmer erweisen wird, richtet er auch mit dieser Exception nichts aus. Die dritte und fürnehmste Exception, damit er sich zu schützen vermeynt, ist die Exceptio compensationis, da er ein Hauffen Gegen-Prætensiones macht, wodurch er sich von dieser Schuld, wo nicht in totum, doch à majori ejus parte zu liberiren sucht. Aus solchen Gegen-Prætensionen hat er eine Wiederklag formirt und Fr. Vorklägerin derentwegen reconvenirt 1.) 200 fl. forderend, weil die seelige Eltern seine Frau Schwester nicht nur ihrem sondern ihres seel. Eheherrn Stande und Amt gemäß mit Kleidern, Ring pro 15 fl. und dergleichen, wie auch allerhand Haus-Mobilien reichlich ausgesteuret, benebenst eine köstliche Mahlzeit zwey Tag lang mit zwey Freytafeln samt anderm in 16 oder 18 Tischen ausgehalten, wovon sie denn gleichfalls reichliche Schenckungen gegen 200 fl. erhebt, die Eltern aber dabey einen grossen Schaden erlitten, wodurch R. nicht wenig lædirt, daher er für die mehr als Standsmässige Hochzeit Unkosten und Auslagen die refusion der 200 fl. begehre. Allein wird Herrn Nachklägern zweiffels frey ex jure nostro bekannt seyn, 20 daß den Eltern und insonderheit den Vätern obgelegen sey, die Kinder, wann sie ad nubiles annos gekommen, ehrlich zu verheyrathen und sie pro conditione & quantitate facultatum, nec non dignitate mariti imprimis etiam, auszusteuren und zu dotiren.

l. 7. C. de dot. promiss. l. 19. l. 69. §. 4. ff. de jur. dot.

Deß-

Deßwegen er den seel. Eltern nicht verargen kan, daß sie in Aussteurung und Dotirung seiner Frau Schwester nicht nur auf ihr Vermögen, sondern auch auf ihres seel. Ehe-Herrn Stand und Amt gesehen, gestalten sie es wird von Hertzen erfreuet haben, daß sie die Tochter an einen wackern gelehrten, in einem so schönen Officio publico stehenden Mann verheyrathet, und sich deßwegen destomehr angegriffen, und sie mit Freuden eo liberalius ausgesteuret und dotiret; Was aber in specie die von Herrn Nach-A. angezogene seiner Frau Schwester mitgegebene Kleider anlanget, so ist
21 erstlich unstrittig, daß sowohl die quotidianæ als festivæ vestes, quas filia ante nuptias à Parentibus ex libera ipsorum voluntate accepit, ut eo comptior & ornatior incederet, nicht zu conferiren, partim quia sub alimentis liberis à Parentibus subministrandis continentur, partim quia Pater proprio honori earundem sumptus impendisse videtur, quales conferri non solent.

arg. l. 1. §. 16. ff. de collat.

22 Was aber die vestes nuptiales pretiosas filiæ datas concernirt, so sentiren Unsere Rechtslehrer varie davon, einige statuiren, daß solche in collationem zu ziehen, ita, ut filia elocata tales vestes haud lucrari debeat, quia sunt dotis quædam accessio, & hinc cum ipsa dote conferendæ.

Hahn. ad Wesenbec. *tit. de collat. dot. num. 1.* Carpzov. *p. 3. c. 11. d. 11. num. 5.* & alii.

Andere wollen das contrarium, daß sie nicht zu conferiren, als post

Corasium, Wesenbecium, Gudelinum, Ant. Matthæi *de succes. cap. 17. §. 23.*

23 Wieder andere meynen, es sey prudentis Judicis arbitrio zu überlassen, davon ex circumstantiis zu statuiren, und insonderheit zu considériren annon pro conditione facultatum familiæ ac dignitatis, aliisque circumstantiis filia opus habuerit ejusmodi vestimentis, ut hoc casu etiam à collatione eximantur, subjecta ratione, quod paternæ pietati congruum sit filiam pro ratione familiæ, pro modo facultatum & qualitate status, nec non dignitate sponsi elocare ac vestitu honesto decoratam ad maritum deducere, als

Brunnerus. *de collat. cap. 4. n. 697.*

24 Wir können aber nicht in Abrede seyn, daß die erste Meynung communior und usu receptior sey, daß sie nemlich zu conferiren.

vid. Struv. ad Ant. Matthæi *d. l.* Stryk. *de succes. ab intest. Disp. 11. cap. 4. th. 10. & Diss. de Jure vestiar. cap. 5. n. 36. seqq.*

25 Doch ist ein anders zu sagen, wann de contraria Patris voluntate, quod nimirum hæc vestimenta donata velit, vel aperte, vel ex præsumptionibus, constat. Dergleichen contraria Patris voluntas hier, weil Frau Nach-R. bloß ein taffetnes Kleid von den Eltern zur Hochzeit bekommen, die übrigen ihro aber ihr Ehe-Herr seel. machen lassen, allerdings zu præsumiren, wann der Herr Vater seel. nicht aufgeschrieben was solches gekostet.

Gleiche Bewandtniß hat es mit dem Ring 26
und dergleichen, daß zwar regulariter solche Dinge zu conferiren, es wäre denn, daß ein Ring und dergleichen einer Tochter oder anderm Kind von Eltern gegeben worden, dem künfftigen Eheliebsten zum Mahlschatz oder sonst zu verehren, quo casu man zu dessen Collation gar nicht verbunden.

Nam ut collatio locum inveniat, requiri- 27
tur, ut res conferenda eo tempore, quo Parens fati munus implet, in bonis ad collationem obligati existat, vel existere intelligatur;

l. 6. C. de collat. l. 1. §. 23. l. 2. §. 2. l. 4. ff. de collat.

quodcunque igitur non existit in bonis filiæ, nec ejus dolo vel culpa in illis esse desiit, illud non est conferendum.

dd. ll. Carpzov. *p. 3. c. 11. d. 21. num. 4* ibi: *Sed requiritur maximopere ad collationem, ut bona conferenda adhuc extent nec consumpta sint.* B. D. Lauterbach. *Diss. de collat. dotis.*

Atqui si annulus filiæ datus, ut sponso 28
pro arrha sponsalitia donaretur, & hoc factum esset, annulus iste tempore mortis Parentis non extitisset in bonis filiæ, nec in illis dolo vel culpa ejus esse desiisset, sed volente & consentiente Parente in sponsum filiæ dominium ipsius per donationem translatum esset. Ergò non conferendus, nisi contraria Patris voluntas aperte probata, aut aliud consuetudine loci receptum doceatur.

B. D. Lauterbach. *Diss. de arrha. th. ult.*

Die Ausfertigung und Aussteuer an Mobilien, so Frau Vor-A. und Nach-R. empfangen, wird in der Erbtheilung Nach-A. ersetzt seyn, Krafft Theilungs-Verglichs Lit. E. n. 4. Wo sich Frau Landschreiberin darzu erboten. Was denn die in convivium nuptiale, und zwar auf die zwey Freytafeln verwandte Sum- 29
ptus anbelangt, kommen dieselbe in keine collation, sondern sind davon eximirt, noch von der Tochter dem Bruder zu ersetzen oder zu vergüten.

Partim quod Pater illos sumptus pro honore & existimatione propria fecerit, & inde iniquum sit filiam eapropter ad collationem adstringere, partim & quidem magis ea ex causa, quod filia inde nihil lucrata, qui vero sumptus à Patre facti filiam locupletiorem non reddiderunt, nec in illius bonis tempore mortis Patris extiterunt, haud conferendi.

Hahn. ad Wesenb. *tit. de collat. dot. n. 3.* Carpzov. *p. 3. c. 11. d. 28.*

Andere hier von der Tochter angeführte Rationes und Ursachen zugeschweigen, als daß eine Frey-Tafel von ihrem Eheherrn seel. und dessen Frau Mutter dem seeligen Vater schon gut gemacht, von den Privat-Hochzeit-Tischen aber er, der Vater seel. die Zech völlig eingenommen ꝛc.

30 Was endlich die Hochzeit-Schenckungen betrifft, so sind die meisten von den Cavallieren und vornehmsten Gästen verehret, und nicht in Ansehung der H. sondern der W. Freundschafft offerirt und gegeben worden, die andern Neben-Tisch-Schenckungen haben wenig beloffen, es kan aber Frau Nachbeklagtin ad hæc dona nuptialia, à nuptiarum convivis oblata, zu conferiren nicht adstringirt werden.

Quia lucrum quod ipsa inde pro sua parte accepit, non à Parentibus sed extraneis, convivis scilic. nuptialibus, habet, quippe qui horam donorum dominium ex liberalitate directo in personas desponsatas transtulerunt. E. illa collationi non sunt obnoxia.

Petr. Müller. *de donis nuptialib. cap. 4. §. 1. seqq.*

Woraus also Herr Nach-A. siehet, daß diese seine erste Gegen-Forderung in den wenigsten Stücken gegründet, und ihm hoc nomine fast wenig oder nichts zugesprochen werden möge, weil das Hochzeit-Kleid nur von schwartzem Taffet gewesen, so nicht so sonders ausgetragen, dahero allerdings zu vermuthen, daß des Vaters Wille gewesen, daß sie deßwegen nichts zu conferiren haben, sondern ihro geschenckt seyn sollte, wann er zumahlen eo nomine nichts annotirt.

2.) Fordert Herr Nach-A. vor ein Fuder alten Wein, so der Frau Schwester in die angetretene neue Haushaltung von den Eltern seel. gegeben, 150 fl. ingleichem für ein zugerüstetes Magd-Bett sammt der Bettladen 16 fl. und für eine Kuhe 20 fl. Das erste und dritte stück hat Nach-A. schon bey der Erbtheilung gesucht, da das letzte widersprochen, das erste aber beederseits ausgestellet worden, besage *lit. E. N. 2.3.* Vom dritten ist damahls in specie keine Anregung geschehen, wann also Nach-A. noch erweisen kan, daß seine Frau Schwester diese Stück empfangen, würde sie solche mediante collatione dem Bruder nach Richterlicher Mässigung zu ersetzen, oder zu vergüten schuldig seyn, sie wollte denn erweisen, oder könnte in defectu aliarum probationum, wie sie sich erboten, aydlich behaupten, daß der Eltern Wille gewesen, 31 daß sie solches zu conferiren nicht schuldig seyn, sondern wegen grosser auf den Sohn und dessen Studia verwandter Kosten zum Voraus haben sollten. Denn es zwar an dem, daß die Sumptus in studia & dignitates Academicas impensi de jure regulariter nicht zu conferiren seyn,

per *l. 50. ff. famil. erciſc. l. un. C. de peric. ſucceſſor. Parent.*

Nisi 1.) id ipsum Parentem voluisse ex certis indiciis probetur, vel nisi 2.) filius habeat bona adventitia, quæ Pater administraverit, vel 3.) sumptus sint immodici, quibus ceterorum liberorum legitima imminuta, vel denique 4.) frustra & inutiliter impensi sint. 32

Struv. *Ex. 37. th. 29.* Kremberg. *de sumptib. stud.* B. Collega D. Kurrer *de immun. studior. aliorumque sumptuum à collatione. th. 26. seqq.*

Doch können die Eltern, wann ihnen der Sohn in studiis provehendis viel gekostet, der Tochter wohl dagegen auch wieder ein Vortheil in der Aussteurung, billigen Dingen nach, angedeyhen lassen, daß aber Herr Nach-A. vermeynet, Frau Nach-R. solle die ex dote vierzehen jährige Fructus dagegen rechnen, und diese mit seinen Sumptibus studiorum compensiret werden, so würde diß, wann man hier in casu quodam excepto versirete, daß Herr Nach A. schuldig wäre, die Sumptus studiorum zu conferiren, durchaus nicht angehen, indem bekannten Rechtens ist, 33

quod utut dos sit conferenda, fructus tamen dotis nequaquam in collationem veniant.

Christin. *vol. 1. dec. Belg. 178. per tot.* Vinnius *de collat. cap. 16. num. 10.* Michalor. *de fratrib. part. 1. cap. 21. num. 27.*

perinde ut usuræ dotis conferendæ non præstantur, nisi filia sit in mora.

l. 5. §. 1. de dot. collat. Vinn. Michalor. *dd. ll.* Carpzov. *p. 2. c. 30. d. 19. p. 3. const. 11. d. 14.* ubi responderunt Scabini Lipsienſ. *aber Zins oder Intereſſe davor zu erlegen, iſt ſie geſtalten Sachen nach nicht ſchuldig von Rechtswegen.*

Die 3.) Forderung des Herrn Nach-A. da er prætendirt, daß weil auf dem ihm verkauften Haus, Scheuren, ein Onus von 89 fl. 30 kr. ewig zu verzinsen lige, ihm die Helffte dessen à 44 fl. 45 kr. an dem promittirten Kauffschilling abgezogen werden solle, fällt durchaus hinweg per satis clara verba des Kauff-Brieffs, da es gantz deutlich heißt, daß Herr W. seinem Schwager Herrn H. verkauffe, das ihm ux. nomine erblich angefallene halbe Haus und Scheuren mit sammt denen darauf stehenden und verzinslichen Gülten und Beschwehrden, und sey der Kauff beschehen neben Cedirung und eigenthumlicher Uberlassung des halben Theil Wöhrt-Gartens, so Käuffern erblich zugefallen für und um 1300 fl. quo quid clarius dici queat non videmus, und kan ja daraus ein jeder Ring-Verständiger gnugsam abnehmen, daß Herrn Käuffern das auf dem verkauften halben Haus und Scheuren ligende Onus mit zu übernehmen 34

nehmen angedungen worden, wie es auch von Rechtswegen nicht anders seyn kan.

per *tot. tit. Cod. sine censu vel reliquis fundum comparari non posse.* ibi Brunnemann.

Vor die verkauffte Stück aber hat er versprochen neben Cedirung des ihm erblich angefallenen Wöhrt-Gartens 1300 fl. zu geben, kan also de jure nicht prætendiren deßwegen jetzo etwas an dem Kauff-Schilling abzuziehen.

Deßgleichen geben 4.) die angeführte verba des Kauff-Brieffs klar, daß Herr Nach-A. nullo juris colore prætendire die 110 fl. wofür der mitcedirte halbe Wöhrt-Garten angeschlagen, von den noch restirenden 900 fl. vom Kauff-Schilling abzuziehen; Denn ja in dem Kauff-Brieff gantz klar gesagt wird, daß der Kauff deren verkaufften Stück geschehen neben Cedirung und eigenthumlicher Uberlassung des halben Nach-A. erblich angefallenen Wöhrt-Gartens um 1300 fl. welches so viel ist, als wann gesagt wäre, daß die beede Schwäger dergestalten contrahirt, das Herr W. dem Herrn Nach-A. verkäufflich überlassen, das halbe Haus und Scheuren, den halben Garten in der Authen-Gaß, den halben Theil an Pferden, Wagen, Geschüff und Geschirr, so ihm angefallen, gegen Herrn H. ihm versprochen, erstlich den halben Theil des Wöhrt-Gartens zu cediren, sodann zweytens 1300 fl. zu bezahlen, und davon zwar 400 fl. gleich zur Angabe, die übrigen 900 fl. aber Zielsweyse jährlich mit 45 fl. abzutragen, kan also nullo jure prætendiren, daß die 110 fl. davor der halbe Wöhrt-Gart bey der Theilung angeschlagen, ihn jetzo sollen an den noch schuldigen 900 fl. davor der Schuld-Brieff aufgerichtet, abgezogen werden. Es streitet auch wider diese seine ungegründte Forderung nicht nur allein der Kauff-Brieff, sondern benebenst auch der aufgerichtete Schuld-Brieff, die er als Instrumenta publica wider sich gelten lassen muß, so dann nicht weniger Nach-A. producirte Quittung lit. C.

Nicht besser ist 5.) fundirt seine Forderung, die er wegen des Authen-Gaß-Gartens thut, da er sagt, es sey derselbe in dem Inventario à 3 Viertel Morgen Felds per errorem einkommen, und in regard dessen à 400 fl. angeschlagen worden, wovon jedes die Helffte à 1½ Viertel Felds pro 200 fl. bekommen, worüber Herr Nach-A. die seiner Frau Schwester erblich zugefallene Helffte in besagtem Meß und Anschlag käufflich übernommen, weil sich aber nachgehends der halbe Garten nur ¾ Morgen im Meß erfunden, zumahl auch ohnedem der gantze Gart als nur ½ Morgen zu hoch um 400 fl. angeschlagen worden, als sey billig, daß ihm das ermanglende ein halb Viertel Felds nach Proportion des Anschlags wiederum ersetzt werde mit 66 fl. 40. kr. In Ansehung solches Stück des Authen-Gaß-Gartens ihm weder in einem gewissen Meß, noch in einem gewissen Anschlag, sondern überhaupt per aversionem mit verkaufft, denn in dem Kauff-Brieff weder Meß noch æstimation exprimirt, quam venditionem alias ad corpus factam dicere solemus, deßwegen Verkäuffer und dessen Erben weder vor das Meß noch die æstimation zu stehen.

Re enim ad corpus venditâ, nullâ mensuræ mentione factâ, nec constitutum pretium minuitur si quantitas rei venditæ minor deprehendatur, nec augetur idem si quantitas rei major reperiatur, quam dictum ante fuit, sed utrobique quod deest vel abundat cedit damno vel lucro emptoris, quia non ex modo vel mensura, sed ex corpore certis finibus demonstrato pretium hic æstimatur.

arg. l. 40. §. 2. ff. de contrah. empt. l. 42. de act. empt. B. D. Lauterbach. *de contrah. empt. §. 1. num. 11.*

Was folgende Prætensiones anlangt, da Herr Nach-A. vorgibt, 6.) daß bey der Erbtheilung nacher Horb an Wollen verkaufft worden 68 Pfund pro 18 fl. 20 kr. so sein Herr Schwager allein eingenommen, sey ihm also die Helffte davon zu refundiren mit 9 fl. 10 kr.

7.) Daß der Hauptfall von gesammter Erbschafft für die seelige Mutter bezahlt worden mit 14 fl. 32 kr. dieweil aber selbe durch ein jähen Tod abgefordert worden, und solche Tod-Fäll frey seyn, seynd die deßwegen bezahlte 14 fl. 32 kr. in des seel. Herrn Schwagers Landschreiberey-Rechnung als indebite bezahlt unter den Abzugs-Posten wieder verwiesen, und in der Rests-Erläuterung von Hochlöbl. OO. Hof-Cammer per Abzug passirt worden, woran ihm Nach A. gleichfalls die Helffte zu ersetzen mit 7 fl. 16. kr.

8.) Daß er seinem Herrn Schwager in Anno 1676. die ihme erblich zugefallene neben andern vorher gehabten zusammen 11 ⅝ Morgen Acker mit zwey Arten über Sommer bauen lassen, davor er fordere 16 fl. 41. kr.

9.) Daß er von Anno 1678. biß 1694. bey denen für ihre Eltern gehaltenen Jahr-Tägen für Gottesdienst und Wachs bezahlt in allem 32 fl. 26 kr. woran seiner Frau Schwester die Helffte zu bezahlen gebühre mit 16 fl. 13 kr.

10.) Daß er in die Landschreiberey an alt Eberlinischen Restanten bezahlt und gut gethan 16 fl. 56 kr. daran treffe seiner Fr. Schwester die Helffte mit 8 fl. 28. kr.

11.) Daß er seiner Frau Schwester pro anno 1997, 98, 99, 1700, 1701. mit bauen und fahren abverdienen lassen 51 fl. 26 kr.

Hat es mit denenselben insgesammt die Beschaffenheit, daß sie von Herrn Nach-A. zu Rechtlicher Gnüge probirt und theils besser, als beschehen, liquidiret oder specificiret werden müssen, wann er ein solches wird gethan haben, und Frau Nachbeklagtin alsdann wider den

36 Beweiß und Liquidation nichts Rechtbeständiges wird einwenden können, so wird sie selbige müssen entrichten, vorher aber können sie als illiquid Herrn Nach-A. durch Urtheil und Recht nicht zugesprochen, folglich auch mit keinem andern liquiden Post vorher compensirt werden.

Nam ut prætensum aliquid debitum cum alio debito compensari queat, requiritur, ut sit certum ac liquidum perinde ut alterum, ita ut aperto jure nitatur.

§. 30. Inst. de act. l. fin. §. 1. C. de compensat.

atque de illo quid, quale ac quantum sit constet vel ex adversarii confessione, vel ex re judicata vel ex celeri probatione

d. l. fin. §. 1. C. de compens. Hahn. ad Wesenbec. *de compensat. num. 7. in fin.*

illiquidi ergo cum liquido nulla est compensatio.

d. l. fin. §. 1. C. de compensat.

12.) Den Post der Funeral-Kosten der in Herrn Nach-A. Diensten gestorbenen alten Magd Agnes, so bey den Eltern schon lang gedienet gehabt, und deßwegen von denselben beeden Geschwistrigen zur Versorg und Verpflegung recommendiret worden, concernirend, will sich Frau Nach-R, darzu, der Ursach, nicht verstehen, weil sie selbige nach der Eltern Tod zu sich nehmen und verpflegen wollen, Nach-A. aber sie ihro nicht lassen wollen, sondern sie vor sich behalten, daß sie ihme gehauset, und ihm also viel Jahr ohne Lohn gedienet, daher er sie auch von Rechtswegen ex naturali obligatione antidorali begraben zu lassen schuldig, bey deren Beschaffenheit Frau Nach-R. zu concurrirung der Funeral-Kosten, Unsers Ermessens, nicht condemnirt, sondern vielmehr davon absolvirt werden muß.

37 Was endlich 13.) die geforderte 250 fl. anbelangt, welche er damit verdient zu haben vermeynt, daß er seiner Frau Schwester über 12 Jahr bedient gewesen, mit Liquidirung und Richtigmachung ihres Herrn seel. Landschreiberey-Zollerisch- und Bauren-Rechnungs-Rests, &c.

So wird billich von Frau Nach-R. dieser starcken Forderung halber eine Specification seiner Verrichtungen, mit Benennung der Zeit, so er damit zugebracht, gefordert. denn dergleichen General-Forderung vor Verdienst nicht angenommen werden kan.

Cum petitio tantæ pecuniæ summæ ac quantitatis adeo magnæ & notabilis pro præstitis operis nimis generalis sit, hinc minime admittenda, sed omnino justissimè desideratur & exigitur, ut præstitæ operæ non ita modo in folle sub nube obscurè exprimantur, sed quævis exhibitæ operæ sigillatim specialius, apertius cum adjectione dierum, qui iis impensi designentur ac describantur, ut inde constare queat quantum temporis iis impensum & quales fuerint operæ indeque judicium de promerita mercede vel honorario ferri possit, quia quilibet administrator ac negotiorum gestor suæ administrationis rationes reddere debet, non autem in folle tantum, neque in sacco, neque sub nube, neque sub involucro, sed quibuscunque negotiis gestis sigillatim & in specie descriptis, cum intricata sub folle reddita ratio non sit ratio.

ut *per l. 10. §. 2. ff. de edend.* recte docet Escobar. *de ratiocin. cap. 10. n. 44.* Cothmann. *vol. 3. Resp. 8. num. 57.* ubi dicit administratorem debere omnia per singulas partes declarare, quid, unde, ex quo facto, ex qua causa, quo die, à quo &c. acceperit, cuique nominatim dederit. add. Paul. Christin. *vol. 3. Dec. 162. num. 2.* ubi hanc non esse rationem dicit, si quis in genere & in summa affirmaret se tantum accepisse & tantum expendisse & si liber rationum in folle sine distinctione & expressione personarum, quantitatis, causæque dati & accepti scriptus sit, non solum non admittendus, cum taliter rationem reddens non dicatur illam reddere, verum etiam contra talem circa parcellas intricatas & difficilis intellectus juramentum in litem locum invenit, juxta Escobar. *d. cap. 10. num. 49. 50.* 38

Und demnach Herr Nach-A. bezeugt, daß er keine solche Specification begreiffen könne, weil er nichts aufgeschrieben, so gibt er damit 39
nicht undeutlich zu erkennen, daß, was er gethan, er aus purer Freundschafft, brüderlicher Liebe, und Treu gethan, auch nie kein animum gehabt für dasselbe ichtwas zu fordern, und diß jetzo nur aus Neid fordere, da die Frau Schwester das ihrige suchet, so ihr von GOTT und Rechtswegen gebühret, deßwegen er nicht meritirt mit dieser Forderung gehört zu werden, sondern ist die Sach bey einem ihm von ihro schöpffenden Recompens dafür billich zu lassen, als worzu sie sich selbst erbietet. Denn als einen Mercedem kan Herr Nach-A. die 250 fl. nicht fordern,

Quia locationem conductionem de illis operis pro certâ ista mercede 250 fl. præstandis cum sorore iniisse, nunquam probare poterit.

So kan er sie auch nicht als ein Honorarium verlangen und begehren, quia constat Honorarium tunc demum exigi posse, si illud, & quidem certum, sit promissum, conditione certi nimirum, si illud promissum sit stipulatione, vel actione mandati contrariâ, si pacto contractui in continenti adjecto ejus promissio facta sit, 40

l. 56. §. penult. ff. mand. arg. l. 24. l. 25. §. 1. l. 26. §. 1. depos.

vel

vel denique extraordinaria perſecutione, ſi pacto ex intervallo addito illius promiſſio facta.

l. 7. ff. mand. l. 1. C. eod.

Cæterum ſi nullum honorarium, vel incertum, promiſſum ſit, ejus nomine nihil peti poteſt.

d. l. 56. §. pen. ff. mand. l. 17. C. eod. B. D. Lauterbach. *ad tit. ff. mand. §. 1. num. 6.*

41 Niſi conditio mandatarii aliud ſuadeat, ut ſi ſit talis perſona, quæ non ſolet gratuitam operam præſtare, ſed officium aliquod, tanquam artificium lucri vel potius ſuſtentationis ſuæ cauſa exercet.

l. 1. §. 1. §. 10. l. 4. ff. de extraord. cognit. B. D. Lauterbach. *d. l.*

in quali conditione Dn. Haſenfelder tum non conſtitutus.

42 Erſcheinet alſo aus bißher deducirten, daß theils dieſer von Herrn Nach-A. formirten Gegen-Forderungen gar nicht fundirt, von denen Frau Nach-R. gäntzlich zu abſolviren, theils aber, ſo irgend mit Recht geſagt werden könnten, ehe ſie adjudicirt werden mögen, vorher liquidirt und probirt werden müſſen, daher ſelbige mit Frau Vor-Klägerin liquiden, durch zwey Inſtrumenta publica Rechts-begnügt probirten Schuld nicht können compenſiret werden, und das iſt auch die Urſach, warum hier dermahlen, ob gleich ſonſt wohl ſoll und vflegt Klag und Gegen-Klag, wann dieſe zumahl ante vel ſtatim poſt litem conteſtatam inſtituirt iſt, ſimultaneo Proceſſu ventilirt, und una eademque ſententia zugleich terminirt oder decidirt zu werden, ſelbiges in den illiquiden Poſten nicht geſchehen kan, ſondern Frau Vor-A. ihre liquide Schuld muß zuerkannt werden, Herrn Nach-A. Wieder-Klage aber in den noch beſſer zu probiren und liquidiren habenden Puncten ausgeſetzt werden, biß er ſolche Rechtsgebührend probirt und liquidirt, Frau Nach-Beklagtin auch über ſolche beſchehene Probation und Liquidation gehört und vernommen ſeyn wird.

43 Nam reconventio in primordio litis vel in continenti poſt eam inſtituta cum conventione quidem regulariter ſimul proſequenda & expedienda, ac utraque cauſa eodem tempore una ſententia decidenda, ſi tamen prius de una liqueat quam de altera, judex ſeparatim ſuper liquida pronunciare poterit, iniquum enim foret cauſam liquidam retardari aut impediri & ſuſpendi per illiquidam

l. 21. ff. de reb. crēd.

44 Æquitati igitur convenit, ut ſuper liquida ſententiam ferat Judex, eamque executioni mandet, ſuſpenſa interim illiquidâ, donec & illa liquidata fuerit.

Foller. *in addit. ad Marantha. diſtinct. 6. num. 8.* Joh. Andreæ *in addit. ad ſpeculat. de reconvent. §. 4. num. 5.* Fr. Burſat. *vol. 1. Conſ. 106. num. 4.* Stryk. *vol. 2. Diſp. 16. de reconvent. cap. 5. §. 7.* Umm. *de Proceſſ. Diſp. 10. num. 21. in fin.*

Welches hier ſo mehr obtiniret, als aus allen Umſtänden hervorleuchtet, daß dieſe Reconvention bloß die Condemnation zu retardiren inſtituirt, und ohnedem offenbar iſt, daß doch Frau Vor-A. Schuld die geringe in der Wieder-Klag mit Rechte geſuchte Poſten, wann ſie probirt und liquidirt werden können, in quantitate weit übertrifft, und alſo in minima tantum ſumma per compenſationem aufgehoben werden wird, geſtalten forderiſt der Frau 45
Vor-A. Capital 900 fl. iſt, ſo dann können zwar aus den conſtituirten Zielern jedes Jahrs vor der Zeit, da ein jedes hätte ſollen gezahlt werden, keine Zins gefordert werden,

Quia eo usque fides de quaqua ſumma ſuo termino ſolvenda habita, cujus habitæ fidei effectus eſt, ne emptor intra terminum ei datum ad uſuras ſolvendas obligetur, non ſolum quia nulla mora ab eo eſt commiſſa, ſed etiam quia dilatio voluntate venditoris eidem eſt conceſſa, quapropter regulariter emptor, cui fidem de pretio habuit venditor, ad uſuras pretii intra datam dilationem non ſoluti haud tenetur, etiamſi res vendita de ſui natura ſit frugifera v. gr. domus, ager, niſi ab initio ſtatim expreſſe aliud fuerit conventum.

Covarruv. *lib. 3. var. reſol. c. 4. num. 5.* Joh. Brunnemann. *ad l. 5. C. de act. empt. num. 2.*

Aber ſo bald Vor-R. und Nach-A. ein je- 46
des Ziel verflieſſen laſſen, ohnbeſchehende Bezahlung, (die er thun ſollen ohn einige Anmahnung, weil eines jeden jährlichen Ziels geſetzter Zahlungs-Tag ihn pro venditore angemahnet, juxta

l. 12. C. de contrah. ſtipul. ex qua Dd. commun. hanc regulam deducunt, quod certus conventione ſtatutus ſolutioni dies pro creditore debitorem ad ſolvendum interpellet)

Iſt er in mora geweſen, und von der Zeit 47
des ohnbezahlten Ziels Zinſen ſchuldig worden, welche alſo der Frau Klägerin ebenmäßig zugeſprochen werden müſſen.

Si enim ſolutio ſortis ex contractu b. f. debitæ fuerit per pactum in partes & annos diviſa, certo conſtituto die, quo quotannis certa ſortis portio ſolvenda, licet de uſuris

usuris nihil dictum, nihilominus rectè & licitè eædem ex commissa mora peti atque exigi poterunt, ita, ut à cujusque termini die, quo in certæ partis sortis solutione cessatum fuerit, illius partis non solutæ usurarum cursus incipiat,

arg. l. 40. ff. de reb. credit. ibi Brunnemann. *junct. l. 31. ff. de usur.*

48 Cum debitor pecuniam certo, definitoque tempore non solvens in mora constituatur, quæ in b. f. negotiis & judiciis ac in specie in actione empti usurarum solvendarum causa est, quamvis expressa creditoris interpellatio non intervenerit, quia hic mora sit in re, quæ ex solo tempore tardatæ solutionis contrahitur

l. 5. C. de act. empt. l. 3. C. in quib. caus. in integro restit.

cum præfixi temporis lapsus æque ac in aliis in diem obligationibus pro homine satis interpellet.

l. 12. C. de contrah. stipulat. l. 77. ff. de verb. oblig. l. 23. ff. de oblig. & act. Müller. *de pecun. statis temporibus solvenda. th. 13.* Rebhan. *Disp. de vendit. ad credentiam. th. 40.*

Wird solchem nach in dieser Sache folgende Urtheil, so wir den Rechten und der Sachen Beschaffenheit gemäß erachten, auch selbst im Fall obhabenden Richterlichen Amts zu publiciren kein Bedencken tragen wollten, den Partheyen zu eröffnen seyn.

Urtheil.

49 IN Sachen Rechtens sich haltend zwischen Frau Anna Catharina W. Herrn Rudolph W. Landschreibers seel. nachgelassener Frau Wittiben mit Beystand ihres Gerichtlich-zugeordneten Kriegs-Vogts, Vor-Klägerin und Nach-Beklagtin Eines, entgegen und wider Herrn Frantz H. Burgermeistern Vor-Beklagten und Nach-Klägern andern Theils, wird forderist der von Seiten des Herrn Vor-Beklagten eventualiter beschehene Beschluß in den liquiden Posten ex officio vor pur angenommen, und ferner auf Klag, Antwort, und all ander Gerichtliches Fürbringen, nach respective gethanem und angenommenem Recht-Satze, genommenem Bedacht und gehabtem Rath, mit Urtheil zu Recht erkannt in Conventione, daß Vor-Beklagter der Frau Vor-Klägerin die geklagte 900 fl. sammt denen à tempore moræ verfallenen Zinsen zu bezahlen schuldig und verbunden seyn solle. In Reconventione wird forderist der von Seiten Frau Vor-Klägerin und Nach-Beklagtin beschehene Beschluß in den illiquiden Posten ex officio rescindirt, und wann Herr Nach-Kläger und Vor-Beklagter sie in so weit Spruchs und Forderung zu erlassen nicht gemeynt ist, bleiben selbe biß zu von Herrn Nach-Klägern beschehener bessern Liquidation und Probation ausgesetzt, in denen übrigen liquiden Posten der Nach-Klage aber wird Frau Nach-Beklagtin von Herrn Nach-Klägers angestrengten Klage hiemit absolviret, die Unkosten werden benebens beederseits aus Bewegniß gegen einander compensirt und verglichen.

Warum wir in vorstehender Urtheil die expensas compensirt, ist leicht abzunehmen ex traditis 50

Carpzovii *p. 1. c. 31. d. 29. & in Proc. tit. 24. art. 1. num. 65.*

Welches wir also, salvo semper melius sentientium judicio, zu verlangter Rechtlichen Belehrung dienstlich nicht verhalten wollen.

Actum in Collegio nostro d. 17. Aug. 1703.

CONSILIUM CXXIII.

CUJUS

Quæstio Prima : De Jure Uxori, omnia ea, quæ ipsi, in pactis dotalibus, sub expressa hypotheca, sunt constituta, ante omnes alios Creditores deducendi, concesso : Secunda vero, de Hærede, cum Inventariis beneficio hæreditatem adeunte, ultra vires illius non obligando, agit.

SUMMARIA.

Introitus sub num. 1.

2. & 3. Usufructuarius omnium Bb. licet defuncti proprietarii æs alienum hæreditarium, ipsum non concernat, nihilominus tamen pati tenetur, illud ut ante omnia solvatur.

4. Bona nostra non intelliguntur, nisi ære alieno soluto.

5. Uxor cui per pacta dotalia certa portio constituitur, pro singulari successore habetur.

6. Quod quidam ad portionem statutariam pariter applicant.

7. Hinc non gaudet jure accrescendi.

8. Nec augmentum nec decrementum bonorum ipsam concernit.

9. Ideo non obligatur Creditoribus hereditariis.

10. Nihilominus impedire nequit, quominus æs alienum ante omnia solvatur.

11. Nec portionem ipsi ex pacto præstitutam prius deducere valet.

12. Quid & de statutaria portione dicendum.

13. Licet sint debita ante pacta dotalia.

14. Vel post illa contracta.

15. Hinc etiam Legatarii & fideicommissarii debitis hæreditariis cedere tenentur.

16. Ratio hujus.

17. Pariter liberi ante omnis æris alieni solutionem, nec alimenta nec legitimam petere valent.

18. Quid dicendum, si, exsoluta jam portione, in pactis dotal. determinata, æs alienum emergat?

19. Ratio adducitur, cui in substrato uxori, ante omnia alia debita, portionem in pactis dotalibus ipsi determinatam, deducere, sit licitum.

20. & 21. Constituta in pactis dotalibus hypotheca expressa quem insignem habeat effectum primo?

22. Secundo?

23. 24. & 25. Quæ applicantur ad casum propositum.

26. Publica & quasi talis hypotheca privatæ præferuntur.

27 & 28. Bona fideicommisso familiæ obnoxia nullo modo alienari possunt.

29 & 30. Secus si illi, qui sunt de familia in hujusmodi alienationem consentiant.

31 usque 36. Respondetur ad contraria superius adducta.

37 & 38. Effectus beneficii Inventarii quis?

39. Hæres cum Inventario est & manet verus hæres.

40. Perpetua tamen ipsi datur exceptio, ne ultra hæreditatis vires teneatur.

41. Adducitur ratio, cur hæres in substrato ea, quæ viduæ in pactis dotalibus sunt promissa, ipsi exolvere teneatur.

1 ALs uns Decano und übrigen Doctoribus der Juristen-Facultæt bey gemeiner Hochfürstl. Würtembergischen Universitæt Tübingen, eine Species Facti zugesandt, um darüb, und in specie die derselben angehängte zwey Fragen Unser Rechtliches Gutachten zu ertheilen, so haben wir nicht ermangelt, solche dem Verlangen nach zu Bezeugung Unserer schuldigsten Dienstgefliessenheit und Beförderung der lieben Justiz gleich unter Handen zu nehmen, und in versammletem Collegio darüb behörige Deliberation sorgfältig zu pflegen, da wir Uns denn verglichen, wie folget :

Und zwar was forderist die

Erste Quæstion :

Ob die Frau Wittib Herrn Friderich M. von F. nicht berechtigt sey, dem klaren Buchstaben der Pactorum dotalium nach, die Helffte der Mobilien vor allen Dingen hinweg zu nehmen, ehe die Schulden abgetragen, und die Creditores befriediget seyen?

belanget, so möchte es zwar anfangs ein starckes Ansehen haben, ob wäre die hinterlassene Frau Wittib des seeligen Herrn Rittmeisters M. von F. keines Wegs befugt die Helffte der Mobilien hinweg zu nehmen, ehe die Schul- 2

den bezahlet, und die M. Creditores befriediget seyn. Denn obwohl in den Pactis Dotalibus *art. 8.* versehen, daß sie mit den einnehmenden und ausgebenden Schulden nichts zu thun, noch sich darein zu mischen haben solle, so hats doch nicht das Ansehen, daß sie deßwegen befugt seyn sollte, die Helffte der Mobilien vor bezahlten Schulden wegzunehmen, denn der Usufructuarius omnium bonorum hat auch nichts zu thun mit dem ære alieno hæreditario des defuncti proprietarii, nichts destoweniger muß er doch leiden, daß zuforderist von dem Vermögen, dessen Usufructuarius er seyn soll, so viel weggenommen werde, als zu Bezahlung der Schulden vonnöthen, und hat alsdann, wann alle Schulden bezahlt, das Uberbleibende nur zu nutzen und zu niessen. 3

arg. l. ult. de usufruct. Carpzov. *lib. 1. Resp. 104.* Sand. *lib. 5. dec. Frisic. tit. 3. def. 1.* Joh. Heeser *de bonor. commun. part. 2. Loc. 23. num. 34. seq.*

Auf gleiche Art darff zwar die M. Frau Wittib die Schulden nicht zahlen, noch sich darein mischen, doch scheint sie verbunden zu seyn, so lang in Ruhe zu stehen, mit Hinwegnehmung der Helffte der Mobilien, biß die Schulden zuvor gezahlet seyn,

Quia nec immobilia nec mobilia bona nostra intelligi queunt, nisi quæ ære alieno deducto ac soluto supersunt. 4

l. 39. §. 1. ff. de verb. signif.

Und ob gleich, wann per Pacta dotalia der Ehefrauen nicht die Universal-Succession deferiret, sondern allein ein gewisses von Gütern bestimmt wird, so sie von des Manns verlassenem Vermögen haben und wegnehmen solle, selbe nur pro successore singulari gehalten wird. Gleichwie dieselbe auch nur pro successore singulari gehalten wird von einigen in portione statutaria, weil sie sothane portion nicht hereditario jure, sondern ex speciali legis vel Statuti beneficio empfangt, 5 6

Hartmann. Pistor. *p. 1. quæst. 31. num. 8. seq.* Mevius *ad Jus Lubec. part. 2. tit. 2. art. 12. num. 242. 246.* Sed vid. B. Dn. Collega D. Bardili *Disp. de Portione Statut. Conjug. th. 39.* ubi de Jure nostro Wirtenbergico contrarium constitutum docet.

Deßwegen auch alsdann des Juris accrescendi sich nicht prævaliren kan, 7

Mevius *d. l. num. 252. & 299. seq.*

noch sie das Augmentum aut Decrementum bonorum post mortem contingens ichtwas angehet, sondern den Erben zu Nutzen oder zu Schaden kommt. 8

Mevius *d. l. num. 298. seqq.*

Daher ferner per bonam consequentiam fließt, daß auch hoc casu die Ehefrau ex tali pacto dotali den Creditoribus hereditariis ihrer habenden Forderungen halber durchaus nicht obligiret sey, ne quidem pro rata in illo promissa. 9

l. 72. de jur. dot. Mevius *d. l. num. 244. seq.*

So muß sie dennoch dißfalls nicht destoweniger geschehen lassen, daß das æs alienum vor allen Dingen deducirt und abbezahlet werde. 10

arg. l. ult. C. de hered. act. ibi Brunnemann.

quo quippe deducto demum bona intelliguntur.

l. 39. §. 1. de V. S. l. 8. §. fin. l. 9. ff. de legat. 2.

Und kan vorher die ihr bestimmte Portion ex pacto nicht fordern, noch wegnehmen. 11

Mevius *p. 9. dec. 62. num. 4. 5.*

Gleichwie sie auch vorher nicht die portionem statutariam prætendiren kan. 12

Carpzov. *p. 3. c. 20. d. 46.* ibi Goswin. ab Esbach. Mevius *ad J. L. p. 2. t. 2. art. 12. num. 245.* Richter *de Success. ab intest. sect. 4. membr. 4. num. 27.*

Welches nicht nur angehet in denen Schulden, die vor dem Pacto dotali gemacht seyn, & quoad creditores anteriores, ceu quorum jus per ejusmodi pactum interverti nequit, 13

per l. 25. C. de pact. l. 114. §. 14. de legat. 1. Mevius *p. 5. dec. 260.* Carpzov. *p. 2. c. 12. d. 28.*

nec ipsis invitis auferri potest.

Knipschild *de fideicomm. fam. nobil. cap. 6. num. 240.*

sondern auch statt findet in den debitis post pacta nuptialia demum contractis. 14

Carpzov. *d. l. def. 29. 30.*

Cum nec portio Statutaria, cui Pacta dotalia surrogantur, tali casu aliter debeatur.

Coler. *p. 1. dec. 62. num. 12.* Modest. Pistor. *lib. 1. q. 2. num. 2.*

Nec Legatarii & fideicommissarii particulares, (qui tamen tacitam hypothecam in bonis testatoris habent. 15

§. 2. Inst. de legat. l. 1. C. commun. de legat.)

Legata ac fideicommissa sibi relicta prius consequi valent, quam si omnibus creditoribus hereditariis etiam simplicibus sive nudis & meris Chirographariis ex asse satisfactum sit, nec prius pro ipsis ab ipsa lege introducta hypotheca suum sortitur effectum

B. D. Lauterbach. *Disp. de separat. cap. 6. §. 2.* Carpzov. *p. 1. c. 28. d. 117. n. 4.* Brunnemann. *ad l. 1. C. commun. de legat. num. 9.*

ex illa evidenti æquitatis ratione, quod satis absurdum sit, creditoribus jus suum cum suspirio prosequentibus legitimum auxilium denegari, iis verò, qui de lucro captando laborant, paratas Leges accommodari 16

juxta l. ult. §. 5. C. de jur. delib.

Imo

17 Imo nec Liberi ante omnis æris alieni à defuncto obærato Parente contracti solutionem, alimenta & quæ materialiter considerata, eodem cum illis jure censetur, ipsam etiam legitimam petere possunt, licet & illa & hæc sint juris naturæ.

l. 4. de agnosc. & alend. lib. 1. 8. §. quarta. ff. de inoffic. testam. Carpzov. *p. 1. c. 28. d. 157.* ibi Esbach. ac ab hoc allegati.

18 Hinc si exsoluta jam portione in pactis dotal. Determinata æs alienum emergat, succedens Conjux pro rata accepta tenebitur, non creditoribus ipsis, sed hæredi, qui quod amplius ita alter conjugum accepit, tanquam indebitè solutum rectè repetit.

arg. l. ult. §. 5. C. de jur. delib. l. ult. C. de hered. act. ibi Brunnem. Mev. *ad J. L. p. 2. t. 2. art. 12. n. 245.* Carpz. *p. 2. c. 20. d. 46.* Stryck. *de Succeff. ab indeft. Disp. 8. cap. 5. n. 30.*

19 Dessen allen jedoch unerachtet halten wir beständig dafür, daß seel. Hr. Rittermeister Mosers Fr. Wittib wohl berechtiget sey die ihr in den Pactis dotalibus bestimmte Helffte der Mobilien, die Morgen-Gab und anders vor den bezahlten Schulden, damit sie, nach klarem Tenor der Ehe-Pacten, nichts zu thun, noch sich darein zu mischen haben solle, hinwegzunehmen; Und das insonderheit aus der Ursach, weil ihr Ehe-Herr seel. ihro wegen des, was sie aus den Pactis dotalibus haben und empfangen soll, worunter hauptsächlich die Helffte der Mobilien, die Morgen-Gab ꝛc. mit der expresse constituirten Hypotheck prospicirt, und ihr zu mehrer Versicherung seine künfftig-zufallende Vätterliche Erbs-Portion und eigenthumliche Güter, so viel dazu vonnöthen, hypotheciret, in welche Verschreibung, besage der Pactorum dotalium, nicht nur ihres seel. Ehe-Herrn Hr. Vatter, Hr. Obrist-Lieutenant Moser von Filseck eingewilliget, sondern selbe auch sein jetztmaliger Erb, Herr Hauptmann Carl Sigmund von Zigesar per subscriptionem approbirt, und sich vi *Num. 2.* darzu ausdrücklich in dem zu Hailbron den *31. Jan. 1701.* aufgerichteten Recess gegen ihn obligirt, nachdem der Hr. Vatter und respect. Schwäher dem verstorbenen Herrn Sohn und Hrn. Hauptmann von Zigesar seine Fideicommiss-Güter gegen eine jährliche Pension, Abfertigung der andern Kinder, und Bezahlung der von ihm drauf gemachte Schulden, völlig cedirt, und vor eigen überlassen, im Fall Hr. Rittmeister Moser vor dem Hrn. Vatter ohne eheliche Descendenten Mann- oder Weiblichen Geschlechts versterben solte, wie jetzo geschehen, sein Antheil Fideicommiss mit dem drauff hafftende Onere und Obligation anzunehmen.

Deren in den Ehe-Pacten expresse constituirten Hypotheck notabler Effect und Würckung erstlich dieser ist, daß wann sonst die Pacta dotalia ihrer Art und Eigenschafft nach hätten retractirt und widerruffen werden können, sie wegen der darinn constituirten expressen Hypotheck, und mittelst deren gegebenen Versicherung, um alles dasjenige, was darinn bedungen und abgeredt worden, steiff und fest zu halten, die Natur erlangt, daß sie nimmer retractirt werden mögen, sondern schlechter Dingen gantz unwiderrufflich worden, und also stricte und præcise in allen Stücken und Puncten müssen adimplirt werden.

21 Singularem hunc pignoris aut hypothecæ in Pactis dotalibus pro majori illorum assecuratione & implemento fideliter præstando, expresse constitutæ effectum esse, quod Pacta hæc ipsa, licet hereditariam Conjugum succession pro objecto habeant, & sic ex notoria ultimarum voluntatum natura liberrimæ cujuslibet revocationi obnoxia forent, ob illam ipsam iis expresse insertam hypothecam omnino diversam induant naturam, & quoad omnia & singula eorundem contenta, articulos & puncta prorsus irrevocabilia evadant, quod igitur iis conventum in Conjugum præsertim favorem, præcise sit adimplendum, nec ulla ratione infringi queat, pluribus probat

Dn. Collega D. Harpprecht. *Disp. de Pignore in Pactis dotal. constituto, ejusque effectibus. th. 19. seqq.*

22 Zweytens wircket und macht diese in Pactis dotalibus expresse und specialiter constituirte Hypotheck, daß die Ehe-Frau deren zu mehrer Sicherheit des ihro in den Ehe-Pactis verschafften per conventam & expressam constitutam hypothecam prospicirt ist, pro creditrice hypothecaria muß gehalten werden, und das Jus prælationis also nicht nur vor andern simplicibus creditoribus habe, sondern sich dessen auch a tempore constitutæ hypothecæ ebenmäßig gegen andere, die nach solcher Zeit ein Hypotheck erlangt, in allweg erfreuen könne, ja wann der Wittib Hypotheca publica, oder quasi publica, trium nempe testium omni exceptione majorum subscriptione confirmata, ander Creditorum Hypotheca aber nur privata ist, hat sie den Vorzug, ob sie gleich tempore posterior, ob qualitatem & modum constitutæ hypothecæ. Quemadmodum hoc ipsum prolixe iterum probat

D. Collega D. Harpprecht. *d. Disp. th. 34.*

23 Diß nun ad casum præsentem zu appliciren tragen wir im geringsten keinen Zweiffel, daß nicht Hn. Rittmeisters Mosers hinterlassene Frau Wittib ob expresse ipsi in Pactis dotalibus constitutam hypothecam optimo maximo jure befugt seyn solte, sich der mit ihres Herrn Schwähers Hrn. Obrist-Lieutenant Mosers, und Schwagers Hrn. Hauptmann Ziegesars, als künfftigen Successoris ihres Ehe-Herrn, Genehmhaltung in den Ehe-Pactis ausdrücklich constituirten Hypotheck zu prævaliren, daß sothane Pacta inviolabiliter gehalten, den-

denselben in allen in hunc, qui contigit, casum concipirten Articuln sancte und stricte nachgelebt, und also ihro punctatim dasjenige, was ihr seel. Ehe-Herr mit seines Hrn. Vatters und Schwagers Belieben, nach des Reichs-Adels in Schwaben und Francken Gewohnheit, ihro nach seinem Tod verabfolgt und præstirt haben wolten, verabfolgt und præstirt werde, um so mehr, als dieselbe nicht
24 de universali successione disponiren, sondern nur certam bonorum partem deferiren, also nicht in vim ultimæ voluntatis, sondern in vim contractus gemacht, folglich sua natura irrevocabilia & religiose servanda strictequeimplenda seyn, wann gleich keine Hypotheck darinn constituirt wäre. Nachdem sie aber zu mehrer Gewißheit von ihrem seel. Ehe-Herrn durch eine ausdrückliche Verpfändung der ihm zufallenden Vätterlichen Erbs-Portion und eigenthumlichen Gütern wegen der in den Pactis dotalibus ihr bestimmten Helffte der Mobilien, der Morgen-Gabe und andern ihr gegönneten Vortheile, mit des Hrn. Vatters und künfftigen Successoris Genehmhaltung, versichert worden, erlangt. Sie ergeben Recht krafft der Hypoteck die Helfft der Mobilien, die Morgen-Gab ꝛc. vor allen gemeinen Schulden ohn einigen Anstand hinweg zu
25 nehmen: Solten dann mehr andere Creditores seyn, die auch mit Hypothecken versehen wären, würde zu considerirenseyn, ob sie auf des seel. Rittmeisters Mosers frey-eigenthumliche, beweg- und unbewegliche Güter, oder auf die mit dem fideicommisso familiæ afficirte bona versichert wären; In jenem Fall könte die ihnen constituirte Hypotheck ratione objecti Bestand haben, wann sich sonst kein ander Defectus erreugnete, und würde alsdann auf den modum und ad tempus constitutæ hypothecæ zu sehen, und darnach de prioritate zu judiciren seyn, indem bekandt,
26 quod publica vel quasi publica trium testium subscriptione munita hypotheca privatæ præferatur.

l. 11. C. qui potior. in pign. ibi Brunnem.

Si autem ratione qualitatis & modi constitutæ hypothecæ nulla sit differentia, collocentur ex tempore, ita, ut prior posteriori præferatur.

l. 2. l. 7. l. 8. C. qui pot. in pignor.

27 Im letztern Fall da sie auf die Fideicommiss-Güter versichert, wirds davon dependiren, ob der andern Creditorum Hypotheck, gleichwie der Wittib ihre, mit Genehmhaltung des Hrn. Vatters und des Schwagers constituirt sey oder nicht, ist sie nicht mit deren Genehmhaltung verschrieben, so ist sie nicht gültig noch kräfftig,
28 quia bona fideicommisso familiæ obnoxia uti non vendi, alioque titulo alienari, sic nec oppignorari possunt absque consensu eorum de familia, quorum potissimum interest.

l. fin. C. de reb. alien. non alien. l. fin. §. 2. & Authent. seq. C. commun. de legat. Peregrin. de fideicommiss. *art. 40. n. 118.* Fusar. *de substit. fideicomm. q. 78. n. 2.* Knipschild. *de fideicommiss. famil. nobil. c. 11. n. 52.*

Und können demnach auch sothane Hypothecarii Creditores der Fr. Wittib nicht vorgezogen werden, sondern sie hat das Jus prælationis vor ihnen, weil ihre Hypotheck wegen deren vom Hrn. Vatter und Hrn. Schwager beschehene Genehmhaltung in allweg zu Recht kräfftig und beständig, so wohl in den Fideicommiss- als freyen eigenthumlichen Gütern. 29

per tradita laudati Knipschildii *d. cap. 11. n. 379.* ubi probat validam omnino esse oppignorationem & alienationem bonorum fideicommisso familiæ subjectorum, si qui sunt de familia in eam consentiant *per l. 120. §. 1. de legat. 1. l. 1. C. de fideicomm. Nov. 159. pr. & cap. 3.* 30

Halten demnach nochmalen beständig dafür, daß die Moserische Fr. Wittib wohl berechtiget sey, die ihr in Pactis dotalibus sub constituta expressa hypotheca bestimmte Helffte der Mobilien, die Morgen-Gabe ꝛc. vor andern abgetragenen Schulden und befridigten Creditoribus, gleich ihrem eingebrachten hinweg zu nehmen. Und können sie daran nicht behindern, die 31 oben in contrarium angeführte Rationes dubitandi, dann dieselbe anschlagen würden, wann in den Pactis dotalibus pro securitate illius ihro keine Hypotheck ausdrücklich constituirt worden wäre, da hätte sie in allwege in Ruhe stehen müssen mit Hinwegnehmung der Helffte der Mobilien, der noch unbezahlten Morgen-Gabe ꝛc. bis die Schulden abgetragen und die Creditores befridiget worden wären; Jetzo aber da sie wegen des, was ihr in den Pactis dotalibus assignirt, specialiter auf die anfallende Vätterliche Erbs-Portion und eigenthumliche Güter mit des Hrn. Vatters und Schwagers Wissen, Willen und Belieben versichert, und ihro solche deswegen ausdrücklich hypothecirt worden seyn, hat es propter conventam & expres. ipsi constitutam hypothecam in securitatem eorum, quæ in Pactis dotalibus conventa, nur eine gantz andere Beschaffenheit, und gehet sie Fr. Wittib jetzt als selbst auch eine Creditrix hypothecaria quasi publicam hypothecam habens andern Creditoribus simplicibus und Hypothecariis privatis ac posterioribus billig vor, per deducta in rationibus decidendi & per ea quoque quæ, tradit

Dn. Stryck. *de Success. ab Intest. Diss. 8. cap. 5. n. 31.* ubi præmissis plerisque his, quæ in dubitandi rationibus adduximus, subjungit, secus omnino esse 1. si speciali privilegio prælatio Conjugi tribuatur, uti de Archi-Episcopatu Magdeburgico asserat & præjudicio firmet Dn. Herold. *de jur. repræsent. cap. 1. concl. 2. n. 72.* & de Pomerania Mev. *p. 7. dec. 129.* 2. Si Conjuges de expressa hypotheca sibi prospexerint ratione 32

portio-

portionis in dotalibus Pactis promissæ, ac bona eo nomine expresse obligarint. Carpzov. *p. 1. c. 28. d. 91.* Ord. Proc. Elect. Saxon. *tit. 43. §. So viel das gegen Vermächtniß &c.* Noviss. Decis. Elect. Sax. *72.* ubi de Comestibilibus & sponsalitia largitate disponitur. Qui textus quamvis tantum de lucris viduarum nobilium & de feudis loquantur, nil tamen obstare dicit, quo minus & idem juris de omni lucro Pactis dotalibus promisso, etiam in allodiis, & inter ignobiles, genere, tam quoad uxorem, quam quoad maritum, in casu hypothecæ expressa conventione constitutæ statui debeat.

33 Thut auch nichts zur Sach, daß die Legatarii und Fideicommissarii particulares gleichfalls tacitam & legalem hypothecam in bonis testatoris haben, dannoch aber auch die nudi chirographarii Creditores vor ihnen bezahlt werden. Denn von solcher, der Legatariorum Hypotheck sich nicht läßt argumentiren ad hanc naturam, quia hypotheca illa duo hæc habet singularia 1. quod non præferatur Creditoribus testatoris

Carpz. *p. 1. c. 28. d. 117. n. 4. 5.*

2. quod inter hæredes dividatur.

l. 1. in fin. C. commun. de legat.

Cum alias jus pignoris sit individuum.

l. 65. de evict.

Unde eodem irregularis plane & anomala vocatur,

Merlin. *de pignor. lib. 3. tit. 1. q. 14. n. 86.* à qua igitur ad hanc naturam inferre ac concludere minime licet.

34 Weniger vermag diß etwas, daß die Kinder weder die Alimenta noch die Legitimam fördern können, ehe und bevor alle Vätterliche Schulden bezahlet seyn; Denn de Legitima ist bekandt, daß selbe ihnen titulo hæredis Institutionis muß verlassen werden.

Nov. 115. c. 1.

35 Seynd also quoad illam hæredes, müssen demnach quatenus hæredes sunt auch pro quota & rata in Bezahlung der Schulden concurriren. Was aber die Alimenta anlangt, ist es damit also bewandt, daß selbe ante æris alieni solutionem obærati Debitoris liberis nicht gebühren noch gereicht werden, teste

Richter. *de Jurisp. & privil. cred. cap. 1. pag. 51. seq.*

36 Es ist aber davon kein Schluß zu machen auf diß, was hier der Fr. Wittib in Pactis dotalibus bestimmt, und zwar sub expresse conventa hypotheca, als dieselbige nicht haben.

Die andere Frage ist:

Ob nicht der Moserische Erb ab intestato Hr. Carl Sigmund von Zigesar, wann gleich dessen Vorgeben gegründet, daß er der angefallenen Erbschafft sich anders nicht, als cum beneficio Legis & Inventarii unterzogen, mithin er ultra vires hereditatis nicht gehalten, dennoch de Jure schuldig und gehalten, qua heres, die Creditores, wann gleich des Verstorbenen Vermögen sich so weit nicht erstreckte zu contentiren, hingegen die Wittib ihren in Pactis dotalibus versehenen Wittums-Unterhalt, ihr eingebrachtes, die Helffte der Mobilien, oder wo solche von ihm successore distrahirt, das Pretium davor, item die Morgen-Gab ex communi Massa des Erblassers voraus zu begehren befügt sey?

Welche mit wenigem zu berühren, wir nicht sehen können, wie der Moserische Erb ab intestato Hr. von Zigesar, wann es sich in der That befindet, daß er die ihm angefallene Erbschafft cum beneficio Legis & Inventarii angetreten, schuldig und gehalten seyn solte, qua heres, die Creditores, wann gleich des verstorbenen Erblassers Vermögen sich nicht so weit erstreckte, dennoch zu contentiren, denn wann er dazu angehalten werden wolte, würde er der Wirckung des ihm à Lege gegebenen beneficii beraubet und privirt, contra Legis tenorem & dispositionem, welches unbillig und unverantwortlich wäre. 37

Effectus enim beneficii Inventarii in eo consistit, quod tribuat exceptionem heredibus, qui secundum formam & modum à Justiniano præscriptum repertorium rerum hereditariarum seu Inventarium confecerunt, ne ultra hereditatis vires ab illis aliquid exigatur. 38

l. fin. §. 4. C. de jur. delib. §. 5. Inst. de hered. qualit. & differ.

Quamvis enim heres cum Inventario etiam verus sit heres & in universum jus defuncti succedat. 39

Struv. *Ex. 27. th. 24.*

Ex Constitutione tamen Imp. Justiniani nobilissima & æquissima ipsi datur perpetua exceptio, ne aliquid ultra vires hereditatis ab illo exigatur. 40

d. tx.

Quæ exceptio paratam quoque impedit executionem.

Berlich. *p. 1. concl. 84. n. 70.* Zanger. *de except. p. 3. c. 26. n. 102.*

Daß aber die Moserische Fr. Wittib ihren in Pactis dotalibus versehenen Wittums-Unterhalt, samt dem Eingebrachten, weil es also in den Ehe-Pactis specialiter bedungen, 41

vid. Carpzov. *p. 2. c. 42. d. 3. n. 9.* Stryck. *de cautel. contract. Sect. 3. c. 8. n. 27. 28.*

die Helffte der Mobilien, oder wo solche von ihm Successore distrahirt, das Pretium davor, item die Morgen-Gab ex communi Massa des Erblassers vor andern simplicibus,

imo & aliis posterioribus, imo & prioribus Hypothecariis Creditoribus, qui tantum privatam hypothecam maxime sine consensu futuri Successoris in bonis fideicommisso familiæ obnoxiis acceperunt, zu begehren befugt sey, ist bereits bey der vorgehenden Quæstion probirt, darzu vermuthlich das Vermögen sufficient seyn wird, und ist zu deren Entrichtung Hr. von Zigesar so mehr verbunden, als er sich vermög des zwischen ihm und dem Defuncto auch allerseitigen Befreundten *sub dato d. 31. Jan. 1700.* aufgerichteten Pacti Successorii ausdrücklich obligirt, die Helffte der hinterlassenen Moserischen Güter anders nicht als cum onere und obligatione sich zu unterziehen, da man ohne Zweiffel insonderheit auf diß Onus und gethane Versicherung der Frau Wittib wird reflectirt haben. Welches wir also, salvo semper melius sentientium Judicio, zu verlangter Rechtl. Nachricht dienstlich nicht verhalten wollen.

Actum in Collegio d. 6. Sept. 1703.

Decanus und andere Doctores der Juristen Facultät bey gemeiner Hoch-Fürstl. Würtembergischen Universität zu Tübingen.

CONSILIUM CXXIV.

DE

Hæredibus, ad reiteratas rationes à defuncto, & quidem subsequuta Principis approbatione absolutione, ut & judiciali transactione, jam jam redditas, non amplius obligandis.

SUMMARIA.

Introitus sub num. 1.

2. usque 19. Adducuntur rationes per modum succinctæ relationis exactis, ob quos hæredes defuncti de hujus rationibus officialibus in substrato non amplius respondere teneantur.

α) Successorem debitis ab Antecessore in Officio contractis illaqueare Juri & rationi contrariatur.

β) Nemo quippe alterius facto prægravandus est.

γ) Periculo tamen quæstoris ab Officio discedentis exactionem successor facere debet.

δ) Econtrario Successoris labores Antecessor certo stipendio ex æquo & bono sublevare tenetur.

20. Administratore mortuo, hæredes, rationes ejus expungere, obligati sunt.

21. Ex quo illa, quæ contra ipsum administratore competit, actio, adversus hæredes instituti potest.

22. Quod tamen valde notabiliter limitatur.

23. Ratio hujus limitationis.

24. 25. & 26. Rationes semel vere ac perfecte redditæ examinatæ & excussæ ad novum examen regulariter revocari nequeunt.

27. Semel redditarum rationum allegatio & probatio, excludit dispunctionis iteratæ petitionem.

28. Ratio hujus.

29. Rationes semel redditæ inprimis hoc in casu reiterari nequeunt, si absolutio & quietatio intervenit.

30. Modo perfecte sit reddita ratio.

31. Quando hoc factum dicatur?

32. Quod applicatur ad casum propositum.

33. Rationes semel perfecte redditæ afferunt jus quæsitum, quod nec à Principe ex plenitudine potestatis sine manifesta injuria adimi potest.

34. Ista siquidem potestatis plenitudo ad malum & injuriam aliorum extendi non debet.

35. Boni namque Principis officio non convenit, alteri jus suum quæsitum auferre.

36. Rationes quo in casu, licet quoque quietatio intercesserit pro non redditis habeantur.

37. Fraudis interventio in rationibus non præsumitur.

38. Multo minus in substrato.

39. 40. & 41. A subdito Saxonico quando possit appellari ad Cameram vel Jud. Imp. Aulicum.

42. In casu præsenti ob cessantem appellationem, per nullitatis querelam causa Cæsareæ Jurisdictioni subjici potest.

43. Vel per querelam denegatæ Justitiæ.

44. & 45. Administrator, ad rationes reddendas, sæpius se offerens, liberatur, quando per eum cui reddendæ, stetit, quo minus redditæ sint.

46. Prædicta regula quando inprimis locum habeat?

47. Quod applicatur ad casum propositum.

1 ALs uns Decano und übrigen Doctoribus der Juristen Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Würtembergischen Universität Tübingen vorstehende Facti Species mit Beylagen à Lit. A. bis Lit. M. zugesandt worden, um darüber, und insonderheit über die deroselben angehengte Fragen unser ohnpartheyisches Gutachten zu erstatten; So haben wir nicht ermangelt selbige, so bald es anderer unter Handen gehabten Amts-Geschäfften halber seyn können, unter die Hand zu nehmen, mit Fleiß zu durchgehen, und gebührend zu erwegen, darauf im versammletem Collegio von der Sache nach Nothdurfft zu deliberiren, und haben in reifflich gepflogener Consulation einmüthig davor gehalten, daß die vorgelegte Quæstiones zu beantworten, wie bey einer jeden absonderlich folget. Und zwar so viel forderist

Die erste Frage:

concernirt:

Ob des Cammer-Verwalters, Johann Christian Krämers nachgelassene Wittib und Erben in die neuerliche Commission sich ein- und des ihnen und ihrem Erblasser in so vielfältige Wege judicialiter & extrajudicialiter zugewachsenen Juris quæsiti vel ex plenitudine potestatis oder in andere Wege entsetzen zu lassen gehalten oder nicht? Und im Fall sie ein solches einzugehen nicht schuldig, gleichwohl von Fürstlicher Herrschafft deswegen Gewalt leiden müßten, wo und an welchem Ort auch auf was Art und Weise sie ihr Recht zu suchen, und auszuführen?

2 Können wir diese, quoad prius membrum, unsern obhabenden Pflichten nach, Justitia & veritate unice præ oculis habita, anders nicht resolviren, denn daß seel. Cammer-Verwalters Johann Christian Krämers nachgelassene Wittib und Erben keinesweges schuldig und gehalten, sich in die neuerliche Commission ein- und des ihnen und ihrem Erblasser in so vielfältige Weiß und Wege judicialiter & extrajudicialiter zugewachsenen Juris quæsiti, vel ex plenitudine potestatis Principalis, vel alia quacunque ratione entsetzen zu lassen.

3 Anerwegen, nach gnädigst in Anno 1680. mit den zwey Brüdern Johann, und Johann Christian Krämern vorgenommener Dienst-Veränderung, ein jeder seine halb-jährige Stück-Rechnung über seine bis dahin beschehene Einnahme und Ausgabe der Gefälle stellen, und zu Hochfürstl. Römhildischer Renth-Cammer zur Abhör, Revision und Justification eingeben müssen, so der damalige Renthmeister Bachove durchgangen, da sich befunden, daß der gewesene Stiffts- und Hospital-Verwalter nachgehends aber gewordene Amts-Vogt Johann Christian Krämer in seiner seinem Bruder und Amts-Successori völlige Satisfaction gegeben, der gewesene Amt-Schreiber und hernach wordene Stiffts- und Hospital-Verwalter Johann Krämer aber in seiner Stück-Rechnung ein zimlichen Rest an Geld und Früchten laut *Lit. A.* verblieben, welchen er Johann Krämern seinem Bruder und Amts-Successori nicht nur allein zu gewehren, sondern auch wann bey künftiger genauerer Examination und Justificirung der gantz jährigen Rechnung ein und anderer Post, so in der Stuck-Rechnung begriffen, abfallen oder in Veränderung kommen solte, gleichfalls dafür zu stehen, und entweder klar zu machen, oder zu erstatten, sich durch eigenhändige Subscription obligiret, besage *d. Lit. A.* 4 Und weil er mit solcher Rest-Liquidation nicht eingekommen, ist ihm von Fürstl. Cammer d. 11. Maji 1683. noch ein Terminus von 2. Monathen darzu gegeben, und beditten worden, daß man in weiterm Verzögerungs- und Nicht-Einbringungs-Fall solchen Rest an ihn suchen werden. 5

6 Wie er aber demselben doch nicht nachgekommen, hat der Bruder Johann Christian Krämer obigen des Bruders Gewehrschaffts-Rückstand in seine Rechnungs-Einnahm bringen, und wider alles protestiren aus des Bruders halben Jahrs-Rechnung und der seinigen eine gantze Jahrs-Rechnung verfertigen, mithin seinen liquidirten halb-jährigen Rechnungs-Uberschuß mit seines Bruders Retardat wider alle Billigkeit confundiren und verstecken müssen.

7 Welche zusammen getragene Jahrs-Rechnung von Michaëlis 1680. bis dahin 1681. neben noch vier gantzen Jahrs-Rechnungen, von Michaelis 1681. nemlich bis dahin 1685. von ihm als Amts-Vogten gestellet, ob sie gleich von Hrn. Rentmeister Bachoven examinirt und defectirt, doch lange Zeit nicht gar abgehöret worden, bis endlich An. 1689. auf 8 sein inständiges Anhalten dem Hrn. Rath und Amtmann Wagnern zu Röhmhild und Herrn Secretario Gottern zu Themar, jetzo Rath zu Gotha, gnädigst Commission aufgetragen worden, die von Michaëlis 1680. bis dahin 1685. verführte Amts-Vogtey-Rechnungen mit Fleiß zu durchgehen, nach des gewesenen Rentmeisters Bachovs bereits gezogenen und examinirten Defecten zu ändern, einzurichten, richtig zu calculiren, und zu justificiren, so sie befohlener Massen gethan, und befunden, daß 9 in die Rechnung von Michaëlis 1980. bis dahin 1681. der gewesene Amtschreiber, nachgehends Stiffts- und Hospital-Verwalter Johann Krämer nicht nur obberührten *Lit. A.*. notirten Geld und Getrayd-Rest, sondern noch weiter den *Lit. E. & F.* specificirten Rest darzu seinem Bruder Johann Christian Krämern, als der beede

beede Resten für ihme Gnäd. Herrschafft entrichtet, wie gantz klare besagt *Lit. D. E. & F.* gut zu thun und zu gewähren schuldig, so er Johann Krämer selbst nicht widersprechen können, doch aber hat er dem Bruder deswegen keine Satisfaction gegeben, sondern ist darüber verstorben.

10 Dahero Johann Christian Krämer, der die Resten Gnäd. Herrschafft vor seinen Bruder bezahlen müssen, laut Hochfürstl. Quittung *Lit. G.* genöthiget worden, auf seines Bruders Erb- und Verlassenschafft einen Arrest zu suchen, den er auch erlangt, und deswegen geraume Zeit zwischen diesem und jenes Bruders Erben der Bezahlung halber Process geführt worden, der dahin ausgangen, daß die Erben des Johann Krämers durch Urtheil und Recht condemnirt wurden, dem J. Christ. Krämern die Zahlung des für ihren Erblasser entrichteten Rests cum
11 Interesse zu thun, welche Urtheil zwar geläutert, die Leuterung aber nicht prosequirt, sondern durch einen Verglich vor die Forderung 850. fl. accordiret, und solche mit einem Häußlein und Schuld von 300. fl. abgetragen worden. Dabey es bis in Annum 1699. verblieben, da der eine Johann Krämerische Erbe, Johann Schuarth, jetztmaliger Burgermeister zu Römhöld, de novo litem resuscitirt, und condictionem wider Johann Christian Krämern instituirt, allein mit seinem widerrechtlichen Suchen durch abermalige Urtheil abgewiesen, worwider er zwar leuterando einkommen, doch sothane Läuterung auch wider desert werden lassen;

12 Ohnerachtet nun inzwischen alle vorbesagte Amts-Vogtey-Rechnungen per Commissionem vor Hochfürstl. Renterey zu Gotha zu allem Uberfluß nochmals durchgangen, calculirt, und richtig befunden worden, wie aus der Sr. Hochfürstlichen Durchleucht zu Sachsen-Römhild erstatteten unterthänigsten Relation *Lit. H.* zu ersehen, hat sich gedachter Schuarth doch denuo unterstanden, bey höchst-ermeldt
13 Sr. Hochfürstlichen Durchl. durch gewissen Vorschub eine abermalige Commission auszuwürcken, welche die hiebevor abgehört und zum zweyten-ja drittenmal bereits revidirte, durch Quittungen, auch aufgerichteten Verglich, in welchem die Amts-Vogtey-Rechnungen von Anno 1681. bis 1685. nominatim mit begriffen, docente Lit. *I.* justificirte Rechnungen, anderwärtig defectiren und examiniren solle, darzu der Gemeinschafftliche Rath und Rentmeister Hr. Lucius und Hr. Cam-
14 mer-Commissarius Wagner zu Gotha, der obige des Johann Krämers halb-jährige Stück-Rechnung selbst gefertiget, den darüber aufgerichteten Cammer-Recess selbst stylisirt, und hiernächst Johann Krämern und seinen Erben, als nahen Bluts-Freunden, contra Johann Christian Krämern (dessen Haupt- und Ertz-Feind er bis in jenes Tod verblieben) operosissime bedient gewesen, Befehl erhalten.

Welche Commission jedoch ersitzen geblie- 15
ben, und derentwegen nichts ausgefertigt worden, bis öffters ermeldter Joh. Christ. Krämer darüber seel. Todes verblichen, nach dessen Tod jetzo seine hinterlassene Wittib und Erben gedrungen werden wollen vor solcher Commission ihres Ehemanns und Vatters Amts-Vogtey-Rechnungen von An. 1681. bis 1685. nochmals defectiren und examiniren zu lassen, beneben die Forst-Rechnungen von Michaëlis 1680. bis 1685. so bey Fürstl. Cammer sich nicht befinden, einzusenden, ohnerachtet solche nicht der Amts-Vogt, sondern selbmaliger, jetzo in Altenburg noch lebende, Hr. Ober-Forstmeister von Geißmar geführet, und davor zu stehen hat.

Woraus von selbst gleich klar erscheinet, daß 16
wider alle Recht und Billigkeit beedes des Joh. Christian Krämers Wittib und Erben zugemuthet werde, und sie von Rechts wegen durchaus nicht schuldig, noch gehalten, mehr Red und Antwort zu geben, wegen der von ihrem seel. respect. Mann und Vatter ab Anno 1681. bis 1685. geführte Amts-Vogtey-Rechnungen, als die auf gnäd. Fürstl. Befehl in seinen 17
Leb-Zeiten, da er von allem, was darinn enthalten, selbst Red und Antwort geben können, weil er von allem Wissenschafft gehabt, zum zweyten-ja drittenmal von ehrlichen, aufrichtigen, darauf specialiter beeydigten und der Sachen verständigen Fürstlichen Bedienten, deren fides & integritas niemalen in dubium vocirt worden, abgehört, durchgangen, calculirt, defectirt, examinirt, durch beygelegte Quitungen justificirt, revidirt und approbirt, auch weil der Rechnungs-Steller seines Antecessoris gesetzten, unliquidirten und ohnbezahlten Rest in seine Einnahm bringen, und ersetzen müssen, (ohn daß er solches zu thun schuldig gewesen,

Juri enim & rationi contrarium est suc- (α
cessorem in officio debitis ab Antecessore contractis illaqueare,

l. 23. C. de Decur. ubi Imp. Julianus rescribit, non cogi posse Decurionem noviter creatum, ut solvat debita ab Antecessore contracta, nec ipsum conveniri posse, si prædecessor susceptorem minus idoneum constituerit, licet prædecessor ipse teneatur. Unde Brunnemannus *ad d. tit. 131.* colligit, facitque hanc regulam: Successorem in officio & dignitate non teneri ad debita prædecessoris, meminitque Joh. Heeser. *in locis commun. de rationib. reddend. loc. 2. n. 87.*

Multis aliquando disputatum fuisse: An (β
quæstor sive ærarii receptor nomina ab Antecessore non exacta exigere & suis rationibus inferre cogatur? & respondet: Iniquum hoc esse, haud abs re alieni videri, cum nemo alterius facto prægravandus sit, ac non nisi

suæ

ſuæ adminiſtrationis ratio ab adminiſtratore exigatur.

l. 1. §. officio. ff. de tutel. & ration. diſtrah. Lud. Roman. *Conſ. 414. n. 1.* Carpzov. *l. 5. R. 74. n. 3.*

γ) Concluſum tamen fuiſſe dicit, periculo quæſtoris ab officio diſcedentis ſucceſſorem exactionem facere debere, per tx.

l. 35. ff. de admin. & per. tut. Carpzov. *p. 2. c. 11. d. 24. n. 4.* Hartm. Piſtor. *lib. 1. qu. 49. n. 7.* Jac. Döpler. *in getreuen Rechnungs-Beamten. part. 2. cap. 20. n. 44. ſeqq.*

♪) anteceſſorem vero ex æquo & bono ſucceſſoris labores certo ſtipendio ſublevare teneri, tandemque ſubjicit, quod ſi ſucceſſor autem nomina ab anteceſſore contracta agnoſcat, illorum periculum in ſe transferat.

per *l. 44. ff. de admin. & per tut.*)

den von ihm bezahlten Reſt cum intereſſe an
18 ſeine Erben wieder geſucht, und durch Urtheil und Recht erhalten, davon ſie zwar Leuteration geſucht, ſolche aber in ipſo irrotulationis termino fallen laſſen, und ſich ratione quanti mit dem Actore gerichtlich verglichen, auch daſſelbe wircklich entrichtet, und als nachmals der Erben einer litem reſuſcitiren wollen, derſelbe denuo durch Urtheil abgewieſen worden.

19 Deswegen jetzo des Joh. Chriſtian Krämers Wittib und Erben mit keinem Schein Rechtens angehalten werden mögen, ihres ſeel. Ehemanns und Vatters abgehörte, calculirte, examinirte, juſtificirte, toties revidirte, allzeit juſtbefundene, und approbirte Rechnungen wiederum einem neuen Examini, bey einer durch Schwenck und Renck ausgewürckten Commiſſion, zu ſubmittiren, Red und Antwort zu geben von dem ſo ihnen unbekandt, und längſt mit ihrem ſeel. Mann und Vatter abgethan, der deswegen durch Fürſtl. Hand und Siegel auf erſtatteten glaubwürdigen Bericht quitiret und liberiret, noch ulla ratione ſchuldig erachtet werden können, ſich der daher, und aus den erfolgten Urtheilen, die vorlängſt in rem judicatam erwachſen, und aus den darauf errichteten gerichtlichen Verglichen, erlangten Juris quæſiti wider ihren Willen zu begeben, und ſich ſothane Rechnungen halber bey der von Schuarten erpracticirten Commiſſion de novo einzulaſſen.

20 Nam etſi Adminiſtratore mortuo heredes ejus obligati quoque ſint rationes Patri ſui vel alterius, cui ſucceſſerunt, expungere.

l. fin. C. de hered. tut. l. 3. §. 7. ff. de negot. geſt. Munnotz. de Eſcobar *tr. de ratiocin. cap. 3. in fin.* Brunnemann. *ad l. 20. C. de Epiſcop. & Cler.* verſ. *tertio etiam.* Carpzov. *dec. 75. n. 1. 6. & lib. 5. R. 69. n. 3.* Berlich. *dec. 160. n. 19.* Jac. Schulteſ. *ad Mod. Piſtor. qu. 126. n. 9. 10. 11. ſeqq.*

Adeo, ut contra eosdem ad hoc ea ipſa 21
detur actio, quæ adverſus Adminiſtratorem pro rationibus reddendis competebat

Jac. Schulteſ. *ad Mod. Piſtor. d. qu. 126. n. 34.* Tiber. Decian. *vol. 3. Reſp. 94. n. 22.* Jac. Döpler. *d. tr. p. 3. cap. 2.*

Attamen hoc fallere dicunt communiter, 22
ſi Adminiſtrator ſæpius ſe ad reddendas rationes obtulit, & eum, cui reddendæ ſunt, ad videndum, calculandum, & examinandum easdem admonuit, per ipſum vero, cui reddendæ erant, ſtetit, quo minus redderentur, tum enim ejusmodi rationes pro redditis haberi volunt.

Maſcard. *de probat. concl. 1256. n. 13.* Joh. Cephal. *Conſ. 8. per tot.* Jac. Schulteſ. *d. l. n. 130.* Brunnemann. *cent. 2. dec. 2.* Jac. Döpler. *getreue Rechnungs-Beamte. p. 3. cap. 3.*

Quia experientia docuit, docetque, re- 23
periri dominos, qui ſegnius recipiunt rationes à ſuis receptoribus aſtu & calliditate quadam, ut eos ſemper obligatos habeant, vel mortuorum relictis Conjugi & liberis imponere, & aliquid detrahere facile queant, teſte

Paul. Matth. Wehnero *voc. Rechnung.* & laudato Jacobo Döplero *d. tr. p. 2. cap. 13. n. 16.* ubi tamen addit, *daß ihnen dieſe* Practica *nicht allemal vortheilhafftig hinaus ſchlage.*

Juxta quam doctrinam & ſententiam bis pronunciatum nec non à Facultate Juridic. Marpurgenſi reſponſum fuit apud

Richter. *dec. 13. n. 24.* Conf. Ferrar. *in Pract. inform. libelli ad reddendas ration. tut. voc. debitam rationem n. 2.* Hect. Felic. *de ſociet. cap. 37. n. 3. ſeqq.* ubi late docet, ſi per eum ſtetit, cui ratio reddenda erat, ne redderetur, adminiſtratore mortuo, ipſius heredem ulterius non obligari. Menoch. *Conſ. 988. n. 7.* Munnotz. de Eſcobar *de ratiocin. cap. 5. n. 95.* Tamen Adminiſtratori rationibus reddendis obſtricto contra dominum detrectantem examinare rationes ejus hanc ſuggerit cautelam ut petat arbitrum pro excutiendis rationibus, ſicque ſibi & filiorum ſeu heredum ſecuritati conſulat. *arg. l. 53. ff. de judic. l. fin. C. de uſur. pupill.* Heſer. *de rationib. reddend. loc. 1. n. 128. ſeqq.* Jac. Döpler. *d. c. 13. n. 1. ſeqq.*

Iſt nun dem alſo, daß eines Adminiſtrato- 24
ris heredes nicht ſchuldig Rechnung in ihres Erblaſſers Namen zu thun, und deswegen Red und Antwort zu geben, wann der defunctus Adminiſtrator öffters angemahnet und erinnert

hat die Rechnung von ihm anzunehmen und zu dispungiren, derselbe aber, der sie annehmen
25 sollen, in mora gewesen sie abzuhören; Wie viel weniger sind die Erben eines Administratoris die Rechnung ihres Erblassers, so er wircklich abgelegt, justificirt, von specialiter dazu beeydigten, der Sachen wohl-erfahrnen, von dem Herrn darzu deputirten Calculatoribus calculiren, examiniren, nicht nur ein- sondern zwey-dreymal revidiren lassen, allemal aber just und recht erfunden, deswegen approbirt, und er derenthalben auch quitirt und völlig liberirt worden, nochmals von neuen nach seinem Tod dispungiren zu lassen, da sie von nichts mehr wissen oder wissen können, weil der Herr ihres Erblassers Gestellte und abgehörte Rechnungen samt den Urkunden schon lang in seinen Handen gehabt.

26 Nam rationes semel vere ac perfecte redditæ, examinatæ ut excussæ regulariter ad novum examen revocari repetique non possunt, nec Administrator ipse si semel ita rationem reddit, ad calculi repetitionem & novum examen compelli potest aut debet, quanto minus heredes ejus poterunt?

l. 2. C. de apoch. publ.

27 Semel enim redditarum rationum allegatio & probatio est deiterata dispunctione petitionis exclusio, ut ait

Bartol. *in l. fin. ff. de pact. per l.* quamvis. *32. ff. de condit. & demonstr.* Mev. *Cons. 107. n. 6.* Montan. *de tutel. cap. 38. n. 118.* Chassan. *ad Consuet. Burgund. tit. des Enfans. §. 6.* vert. *d' en rendre compte.* Menoch. *d. J. Q. cas. 207. n. 39.* ubi observandum hoc esse dicit, quod semel rationibus redditis atque calculatis denuo nemo sit urgendus ad iterum reddendas ad calculendas rationes. Sequitur Escobar. *de ratiocin. cap. 41. n. 1. 2.* Jac. Schultes. *ad Mod. Pistor. q. 126. n. 62.* Joh. Aloys. Riccius *collect. dec. 1915. & dec. 3128.* Arismin. Tepat. *Compend. Decis. part. 3. tit. 489. c. 4.* Marta. *Neapol. digest. noviss. tom. 1.* verb. *rationum redditio cap. 9. per tot.* Besold. *Thes. Pr.* voc. *Vormunder.* vers. *Tutor qui fuit liberatus.* ubi dicit hanc esse communem scribentium sententiam. Klock. *vol. 3. Cons. 1169. n. 12.* ubi vult rationibus semel probe redditis atque calculatis, ad evitandam litium infinitatem, & ne rationes efficiantur immortales, denuo administratorem urgeri non debere ad reiterandum calculum. Jacob. Döpler. *in getreuen Rechnungs-Beamten. part. 3. cap. 1. n. 1. seqq.*

Ratio dictæ conclusionis est, quia rationes redditæ, subsecuta imprimis Principis vel Magistratus aut judicis approbatione vel liberatione, habent præsumptionem rectæ compositionis & justi verique examinis pro se, ideoque contrarium asserenti incumbit probatio. 28

Floretz. Diaz. de Mena *lib. 1. q. 15. n. 4.* Roland. a Valle *vol. 1. Cons. 49. n. 50. 56.* Escobar. *de ratiocin. c. 41. n. 28.* Döpler. *d. l. n. 7.*

Quodque dictum est, rationes semel redditas non esse reiterandas, eo magis obtinet & fortius stringit, quando una cum calculatione intervenit absolutio seu liberatio, quietatio vel pactum de non contraveniendo vel transactio aut simile quid, tum enim multo minus Administrator rursus molestari & ad rationes denuo reddendas urgeri vel adigi potest. 29

Mascard. *de probat. concl. 1256. n. 15.* Joh. Aloys. Riccius *d. l.* ubi ita judicatum refert. Joh. Cephalus *Cons. 192. n. 12.* Menoch. *A. J. Q. de cas. 209. n. 27.* Jac. Schultes. *ad M. Pistor. d. q. 126. n. 64.* Carpz. *l. 5. R. 69. n. 10.* Montan. *de tutel. cap. 38. n. 123.* ubi dicit, hoc casu prætextu solius erroris haud exigi posse iteratam rationum redditionem, id quod sequitur Riminald. Jun. *Cons. 484. n. 51.* Jac. Döpler. *d. l. h. 9.* Mev. *Cons. 107. n. 110.* ex quibus ille ait, si præter calculationem subsecuta fuerit quietatio & promissio de solvendo residuo, non posse esse locum ulteriori calculo. Quod si vero hoc ita tum obtinet, quanto minus locum inveniet rationum reiteratio, si rationibus redditis residui solutio per judicis sententiam, ut hic, injuncta, & prævia judiciali transactione actu jam facta & secuta sit?

Prædicta omnia plane sunt extra dubium, si perfecte ratio fuerit reddita. 30

per *l. 2. C. de apoch. publ.* ubi Bartol. Brunnemann. Wesenbec. *Cons. 143. n. 15.*

Perfecte vero tunc dicitur esse reddita, quando omnia volumina cautionis & instrumenta sunt reddita, & exhibita, data & accepta collata, lecta, cognita, discussa, reliqua excussa soluta. 31

Wesenbec. *d. l. num. 16.* Molina *ad Consuet. Paris. tit. 1. §. 6. gloss. 6. n. 14. seqq.* Jac. Döpler. *d. p. 3. cap. 1. num. 11.*

Quæ

32 Quæ omnia, (præter ultimum, quod non nisi semel in complementum accessit) cum hic haud tantum semel, sed bis vel ter contigerint, indubitatum omnino erit, nulla ratione amplius locum invenire posse repetitionem redditionis rationum, sed hanc omnino in totum excludi per jam toties factam earundem revisionem, calculationem, approbationem, datam desuper quietantiam ab ipso Serenissimo Principe propria ipsius manu & sigillo munitam ac corroboratam, insecutam quoque heredum fratris condemnationem per Judicis sententiam rei judicatæ vires nactam ad reliquum pro ipso solutum restituendum, ejusque prævia judiciali transactione ipso opere factam restitutionem, ex quibus sane Johannis Christiani Crameri vidua & heredes non possunt non perfectum jus quæsitum habere, ob quod nequeant sub ulla specie juris à quoquam compelli, ut compareant coram nova Commissione ad rationes mariti & Patris sui sub novum examen revocandas & denuo excutiendas contra apertum textum in *d. l. 2. C. de adopt. pub.* & in *l. 15. §. fin. ff. de reb. author. jud. possid.* ubi expresse Ulpianus scribit: *Amplius quam semel dispunctionem non esse concedendam, nisi quis juraverit se non calumniæ causa postulare, neque habere quæ dispunxerit; & tunc iterum ei faciendam potestatem ait, sed non amplius quam bis.* Neque
33 hoc jus quæsitum ab illis ullo prætextu sine manifesta injuria adimi poterit, nec ex plenitudine potestatis à Principe, ceu qui constitutus est, ut faciat justitiam. *1 Reg. 10. v. 9.* proinde si justitiæ terminos excedat, peccat contra ordinationem divinam.

c. 21. caus. 2. q. 1.

34 Et plenitudo ista potestatis non extenditur ad malum & injuriam aliorum, illa enim non potestatis sed tempestatis plenitudo esset, ac Princeps, qui sine justa causa alteri jus suum aufert, boni Principis nomen tueri nequit.

d. c. 21. c. 2. q. 1.

35 Non convenit enim boni Principis officio, alteri jus suum quæsitum invito auferre citra compensationem damni.

l. 4. C. de emancip. liber. l. 3. C. de rescind. vend. l. 10. C. de testam. Petr. Ant. de Petra *tr. integr. de Jure quæsito non tollendo per Princip.* Brunnem. *ad d. l. 4. C. de emanc. liber.*

36 Si dolus, fraus vel deceptio in ipsis rationibus aut earum redditione interveniisset, rationes pro non redditis haberentur, ideo earundem revisio peti omnino posset, etsi quietatio vel liberatio subsecuta fuisset.

Heser *de rat. reddend. loc. 15. n. 15. seqq. ibique allegati.* Jac. Döpler *im getreuen Rechnungs-Beambten. part. 2. cap. 23. n. 42. it. p. 3. c. 1. n. 14.*

Sed illius interventio non præsumitur primò, præsertim, quia jam toties a Viris integris, perspectæ fidei & virtutis revisæ & discussæ sunt rationes, ideoque evidenter & apertis argumentis ac indiciis probanda foret, Jacob Döpler *d. p. 2. c. 23. n. 43. & p. 3. c. 1. n. 22.* Heser. *d. l. n. 21. seqq.* quod hactenus in casu nostro factum minime & probabiliter vix unquam fiet. 37

Bleiben demnach nochmahls dabey, daß weyland Johann Christian Kramers Seel. Wittib und Erben keines Weges schuldig und gehalten sich in die neuerliche suspecte Commission ein- und des ihnen und ihrem Erblasser in so vielfältige Weise und Wege judicialiter & extrajudicialiter zugewachsenen Juris quæsiti vel ex plenitudine potestatis Principalis vel alia quacunque ratione entsetzen zu lassen; ingleichen die von ihnen verlangte Forst-Rechnungen von Michaelis 1680. biß 1685. zu Hochfürstl. Cammer zu liefern und einzugeben nicht verbunden, weil ihr seel. Mann und Vater selbige nicht geführt noch gestellt, sondern Herr von Geißmar, so jetzo zu Gotha Ober-Forstmeister ist, damahls aber zu Römhild das Amt verwaltet, consequenter die Rechnung zu stellen und dafür zu stehen gehabt, von dem sie also und nicht von des Amt-Vogts Erben zu exigiren, gestalten bekannt, daß ein jeder, dem die Aufsicht und Verwaltung eines Dings oder Amts aufgetragen und anvertrauet worden, demjenigen, so die Sache angehöret oder das Amt anvertrauet, davon Rechnung zu thun und abzulegen obligirt und verbunden sey. 38

Qui ergo sylvis nemoribusque præfectus fuit & officium des Forstmeisters gessit, gesti officii rationes reddere obligatus fuit, (hat Forst-Rechnungen zu thun gehabt) ab illo igitur & non alio illarum rationum libri sunt requirendi.

per tradita Heseri *tr. de rationib. reddend. lib. 1. n. 88.*

Sondern wir halten, ad Membrum secundum primæ hujus quæstionis nun auch mit wenigem zu kommen, welches dieses ist:

Im Fall sie ein solches einzugehen nicht schuldig, (wie sie per hactenus deducta **nicht schuldig) gleichwohl von Fürstl. Herrschafft deßwegen Gewalt leiden müssen, wo und an welchem Ort, auch auf was Art und Weise Sie ihr Recht zu suchen und auszuführen?**

beständig davor, daß Sie dieses Ihro Hoch-Fürstl. Durchl. nochmahls in einem demüthigsten Memoriali unterthänigst also, wie es hier remonstrirt, kurtz vorzustellen und zu bitten haben, daß Ihro Hoch-Fürstl. Durchl. ihrem hocherleuchten Judicio nach gnädigst geruhen wollen, 39

wollen diese Gründe und der Sachen wahrhaffte Beschaffenheit in Gnaden zu considériren und in deren Behertzigung die decretirte Commission zu revociren und sie bey ihrer erlangten völligen Freyheit ab ulteriori rationum redditione & examine ratione gesti & administrati à marito & Patre officii, cujus rationes quippe ipse in vita sua sufficienter reddiderit, kräfftig zu schützen und von all weiter erstattender Rechenschafft gäntzlich zu befreyen, lassen sich nun Ihro Hoch-Fürstl. Durchl. da-
40 durch flectiren, die Commission zu wiederruffen und abzustellen, und sie von weiter erstattender Rechenschafft zu liberiren, so ist es gut und hat es alsdann seine geweißte Wege; wollte man sie aber unverhofften Falls ferner mit Gewalt zwingen bey der Commission zu erscheinen und wegen der Rechnungen ihres Manns und Vaters Red und Antwort zu geben, könnten sie die Sach vel per appellationem, vel ob nulliter decretam Commissionem per querelam nullitatis, aut querelam denegatæ Justitiæ ad Inclytum Judicium Aulicum Cæsareum vel Cameram Imp. devolviren.
41 Nam etsi Duces Saxoniæ omnes non minus ac Ipse Elector Saxoniæ gaudeant Privilegio de non appellando ex Privilegio & Diplomate Ferdinandi I. de Anno 1559. attamen admittitur appellatio ad Cameram Imp. vel Judicium Aulicum, si lis sit inter Electorem vel Ducem Saxoniæ ejusque subditum, vel si ipse Elector aut Dux Saxoniæ aliter se suspectum reddat, quod sane eo in casu hîc fieret, per tradita

Limnæi *lib. 3. J. P. cap. 10. n. 38.* Berlich. *p. 1. Concl. 50. n. 25.* Magenhorst *ad Ord. Cam. part. 2. tit. 28. pag. nob. 176.* Carpzov. *ad L. Reg. Germ. c. 9. sect. 7. n. 4.*

42 Ac licet locum non invenire posset appellatio, nihil tamen impediret, quo minus causa Jurisdictioni Cæsareæ subjiceretur & ad Cameram Imp. vel Aulam Cæsaream devolveretur per querelam nullitatis

juxta Stamlerum *de Reservat. Imp. §. 44. n. 2.* Justum Zinzerling *de appellat. vol. 1. Disp. Basil. Disp. 8. th. 73. in fin.* Scipion. *lib. 2. Decis. Camer. 3. n. 20.* Gail. *1. O. 135.* Mynsing. *4. O. 63. 64. & 5. O. 91.*

43 aut ad minimum per querelam denegatæ justitiæ

per textum expressum *Aur. Bullæ cap. 11. §. 2. & 3.* Gail. *1. O. 28. num. 1.* Ord. Cam. *part. 2. tit. 1. in fin. & tit. 26. §. 1.* & ibi Magenhorst.

Was dann 2. die von Joh. Christian Kramern gewesenen Cammer-Verwaltern von Michaelis 1695. bis 1700. gestellte und Hochfürstl. Cammer mit ihren Beylagen eingehändigte 5. Cammer-Rechnungen, um deren Abhörung er vielfältig so schrifft- als mündlich angehalten, es aber nicht erlangen können, daß sie abgehört worden wären, und die davon vorgelegte Frage:

Ob nemlich bey solcher Bewandtniß die Johann Christian Kramers seel. nachgelassene Wittib und Erben, weilen ihnen alles, was zu Belegung der Rechnungen ihnen nöthig, eigenmächtig ohne Beyseyn ihrer hinweggenommen worden, vor die Rechnungen zu stehen und auf die defecten, wann deren gezogen werden, zu antworten schuldig oder nicht? auch in was Wege sämmtliche Interessenten der hierunter etwan besorglichen Gewalt und Thätlichkeit füglich zu begegnen oder vorzukommen?

anbelangt, so können wir dieselbe ebenmäßig 44
anders nicht beantworten, als daß Joh. Christ. Krämerische Wittib und Erben vor diese 5. Cammer-Rechnungen bey solcher der Sachen Bewandtniß, wann es sich wahrhafftig also verhält, wie in Facti Specie berichtet wird, nicht zu stehen, noch auf die vorgebende Defecten zu antworten schuldig und verbunden, und daß zwar vi superius propositæ & firmatæ regu-
læ, quod si administrator se sæpius ad ratio- 45
nes reddendas & discutiendas obtulit, semper autem per eum, cui reddendæ fuerunt, stetit, quo minus redditæ & discussæ fuerint, rationes pro redditis habeantur, consequenter administrator non amplius teneatur.

arg. *l. 24. ff. de condit. & demonstr. l. 161. ff. de reg. jur. l. 50. ff. de contract. empt. l. 38. ff. locat. cond. l. 5. §. 5. ff. quand. dies legat. cedat.* Joh. Cephal. *Cons. 8. n. 6.* ubi addit hanc conclusionem confirmari ex his, quæ tradat Paul. de Castro *in l. si reus paratus 73. ff. de Procur.* ubi inquit, præsumendum esse contra illum, qui interpellatus non solvit, & postea offert, quando nemo est qui recipiat, & e contrario si creditor pecuniam oblatam noluit, & postea reperit debitorem quem solvere non valentem interpellat. Jac. Schultes *ad Modestin. Pistor. q. 126. n. 130.* Richter. *dec. 13. num. 24.*

Quæ regula tum imprimis obtinet, si admi- 46
nistrator ipsos rationum libros, vel documenta & instrumenta, quibus ad rationes verificandas & justificandas indiguit & opus habuit, diligenter in scrinio custodivit, is verò, cui rationes reddendæ, scrinium cum documentis istis, vi vel clam, administratori aut ejus heredibus ademit, aut alio quovis modo consecutus est, atque ita effecit, quo minus administrator rationes commode reddere queat, tum enim administrator ad rationes reddendas & expungendas amplius non tenetur, sed juramento ejus, quod ipsi rationes & documenta ad illas verificandas & justificandas necessaria sint subtracta, statur, uti tradit.

Post

Post Tiber. Decian. *lib. 4. Cons. 7. n. 52.* dicentem hoc nullam habere difficultatem. Jac. Schultes *ad Mod. Pistor. d. q. 126. n. 131.* Menoch. *Cons. 988. n. 6.* ubi ait, ex illa instrumentorum subtractione & retentione præsumi subtrahentem illa mutasse, imminuisse vel addidisse iisdem, & sic malam causam fovere, indeque eum, cui illa subtracta, non posse condemnari, ut de administratis reddat rationem, cum ad id præstandum sic nullo modo teneatur.

denen Brieffschafften nöthig, ohn jemands Beyseyn von den Erben eigenmächtig und einseitig resignirt, eröffnet und hinweg genommen worden, so daß weder Wittib noch Erben im geringsten wissen, was an Brieffschafften, Quittungen, Zurechnungen und dergleichen darinnen befindlich gewesen, vielweniger versichert seyn können, ob solche noch in vorigem versiegelten Stande oder nicht? Sie Joh. Christ. Krämerische Wittib und Erben wegen solcher einseitigen hinter ihnen beschehenen Hinwegnahm der zu den Rechnungen gehörige Verzeichnisse und Documenten vor die Rechnungen zu stehen, und vor die vorgebende Defect zu antworten nicht schuldig. Wegen der etwa besorgenden Gewalt und Thätligkeit könnten gleichmäßig oben an Hand gegebene remedia adhibirt und gebraucht werden. Welches wir also zu verlangter Rechtl. Nachricht, salvo de cætero cujusvis melius sentientis judicio, dienstlich nicht verhalten wollen. Actum in Collegio nostro d. 5. Dec. 1703.

47 Welchem nach auch dißfalls, da nach selligem Ableiben des Joh. Christian Krämers, seine zu den Cammer-Rechnungen gehörige Verzeichnisse, Register und andere Sachen in einen Kasten zusammen gethan und Ducali authoritate versiegelt, einige Zeit hernach aber von Fürstl. Cammer, unter dem scheinbaren Vorwand, man habe bey Fürstl. Cammer einige Nachricht aus

CONSILIUM CXXV.

DE

Justa Possessionis, ex voluntate defuncti apprehensione, per consequens adversæ partis sub & obreptitiè, contra illam impetrato manutenentiæ Decreto iterum cassando, & primum apprehendentem in possessione, contra alterius partis injustas turbationes manutenendo.

SUMMARIA.

Species facti à num. 1. usque 26.

27. 28. & 29. Fœminæ à bonis Familiæ, hoc ex ratione, quia in alienum transeunt, excluduntur, quamdiu masculus supereſt.

30. Bona quæ ad fœminas pervenerunt, non amplius ut bona familiæ considerantur, ex ratione hîc adducta.

31. Ratio, cur Fœminæ à fideicommisso familiæ excludantur.

32. Nec obstant hîc in contrarium adducta.

33. Hæc exclusio non ipsas modo fœminas, sed & descendentes earum afficit.

34. Quousque hæc exclusio fœminarum extendatur & quamdiu illa duret.

35. Fideicommissum Familiæ, quamprimum ad fœminas pervenit, extinguitur.

36. usque 40. Quæ præcedentia ad casum substratum applicantur.

41. Exhæredationis definitio.

42. 43. & 44. Explicatur, quomodo transactio vel pactum inter familias, de quibus in præsenti est quæstio, celebratum, sit intelligendum, & quo illud præcise tendat.

45. Hæres defuncti facti nulla ratione contravenire potest.

46. Testamenti factio summe favorabilis est.

47. Interdicta testamenti factio debet probari.

48. Textus Ordinationis Provincialis Juliacensis tit. 69. testamentum de bonis immobilibus fieri perhibens ad casum propositum non potest applicari, ex ratione hîc subjuncta.

49. & 50. Testamentum de bonis avitis, contra Statuti prohibitionem, conditum quando valeat?

51. Universales successiones per privatorum pactiones transferri & mutari nequeunt.

52. & 53. Notabiliter tamen limitatur hæc regula.

54. Quæ & in proposito & quidem eo magis obtinet, quia præsens pactum juri communi conforme est.

55. Pacta, Conventa, modo honesta, sunt servanda.

56. In plurimis Europæ Regnis Pacta successoria sunt recepta.

57. 58. & 59. Privati Statutorum tenori Conventionibus suis an possint renunciare?

60. usque 64. Explicatur quomodo in præsenti

senti perpetuum familiæ fideicommissum conventionale fuerit constitutum.

65. *Circa Successiones plus voluntas hominis quam dispositio Legis operatur, ex rationibus hic subnexis.*

66. 67. & 68. *Quando quis de re, circa quam regulariter prohibitum est, valide disponat?*

69. 70. & 71. *Possessore mortuo extinguitur possessio, nec in hæredem transit.*

72. *Ratio hujus.*

73. *Ab herede de novo apprehendenda possessio est.*

74. *Quod majore jure facit, si defunctus ipsi fucultatem expresse dedit.*

75. *Quo casu hæreditatem propria authoritate occupare valet.*

76. *Qui in illius possessione, vi remedii L. ult. C. de Edict. Hadr. toll. est manutenendus.*

77. *Ut & ob expressam defuncti voluntatem.*

78. *Exceptio de jure tertii regulariter non attenditur.*

79. *Sed ex proprio quisque jure petitiones ac defensiones suas formare debet.*

80. *In dubio res allodialis magis quam feudalis præsumitur, allodialitas enim naturalis, feudalitas vero adventitia qualitas est.*

81. *Prædia, quæ bonorum emphyteuticorum speciem constituunt, allodialem naturam habere censentur.*

82. *Variant circa bona Curmedica locorum consuetudines.*

83. *Qualitas feudalis Curmedica, an impediat facultatem de illis bonis disponendi.*

84. & 85. *Turbatio prohibita quid, & quot modis fiat?*

86. *Re, & extra judicium quomodo fiat hic explicatur.*

87. & 88. *Apprehensio possessionis quid?*

89. *Instrumentum, à Notario simplici confectum, an mereatur fidem?*

90. *Ad confectionem Instrumenti non præcise Notarius requiritur, quamvis securius sit.*

91. *Solenne Instrumentum ad apprehensæ possessionis probationem solummodo requiritur.*

92. *Adducitur sententia Stryckii.*

93. *An possessionis apprehensio in substrato facta subsistat?*

94. *Instrumentum à persona publica confectum arreptam possessionem plene probat.*

95. *Decretum manutenentiæ sub- & obreptitie impetratum cassatur, alter verò contra injustam turbationem in possessione vi Interdicti JCti possidetis est manutenentia.*

96. *Hujus interdicti natura.*

97. *Ejus loco hodie actio realis datur, & quidem vel directa.*

98. *Vel Utilis?*

99. *Contra quem detur?*

100. *Ad quid?*

101. *Fundamentum prædictæ actionis in substrato deducitur.*

102. *Qui, se possidere, probat, Jure hoc interdicto vincit, probatur possessio vel verè.*

103. *Vel præsumptivè.*

SPECIES FACTI.

1 Herr W. von O. welcher seine Güter im Ertz-Stifft Cölln, so dann denen Hertzogthümern Gülich und Berg liegend gehabt, hat in seiner Ehe mit Maria von M. gezeuget zwey Söhne, nemlich Engelbr. und Erem. von O. so dann zwey Töchter, als Irmgart von O. welche an Roland von W. und Evam, welche an Caspar von B. verheyrathet worden, und gegen empfangene Aussteuer auf ihre Güter resignirt.

2 Der Sohn Ermond von O. hat sich mit Gertruden von B. ehlich vermählt, und ist ohne Hinterlassung ehelicher Leibes-Erben Anno 1623. mit Todt abgangen, nach dessen Tod aber hat die hinterlassene Frau Wittib Gertr. von B. desselben Güter ad dies vitæ biß ins Jahr 1637. leibzüchtig genossen.

3 Der andere Sohn Engelbrecht von O. hat sich an Elisabetham von B. verheyrathet, und ist Anno 1615. mit Tod abgangen, hinterlassend vier Söhne und zwey Töchter, nemlich

1. Joh. Wilhelm Dohm-Herrn zu T., so Anno 1629. mit Tod abgangen.

2. Reinharden, welcher ledigen Standes im Jahr 1620. gestorben.

3. Wernerum, Dohm-Herrn zu W. so auch als Dohm-Herrn vor dem Johann Wilhelm Dohm-Herrn zu T. gestorben.

4. Und Theodorum, Dohm-Herrn zu P. welcher im Jahr 1626. mit Tod abgangen.

So dann die eine Tochter Mariam, welche 4
sich mit Herrn Diederich von B. verheyrathet, mit dem sie nach ihrem tödtlichen Hintritt Anno 1628. eine Tochter Annam Elisabetham hinterlassen, an Herrn Casp. von B. Anno 1635. vermählt worden, von welcher die jetzige Herren von B. posteriren.

Und die andere Tochter Elisabetham, welche an Herrn Johann Georgen von der L. 5
Herrrn zu S. geheyrathet worden, und zwey Söhne, nemlich Eremundten, Dohm-Herrn zu T. und Hanß Georgen, und zwey Töchter, Annam Mariam und Evam hinterlassend, An. 1627. gestorben, von welchem Sohn, Hanß G. der letztverstorbene Herr Ober-Marschall Freyherr von der L. Herr zu S. popostерirt, wie solches aus dem sub N. 1. beyligendem Schemate in mehrerem zu ersehen.

Nachdeme

6 Nachdeme nun vorhin erzehlter Massen der zwey Hrn. Gebrüder E. und E. von O. auch seine Herrn E. Herrn Söhne alle mit Todt abgangen, und also die O. Güter nach Absterben der beeden E. Töchtern, Mariä und Elisabethä auf deroselben hinterlassenen Erben, die von B. zu B. und die von der L. zu S. erfallen, haben beede Gn. Familie von der L. und von B. solche O. Güter verschiedene Jahr in Gemeinschafft besessen, und der Theilung halben nicht allerdings einig werden können, weilen die in denen Chur- und Fürstenthümern Cölln, Gülich und Berg gelegen, allwo wegen Succession der Geistlichen die Lands-Ordnung in widerwärtigen Terminis begriffen, so dann L. Seiten prætendirt worden, daß die Successio in capita geschehen müsse, und B. Seiten nur eins, L. aber 4 Capita obhanden, nebenst mehrern hinc inde eingeworffen worden, wie in der sub Num. 2. beyligender Theilung aus dem mit Lit. A. bezeichneten §. in mehrerm zu ersehen.

7 Endlichen aber ist die Theilung nach dem im Jahr 1693. der modus divisionis præliminariter abgehandelt gewesen, im Jahr 1642. zum Stand gebracht, die Güter sammt den darauf hafftenden Schulden zu zwey Looß gesetzet, und getheilet worden, wie solches aus dem vorhin sub Num. 2. beygefügten Theilungs-Receß de dato B. den 15 Octobr. 1642. in mehrerm zu ersehen.

8 Bey solcher vorgenommener Theilung dann ist dem Herrn zu B. das erste Looß, dem L. S. Pupillen aber das zweyte Looß mehrentheils in C. Gütern, wie aus dem unterstrichenen und mit Lit. B. ad Latus bemerckten §. zu ersehen, bestehend anerfallen, und dabey ferners pactirt worden, daß alle und jede vorhin in der Theilung specificirte, biß dahin in Gemeinschafft besessene Güter, die vergleichende Theile NB. einander reciproce cedirt, abgetreten und eingeraumt, sich einander enterbet und geerbet, und dergestalt Verzig und Austrag gethan, daß inskünfftig ein und ander Theil mit dem ihme anerfallenen Looß gleich andern seinen eigenthumlichen zuständigen Gütern zu schalten und zu walten Macht und Gewalt haben solle. Wie solches in dem der offt angeregter sub N. 2. beygelegten Theilung unterstrichenen mit Lit. C. ad Latus bemerckten §. klärlich zu ersehen.

9 Nach dieser Ao. 1642. aufgerichteten Theilung hat jeder Theil sein ihme anerfallenes Looß zu sich gezogen, und biß dahin genossen, der bey dem Haus S. zu Zeit der aufgerichteten Theilung vorhanden gewesene Sohn Herr E. ist als Dohmherr hernach gestorben, der andere Bruder Herr. H. G. von der L. hat sich an Freyfr. von F. verheyrathet und mit selbiger einen Sohn, Herrn C. C. Freyherr von der L. den jüngsthin verstorbenen Chur-Trierischen Herrn Obermarschallen gezeuget, darauf aber frühzeitig mit Tod abgangen.

Bey dieses Herrn C. C. Freyherrn von der L. zu S. noch währender Minderjährigkeit ist das bey der ersten L. Grund-Theilung Anno 1607. abgeredet gewesen, und biß dahin ausgestellt geblieben, pactum familiæ, durch die sämmtliche L. Stamms-Agnaten und deren damals vorhanden gewesenen minderjährigen, Herrn Vormündere im Jahr 1661. in Stand gebracht und darinn pactirt worden, daß nicht allein die im Jahr 1607. in die Grund-Theilung kommene Güter, sondern auch alles dasjenige, was biß dahin von einem oder andern aus beeden der S. und A. Linien durch GOttes Gnad es sey Lehen oder allodial ererbet, erworben, und acquirirt worden, oder noch was künfftig durch Heyrath oder sonsten erworben werden möchte, dem pacto familiæ und einem ewigen L. Fideicommiss afficirt seyn, und bleiben solle. 10

Diese aufgerichtete pacta familiæ aber seynd nicht allein von ihrer Kayserl. Majest. allergnädigst in behöriger Form confirmirt, sondern auch hernach von dem bey deren Aufrichtung minderjährig gewesenen Herrn C. C. Freyherrn von der L. nachgehends Churfürstl. Trierischen jüngsthin aber verstorbenen Herrn Obermarschallen nach erreichteter Großjährigkeit beschworen worden. 11

Dieser von Frauen Elisabetha von O. wie aus dem sub Num. 1. beyligenden Schemate in mehrerm zu ersehen, posterirende letzterer Herr C. C. Freyherr von der L. zu S. ist jüngsthin den 19den Febr. ohne Hinderlassung ehelicher Leibs-Erben mit Todt abgangen, und hat ein formliches Testament aufgerichtet, in solchem seinem Testament aber Herrn C. C. Freyherrn von der L. Herrn zu A. zum Universal-Erben aller seiner Güter nicht allein eingesetzt, sondern auch in vivis eine Declaration nebenst ertheilten Befehlen an seine Bediente heraus gegeben, daß sein instituirter Eigenthums-Erb Herr C. C. Freyherr von der L. Herr zu A. bey seinem heranahenden End oder gleich nach seinem Tod die Possession aller seiner hinterlassener Herrschafften und Güter nehmen möge, diesem zu Folg, hat der Freyher von der L. Herr zu A. indem wohlgemelter Hr. Obermarschall, Freyhr. von der L. zu S. den 19den Febr. dieses lauffenden 1703ten Jahrs nach dem ohnwandelbahren Willen GOttes dieses Zeitliche gesegnet, laut in Copiis N. 3. & 4. vidimatis sub N. 3. & 4. beyligender Instrumenten den 20 Febr. in dem Pfandschafftl. Dorf W. und der Burg zu E. fort den darzu gehörigen Höfen, Mühlen und allem Zugehör die Possession formlich ergreiffen lassen, ohne daß sich zu vorhin der Possession halben jemand angemeldet gehabt, und wie bey so gestalten Dingen Freyherr von der L. Herr zu A. in Ergreiffung der Possession der Ersteren gewesen, auch nie gehört, daß sich zu deren Succession jemand nähern könne, also hat derselbe auch dafür gehalten, daß es mit der zuerst ergriffenen Possession genug seye, und dabey acquiescirt. 12 13

14 Als er Freyherr von der L. aber hernach vernommen, daß die Freyherrn von B. sich zu E. und W. auch der Possessions-Ergreiffung angemasset, derselbe nach Anlaß der Beylag sub N. 5. ihrer Churfürstl. Durchl. zu Pfaltz die ergriffene Possession unterthänigst angezeigt, und um die Manutenenz gehorsamst gebeten, darauf jedoch ein mehrers nicht, als daß sub N. 6. beyligendes Decretum communicatorium erhalten da man dann auch mittler Weil vernommen, daß die Freyherrn von B. nach ihrer ex post ergriffenen Possession also gleich bey dem Churfürstl. Hochlöbl. Hofrath zu Düsseldorff um Manutenenz angehalten, und dieselbe mit Vorbehalt der Frau Wittiben competirenden Leibzucht salvo cujuscunque jure erhalten.

15 Ob nun zwar Freyherr L. Seiten das auf die unterthänigste Bitt ausgefallene Decretum communicatorium denen Freyherrn von B. darum nicht insinuiren lassen, weilen des verstorbenen Herrn Obermarschallen, Freyherrn von der L. zu S. Testament noch uneröffnet gewesen, und man die geringste Wissenschafft gehabt. So haben sie Freyherrn von B. dannoch sothanes unterthänigst sub N. 5. beygelegten memorialis communicationem weiß nicht durch wen erhalten, und darauf jüngsthin die sub N. 7. beyligende Exceptiones eingebracht, worinn die Freyherrn von B. gegen die von dem Freyherrn von der L. zu A. als des Herrn von S. instituirten Erben ergriffene erstere, und zu Behauptung ihrer ex post genommener Possession hauptsächlich einwenden.

16 1.) Daß E. von O. und Elisabeth von B. zwey Töchter Mariam und Elisab. hinterlassen, deren eine an das Haus B. die andere an das Hauß S. verheyrathet worden, und daß diese beede oder ihre Kinder in zwey Theil getheilet, wobey nach Ausweiß der mitkommenden Beylag sub N. 2. dem Hauß S. die Güter zu E. und W. anerfallen, also daß alle solche von ihren Voreltern herkommende Güter respectu ihrer Stock- und Stamm-Güter seynd, woraus laut kundbahren Landrechtens durch kein Testament dem rechten Geblüt etwas entwendet werden könne, wie die Landsordnung tit. 69. nachweise.

17 Vors andere seye das Hauß zu E. und alle darzu gehörige Renthen von der Fr. Abbatistin B. M. V. in capitolio zu Cölln lehenrührig, und wie der sub N. 8. copeylich beyligende letztere Lehen-Brieff ausweisse in 4 unterschiedliche Lehen-Brieffen jederzeit empfangen worden, woraus sich ergebe, daß von der verwittibten Freyfr. von der L. keine Leibzucht mit Fug prætendirt werden könne, folglich die clausula salvo viduæ usufructu aufzuheben seye.

18 Nun ist man Freyherrl. L. Seiten der zwischen den Häusern B. und S. Ao. 1642. nach Ausweiß der Beylag sub N. 2. getroffenen Theilung in alle Weg geständig. Daß aber vors erste bey solcher Theilungs-Aufrichtung, zwischen denen theilenden Partheyen NB. **wegen der in verschiedene Chur- und Fürsten-thumen (deren Lands-Ordnung circa Successionem der Geistlichen in widerwärtigen Terminis begriffen)** fort anderer allda angeführten Ursachen halten, wie aus dem in der Beylag sub N. 2. unterstrichenen, und mit Lit. A. ad Latus gezeichneten §. zu ersehen, Strittigkeiten obhanden gewesen, und solche endlich dahin abgethan und verglichen worden, daß beede theilende Partheyen die in dem per sortem anerfallene Güter NB. **einander** reciproce **cedirt, abgetreten und eingeraumet, sich einander enterbet, und geerbet, und dergestalt Verzig und Aufftrag gethan, daß ins künfftig ein und ander Theil mit deme ihme anerfallenen Looß** NB. **gleich andern seinen eigenthumlichen Gütern zu schalten und zu walten Macht und Gewalt haben solle.** Wie dieses aus dem in der Beylag sub N. 2. unterstrichenen, und à Latere mit Lit. C. bezeichneten §. in mehrerm zu ersehen; So erhellet ja klärlich, daß paciscirende 19
Theile durch dieses aufgerichtete Pactum von der Landsordnung abgetreten, mithin dadurch einem jeden Theile eine illimitirte freye Disposition zugewachsen, folglich der abgelebte Freyhr. von der L. zu S. seel. gleich wie er andere seine eigenthumliche Güter auf den Freyherrn von der L. also auch diese cum prædicto pacto ihme in der Theilung zugefallene O. Güter per testamentum transmittiren können, und selbige also **vor keine Stock- und Stamm-Güter mehr considerirt werden können.**

Vors andere, posito nunquam tamen con- 20
cesso, es wären nach der aufgerichteten Theilung die dem Hauß S. zugetheilte O. Güter annoch vor Stock- und Stamm-Güter zu halten gewesen, so ist doch bekandt, daß Stock- und Stamm-Güter, ob gleich der Landsordnung nach, darüber nicht testirt werden mag, gleichwohl auf andere Weiß vereussert, cedirt, und übertragen werden können.

Nun haben die Freyherrn von der L. wie hier- 21
oben gemeldet, im Jahr 1661. ein beständiges pactum familiæ aufgerichtet, durch welches die dem Hauß S. schon lang vorhin erb- und eigenthumlich zugetheilt gewesene O. Güter, vermög des sub N. 9. in vidimata Copia beyligenden Extractus pactorum familiæ quo ad clausulas concernentes dem L. Stamm und dessen aufgerichteten Fideicommiss afficirt und übertragen worden, und wie dieses aufgerichtete pactum familiæ von der Röm. Kayserl. Majest. als Supremo Imperii Judice allergnädigst confirmirt worden, der letzt abgelebte Herr zu S. seel. auch dieses pactum major factus mit leiblichem Eid beschwohren, also hätte man, wann es auch noch Stock- und Stamm-Güter (quod tamen negatur) gewesen wären, dieses dem pacto familiæ beschehenen Ubertrags halben, der in der angezogenen Landsordnung tit. 1. vermeldeten Requisiten nicht nöthig.

Den

22 Den andern B. Einwurff, daß nemlich das Hauß zu E. und die darzu gehörige Höfe von der Fr. Abbatistin B. M. V. in capitolio lehenrührig seyen betreffend, da ergibt sich aus denen in vorhin sub N. 2. beygelegtem von dem Hrn. von B. selbst producirten Theilungs-Receß unterstrichenen und à Latere mit Lit. B. & C. bezeichneten §§. daß die E. Güter dem Hauß S. als C. Güter zugetheilt, und welcher Gestalten, dieselbe der C. halben vertreten seyen specificirt worden. Es ist aber bekandt, daß die C. Güter insgemein gleichsam vor eigen halten zu werden pflegen, und obgleich über diese E. Güter Lehenbrief ertheilt werden, so thut ein solches dannoch die qualitatem curmodialem nicht ändern.

23 Sollten jedoch diese Güter nicht also C. sondern Lehnbar seyn, und deßwegen dem Hauß S. niederen Vorwandt der lehenbarer Qualitæt entzogen werden können, folglich demselben die freye Disposition als über sein Eigenthum benommen, so wäre das Hauß S. bey dieser Theilung schändlich verkürtzet, und müßte von dem Hauß B. indemnisirt werden, allermassen bey Aufrichtung der Theilung und dem einander gethanen Ubertrag des Eigenthums beyde Theile einander vermöge des in der Beylag sub N. 2. unterstrichenen und Lit. E. ad marginem bezeichneten §. die warhafft oder eviction zu leisten sich verbunden.

Weil also der Freyherr von der L. wie aus 24
denen sub Num. 3. & 4. beygelegten Instrumentis erhellet zum ersten die Possession der Güter quæstionis ergriffen, folgenden Tags darauf der Freyherr von B. sich ebenmäßig angemaßt dieselbe zu apprehendiren, so entstehet daraus

die Frage:

Ob nicht diese des Freyherrn von B. angemaßte Ergreiffung der bereits von dem Herrn von der L. occupirten Possession vor eine widerrechtliche Turbation zu halten, folglich das ad falsa narrata erschlichene Decretum manutenentiæ vor allen Dingen zu cassiren, der Freyherr von der L. als primus apprehendens aber bey seiner ergriffenen Possession zu manuteniren, und die Herrn von B. wann sie an die Güter quæst. Ansprach zu haben vermeynen, zum Weg Rechtens zu verweisen?

darüber ein rechtliches Responsum verlanget wird.

CUM DEO!

25 Als nun wir Decanus und andere Doctores der Juristen Facultät bey gemeiner Hochfürstl. Würtemb. Universität Tübingen gnädig und freundlich requirirt worden, über vorstehende Facti Speciem und derselben beygefügte bey Churpfältzischen Hofrath in dieser Sache ausgeübte Acta, in specie aber über die daraus gezogene uns fürgelegte Frage, worinn cardo totius rei & causæ bestehet, unser rechtliches Gutachten zu erstatten und schrifftlich zu communiciren; So haben wir nicht ermangelt, integra Acta mit gebührendem Fleiß zu durchlesen, alles reifflich zu erwegen, und darauf in pleno Collegio sorgfältig darüb deliberirt, da unanimia dahin ausge-
26 fallen, daß die uns vorgelegte Quæstion, salva conscientia, justitia & veritate nicht anders resolvirt werden möge, dann in favorem des Freyherrn vor der L. daß nemlich die vom Freyherrn von B. tentirte Apprehension der allbereit vorhin von dem Herrn von der L. rechtlich ergriffenen Possession vor eine widerrechtliche Turbation zu halten, consequenter das per falsa narrata ausgewürckte Decretum manutenentiæ vor allen Dingen zu cassiren.

Denn 1.) haben die Herrn von B. vorgegeben, daß die Güter quæstionis ihrer Familie afficirte Stock- und Stamm-Güter seyen, so ihnen nullo modo per Testamentum entzogen, und auf die A. Linie, derer von der L. transferirt werden können, Krafft Gülischen Landrechts tit. 69. und mittelst dieses haben sie das Decre-
27 tum manutenentiæ erhalten. Wir glauben aber nimmer, daß die Güter quæst. vor der Freyherrlichen B. Familie afficirte Stock- und Stamm-Güter gehalten werden mögen. Denn ob sie wohl der Freyherrlich O. Familie Stock- und Stamm-Güter gewesen, so lang solche O. Familie in masculis gegrünet und geblühet, weil sie zu des O. Manns Stammens Flors und Splendörs perpetuirlichen Erhaltung gewidmet gewesen, dergleichen zu eines Manns Namens und Stammens Erhaltung destinirte Güter sonst proprie Stamm-Güter genennet zu werden pflegen, davon die fœminæ, ceu quæ 28
ex Familia, stipite & nomine Patris sui transeunt in aliam Familiam, nubendoque junguntur ei, qui est de alieno stipite, nomine & familia,

l. 196. §. 1. de verb. signif.

gemeiniglich ausgeschlossen zu werden pflegen, so lang als noch ein Masculus vom Stamm und Namen vorhanden ist,

Knipschild. *de Fideicommiss. famil. Nobil. cap. 1. n. 64. & cap. 8. n. 129.*

wie es hier auch beobachtet und observirt wor- 29
den, daß die O. Töchter sich mit einem gewissen Dote vergnügen, den bonis in masculorum favorem pro se & heredibus suis renunciren, und solche jederzeit den Brüdern allein überlassen müssen, so lang vom männlichen O. Stamm jemand vorhanden gewesen; Wann aber der Manns-Stammen gantz erloschen, und kein Masculus mehr vorhanden, so verfallen dergleichen Güter zwar auch auf die von den Masculis posterirende Weibs-Personen, wie hier eben-

mäßig geschehen, daß nach dem Tod weyland J. W. von O. Domherrn zu T. als letzten Masculi diese O. Stamm-Güter auf die O. Tochter und deren Erben wegen des bey der Renunciation rescribirten ledigen Anfalls auch ver-
30 fallen seyn, allein sind sie alsdann, wann sie auf die Weibs-Personen und deren Erben Mann- oder Weiblichen Geschlechts, kommen, keine Stamm-Güter mehr, weil der Stamm, zu dessen Conservirung sie gewidmet, und dem sie also fideicommissi vinculo afficirt gewesen, bereits erloschen, daß daher nicht anders erachtet werden kan, als daß mit dem Stamm zugleich auch das demselben zu lieb verordnet gewesene Fideicommiss erloschen sey, cum non possit non sublato subjecto sublatum simul censeri ejusdem adjunctum;

arg. pr. Inst. de usufr.

31 inmassen denn in Rechten eine ausgemachte Sache ist, daß wann ein Fideicommissum Familiæ ad conservationem agnationis entweder per ultimam voluntatem, oder per pactum vel contractum eingeführt, gestifftet und verordnet ist, allein die Masculi in dem darunter begriffenen und damit afficirten Gütern succediren, die fœminæ aber davon ausgeschlossen werden, ob evidentem rationem, quia per masculos solos propagatur familia, filiæ vero per matrimonium aliam ingrediuntur & constituunt familiam.

l. 195. §. 5. ff. de verbor. signif.

32 Quibus non officit, familiæ vocabulo latissime accepto etiam venire fœminas

d. l. 195. §. 2. de verb. signif. Paris. *Cons. 40. n. 33.* Cravetta *Cons. 656.*

& successionem fideicommissariam regulari ad modum successionis allodialis, ubi æquali modo succedunt fœminæ ac masculi,

l. 4. C. de liber. præter.

imo per filias quoque diuturnitatis memoriam nobis relinqui, secus enim hæc sese habent partim de communi usu loquendi, ubi familiæ denominatione saltem continentur Agnati per virilis sexus cognationem nobis conjuncti.

§. Sunt autem. Inst. de legat. agnat. succes. Forster. *de succes. ab intest. lib. 3. cap. 25. n. 11.*

partim ubi certum est disponentem per fideicommissum intendisse conservationem familiæ, ibi enim nomine familiæ non continentur fœminæ, sed excusæ intelliguntur.

Ludov. à Pegnera *dec. 112. num. 2.* Menoch. *4. præsumpt. 88. n. 5.* Gabriel. *lib. 3. Cons. 132. n. 18.*

33 Und aus dieser Ursach schließt die Incapacität, so den Fœminis hinderlich ist, daß sie in bonis fideicommisso familiæ obnoxiis nicht succediren können, auch deren Descendentes, ob sie gleich nasculi seyn, von der Succession solcher Fideicommiss-Güter aus, daß sie so wenig als die fœminæ ipsæ darzu aspiriren mögen, veluti nominatim tradiderunt

Alexand. *vol. 5. Cons. 56. num. 4.* Natta *vol. 1. Cons. 182. in f.* Ruin. *vol. 1. Cons. 39. n. 11.*

siquidem successoris non potest esse melior, quam Authoris, conditio,

l. 175. §. 1. l. 103. ff. de regul. jur.

& absurdum esset, successores remotiores admittere, ubi authores proximiores fuere repulsi,

c. licet ex quadam x. de testib.

nec admittitur successio per saltum, sed illa servato juris ordine fieri debet.

l. pen. ff. unde cognat.

Si itaque præcedens gradus successionis incapax, nec sequens admittendus.

arg. §. 7. Inst. de legit. agnat. succes.

Neque in fœminarum exclusione mutato sexu mutatur exclusiva ratio;

Bald. *in l. 4. C. de liber. præter.* Fusar. *de substit. fideicomm. q. 407. n. 3.*

nati quippe ex fœminis masculi non avi materni, sed Patris sui familiam sequuntur,

l. 196. §. ult. de verb. signif. Nicol. Noalis, *de transmiss. cap. 33. n. 4.*

ejusdemque arma & insignia gerunt.

Hœppinck. *de jur. insign. c. 7. n. 51. seq.*

Doch wann keine masculi ex Institutoris vel 34
Testatoris familia mehr vorhanden seyn, so ist kein Zweiffel, daß alsdann nicht auch die fœminæ sollten admittiret werden, per ea, quæ tradunt

Grassus *§. Fideicommissum. qu. 12. n. 5.*
Gomez. *1. var. resolut. cap. 5. n. 25.*
Peregr. *de fideicommiss. art. 27. n. 20.*

Nam cum jam cesset prohibitionis ratio, nempe agnationis conservatio, quæ, omnibus extinctis agnatis, ipsa quoque necessario extinguitur, nihil est, quod fœminas amplius arceat à successione. Et si interrogatus fuisset author fideicommissi, quem in casu omnium de agnatione mortuorum masculorum prælatum vellet, an extraneum, an vero propriam filiam sine dubio filiam nominasset.

arg. l. 30. C. de fideicommiss. l. 102. de condit. & demonstr.

Wann aber die Fideicommiss-Güter auf die 35
Fœminas einmal kommen, erlöschet das Fideicommissum familiæ.

Nam ipsum fideicommissum, ubi semel ad fœminas pervenit, evanescere & in primævam suam liberam naturam resolvi, ut in posterum libere in alios transire possit, exinde consequitur, quia causa institutionis, conservatio nempe familia jam cessat.

c. cum cessante. x. de appell. Tiraquell. *tr. cessante causa.*

Unde prono alveo fluit, nihil amplius interfuturum, sive masculi sive fœminæ ex fœminis semel admissis extituri sint, neque enim amplius masculorum cognatorum ulla præ fœminis prærogativa spectabitur, sed vel omnes æqualiter vel pro graduum proximitate ad hereditatem jam liberam, adeoque juxta ductum Juris communis deferendam admittentur.

l. 4. C. de liber. præter. Knipsch. *de fidei-com. fam. nobil. cap. 8. n. 286.*

36 Wie nun diß gantz ungezweiffelt seine geweißte Wege und Richtigkeit hat, in den bonis fideicommisso familiæ obnoxiis, also sehen wir durchaus nicht, warum es nicht ebenfalls in diesen O. Stock- und Stamm-Gütern also sollte gehalten werden, indem selbe nichts anders, als solche mit dem fideicommisso familiæ afficirte Güter, denn selbige ja zu Conservation des O. Stammens haben sollen bey den Masculis, so lang der Stamm währete, bleiben, und die Fœminæ gegen Empfang eines ergibigen Heyrath-Guts darauf renunciren müssen, biß auf den sich
37 ergebenden ledigen Anfall. Wo nun aber dergleichen entweder durch letzten Willen ist verordnet oder per pactum constituirt worden, da ist ein Fideicommissum familiæ gestifftet, und die Güter tali fideicommisso afficirt, welches hier durch Absterben des J. W. von O. Dohmprobsten zu T. da die Güter auf desselben beeder Schwestern M. und E. von O. Erben gefallen, in allweg erloschen, daß es itzo keine O. Stock- oder Stamm-Güter mehr seyn, sondern von solcher Qualität befreyet theils B. theils L. Güter worden seyn, da jede Familie, nemlich die B. von den ihro erblich angefallenen B. die L. S. Familie aber von den ihro angefallenen L. Gütern freye Macht und Gewalt nach Belieben davon zu disponiren erlangt, die der L. S. Familie eigenthumlich zugetheilte Güter aber so wenig der B. Familie fideicommissi vinculo aut alio quocunque jure liberam disponendi facultatem adimente afficirt, als hergegen, die der B. Familie per divisionem appropriirte Güter der L. Familie ullo tali jure, quod Baronibus de B. impedimento sit, quo minus libere de bonis
38 suis disponant, afficirt. Und solches 2.) um so mehr, als die beede Freyherrl. Familien, wohl wissende, daß ratione successionis in denen im Chur- und Fürstenthümern Cölln, Gülich und Berg gelegenen Gütern die Observanz und Landsordnungen gar divers und contrær seyn, welcher und anderer Ursachen halber die Theilung der angefallenen O. Güter lang angestanden, und sie deßwegen sich nicht vereinbahren können, sondern die Erbschafft viel Jahr gemeinsam besessen, und genossen, endlich doch vor besser und rathsamer angesehen und gehalten, daß die Communion aufgehoben und eine Division der Güter zwischen ihnen getroffen würde, auch auf vorgepflogene Conferenz zur würckl. Grund-Theilung der gesammten O. Güter, Capitalien, Pfandschafften, der activorum & passivorum, auch all andern Vermögens, wenige Stück ausgesetzt, geschritten, und selbige per sortem glücklich zum Stande gebracht, sothaner getroffenen Theilung aber ausdrücklich die Clausul angehängt: **Hierauf haben mehrgedachte Hrn. Interessenten alle und jede obspecificirte biß dahero in Gemeinschafft besessene Güter einander** reciproce **cedirt, abgetreten und eingeraumt,** NB. **sich einander enterbet und dergestalt Verzug und Austrag gethan, daß ins künfftig ein und ander Theil mit dem ihm anerfallenen Looß gleich andern seinen eigenthumlich zuständigen Gütern zu schalten und zu walten Macht und Gewalt haben soll.** Durch 39
welche notable Clausul eine Familie der andern, die B. der L. und die L. der B. wissentlich und wohlbedächtlich die ihr per sortem angefallene Güter plene und völlig mit allem Recht ohne Vorbehalt einigen davon zu hoffen habenden Commodi ausdrucklich cedirt, abgetreten und eingeraumt, ja sich eine gegen der andern Familie mit wohlbedachtem Muth, rechtem Wissen, geflissentlich verziehen und begeben aller Ansprach, in specie alles Erbrechts, so eine vi statutorum hujus vel illius loci auf den der andern Familie zugetheilten Gütern könnte prætendiren, dergestalten und also, daß jede Familie freye Macht und Gewalt haben sollte, von den ihr zugefallenen Gütern, ohnangesehen des von der andern Familie vi statuti drauf prætendirenden testamenti factionem excludirenden Erbrechts, libere und pro arbitrio, auch zu Præjudiz der andern Familie gleich wie von andern ihren eigenthumlich zuständigen Gütern, darauf die andere Familie nichts zu sprechen, noch zu prætendiren hat, zu disponiren, und damit gantz frey zu schalten und zu walten in allweg befugt seyn solle.

Dann diesen und keinen andern Verstand ha- 40
ben und admittiren die gebrauchte Worte: Haben sich einander enterbet und dergestalt Verzug und Austrag gethan, daß ins künfftig ein und ander Theil mit dem ihm anerfallenen Looß gleich andern seinen eigenthumlich zuständigen Gütern zu schalten und zu walten Macht und Gewalt haben soll. Gestalten eine Enterbung præsupponirt ein à Lege vel Statuto gegebenes oder zukommendes Erbrecht, so einem durch die Enterbung genommen wird oder dessen man sich selbst begibt, wann man in die Enterbung consentirt.

Describitur enim exheredatio, quod sit he- 41
reditatis lege datæ ademptio, & sic consensus in eam non potest non inducere renunciationem juris hereditarii lege delati.

arg. tot. tit. Inst. de exhered. liberor.

Wann demnach die B. und L. Familie sich bey 42
dieser zwischen ihnen getroffene Theilung der O. Güter verglichen haben, daß sie einander enterbet und dergestalt Verzug und Austrag gethan haben wollten, daß ins künfftig ein und ander Theil mit dem ihm angefallenen Looß gleich andern seinen eigenthumlich zuständigen Gütern zu schalten und zu walten Macht und Gewalt haben solle, so können sie unmöglich hierdurch was anders intendirt haben, als daß sich die B. Familie gegen die L. expresse verziehen und begeben des Erbrechts, so die Krafft der Gülisch- und Bergischen Landsordn. *alleg. tit. 69. & 88.* auf die unbewegliche Güter, so der L. Familie in der Theilung worden und per sortem zugefallen seyn, zu haben vermeint, so daß die L. zu deren Nachtheil nicht testiren mögen, & vice versa, 43
denn de Jure communi competirt unstrittig kein solch Erbrecht einem Theil auf des andern Gütern, die selbigem in der Theilung worden, derowegen müssen sie nothwendig nur auf die sta-

tuta loci & inde alias prætendendum jus hereditarium per testamentum non adimendum reflectirt und gesehen, so dann sich dessen per dictam clausulam begeben, hergegen einander eingeraumet haben, daß jedes ohnerachtet solches vi dicti statuti prætendirenden Erbrechts Macht und Gewalt haben solle, von dem ihm in sothaner Theilung per sortem zugefallenen Gütern gleich wie von übrigen seinen vorhin gehabten Gütern frey zu disponiren und damit nach Belieben und Gefallen zu schalten und zu walten
44 ohngehindert des andern : Und wann 3.) diß nicht bey der Anno 1642. getroffenen Theilung der O. Güter der Hrn von B. Intention, Will und Meynung gewesen wäre, gleich wie der Hr. von der L. wären diese von jenen contra bonam fidem schändlich angeführet, und per factam divisionem überaus lædirt, da jene lauter freye Güter, davon sie libere disponiren könnten, vor ihr Theil hinweg genommen, diesen aber dergleichen Inalienabilia gelassen, davon sie zu disponiren nicht befugt, sondern nolentes volentes selbe auf die B. müßten zuruck fallen lassen, welches von ihnen allerdings nicht zu vermuthen, sondern vielmehr zu præsumiren, daß wie man B. Seits über die in der Theilung erhaltene Güter derselben Situation nach tam per ultimam voluntatem, quam inter vivos die freye Disposition erlangt, also man L. S. Seiten ebenmäßig, ohnerachtet des Gülischen Statuti solche Freyheit durch die Clausul: Hierauf haben mehrgedachte Hrn. Interessenten alle und jede bißher in Gemeinschafft besessene Güter einander reciproce cedirt, abgetreten und eingeraumt, sich einander enterbet, concedirt, damit also unter beeden Theilen eine billige Gleichheit wäre und kein Theil wegen einiger Vervortheilung sich wider
45 das andere zu beschwehren hätte. Waltet derowegen 4.) bey uns nicht der geringste Zweiffel, daß nicht weyl. Hr. C. C. von der L. Hr. zu S. Churfürstl. T. Geheimer Rath und Obermarschall vi dictæ clausulæ bestens befugt gewesen seyn sollte in allem dem der L. S. Familie in der Ao. 1642. getroffenen O. Theilung angefallenen Gütern so wohl als in den übrigen anderwärts her habenden seinen Gütern und Herrschafften seinen Vetter Hrn. C. C. Freyherrn von der L. Hrn. zu A. zum Eigenthums-Erben zu instituiren, seine Fr. Gemahlin aber zur Leibzüchterin zu verordnen, und ihnen in Krafft der den 5 Febr. 1703. eigenhändig subscribirten Declaration vollkommenen Gewalt zu geben, bey seinem herannahenden Ende oder gleich nach seinem tödtl. Hintritt zu Abwendung aller Irrung die Possession aller seiner Herrschafften und Gütern ipsius jussu zu nehmen, denn weil des Freyherrn von B. Eltern per pactum divisioni bonorum in continenti adjectum allein auf den Gütern qu. so in besagter Theilung denen von der L. zu S. zugefallen, vorhin da sie noch in communione gestanden, gehabten, und künfftig irgends drauf suchendem Recht kräfftigst renunciret haben, quorum factum ipse tanquam heres eorum omnino præstare, nec ulla ratione eidem contravenire potest.

l. 14. C. de rei vindicat.

Hergegen per idem pactum der verstorbene 46
Chur-T. Herr Geheime Rath und Obermarschall freye Macht und Gewalt erlangt, mit den ihm zugetheilten O. Gütern nicht weniger, als mit andern seinen ex paterna linea herrührenden Gütern frey zu schalten und zu walten, so sehen wir nicht, warum er von seinen ihm eigenthumlich zustehenden Gütern, auf die weder bey seinen Lebzeiten, noch nach seinem Tod jemand mit Bestand Rechtens eine in Jure gegründete Ansprach zu machen gehabt, nicht eine zu recht beständig Disposition in favorem proximi sui agnati hätte sollen aufrichten können.

Cum enim testamenti factio sit maxime favorabilis,

l. 1. C. de SS. Eccles.

præsertim quando per illam prospicitur proximis agnatis alias ab intestato successuris, & ex præsumpta testatoris mente à lege ad intestati successionem vocatis, ea nemini deneganda, nisi cui à lege vel statuto expresse sit interdicta.

Gerh. *de J. testam. Rom. diss. 1. th. 14. 15.*

Dominis Baronibus de L. vero interdictam 47
esse testamenti factionem de his bonis, quæ ipsis in divisione Anno 1642. facta ex relicta hereditate O. obvenerunt, nondum evictum ac probatum est. Nam textus ordinationis Provincialis Juliacensis *tit. 69.* testamentum von erblich ligenden und unbeweglichen in den Gülisch und Bergischen Hertzogthümern situirten Gütern fieri prohibens, qui ad id allegatur, non loquitur de quibusvis rebus immobilibus in dictis Ducatibus sitis, sed tantum de bonis immobilibus hereditariis & avitis, von unbeweglichen Erb- und Stamm-Gütern, illic sitis, de quibus testari prohibet in præjudicium illorum, die ein Erbrecht darauf haben, und solches behaupten, quia eorum alienatio in universum, consequenter & testamentaria de iis facta dispositio, uti passim locorum statutis in Germania, v. g. constitutionibus Saxonicis, Jure Lubecensi, Statuto Civitatis Luneburgensis &c.

vid. Stryk. *de succes. ab intest. Disp. 7. c. 1. n. 2. 10.* ibique alleg. Cothm. *v. 3. R. 11. 12.* Mev. *ad J. L. p. 1. tit. 20. art. 6. & p. 2. tit. 1. art. 2. n. 165. seqq.* Adr. Beyer. *in addit. ad Schulzii Synops. instit. tit. de testam. ord. pr. voc. testamentar.* ita & ordinat, Provinc. Juliacensi *d. t. 69.* prohibita & interdicta est, ne proximis intervertatur ihr drauf habendes Erbrecht, quod ipsi sibi salvam esse volunt, & cupiunt, quia sibi illud illæsum reservarunt.

So sich demnach ad casum nostrum und auf 48
die O. den Herrn von der L. S. Linie Ao. 1642. zugetheilte Güter in hypothesi nicht appliciren läßt, als wann nemlich die Herrn von der L. S. Linie nicht befugt wären, davon zu Præjudiz der Freyherrn von B. zu testiren, aus der Ursach, weil sich die Herrn von B. gäntzlich alles Rechts, aller machenden Ansprach, und nominatim des ex Satutis Ducatus Juliacensis prætendiren-

den

den Erbrechts auf die der L. S. Familie in der Theilung durchs Looß zugefallene Güter expresse begeben, und freyes Willens den Herrn von der L. S. Linie die Potestatem eingeraumet, daß sie davon nach ihrem Belieben frey disponiren mögen, wie von ihren andern Gütern, deßwegen selbige unter besagtem *tit. 69.* nicht begriffen.

49 Sondern es hat 5.) der Hochseelig verstorbene Chur-T. Hr. Geheime Rath und Obermarschall Herr C. C. von der L. S. Linie, ohnerachtet der Disposition *d. tit. 69.* von denen ihm aus der O. Erbschafft, in deren Theilung angefallenden Gütern ohne einigen Anstand testiren, u. seinen Vetter Hrn. C C. von der L. zu A. darin̄ zum Erben instituiren kön̄en, weil ja durch obbesagte Clausul und darinn enthaltenes Pactum die Freyherrliche B. darinn expresse consentirt, mit ausdrucklicher Renunciation ihres vi Statuti Juliacensis prætendirenden Erbrechts, daß er Herr von der L. mit gedachten Gütern nach Belieben schalten und walten, folglich auch per ultimam voluntatem frey und ungehindert davon disponiren möge.

50 Validum vero omnino esse, & subsistere testamentum de bonis immobilibus avitis & hereditariis, von Erb- und Stamm-Gütern, de quibus alias vi Statuti testari haud licet, conditum, quando proximorum, qui in istis aliquod jus vel interesse habent, accessit consensus, communi Dd. calculo probata est conclusio, quæ procidit, sive ille consensus antecedat, sive subsequatur, sive expressus sive tacitus sit,

Mev. *ad Jus Lubec. lib. 1. tit. 10. art. 6. n. 93.* Stryk. *tr. de succes. ab intest. Disp. 7. cap. 1. n. 2. 10. 11.*

51 Und ob man hierwider 6.) wohl einwendē möchte, quod successiones universales certis tantum constitutisque modis deferantur,

§. fin. Inst. per quas person. cuique acquir.

& juris publici sint,

l. 3. ff. qui testam. fac. poss.

ideoque per privatorum pactiones transferri & mutari nequeant, quia tales pactiones circa futuras successiones contra bonos mores esse creduntur.

l. 61. ff. de verb. oblig. l. ex eo. C. de inutil. stipul.

& ne quidem jurejurando fulcitæ ac roboratæ viribus subsistunt.

l. fin. C. de pact. c. non est obligatorium. de reg. jur. in 6. Hier. Gabr. *vol. 1. R. 137. n. 1. 26.* Fern. Vasqu. *de succes. creat. §. 18. n. 197.* Val. Forster. *de succes. descend. lib. 1. q. 1.* Grass. *§. successio. ab intest. q. 6. n. 7.*

52 So ist doch bekandt und concordi interpretum sententia recipirt, pactiones de succedendo, quæ contractui alicui principali, qui justus & legitimus sit, velut sequela & consequentia quædam apponuntur, de jure valere & subsistere,

l. fin. C. de pact. ibi Bartol. *num. 1.* Bald. *n. 77.* Franc. Cart. *n. 26. & 43.* Beroj. *vol. 1. Cons. 50. n. 8.*

Zugeschweigen, quod pacta successoria de viventium hereditate priscis nostris Germanis, multis retro seculis & diu, ante, quam Jus Romanum in Germaniæ Tribunalibus receptum, quod seculo demum 15. contigit, ut probat 53

Lehmann. *Chron. Spirens. lib. 2. c. 39. & lib. 4. c. 21.* Conring. *de Orig. J. Germ. cap. 24. & 33.* Struv. *Ex. 2. th. 35.*

frequentata fuerint, & hodienum certa talium pactorum genera, non obstante Juris Romani dispositione, inter Illustres præsertim & Nobiles passim frequententur, iisque hereditates valide omnino deferantur, teste ipsa quotidiana experientia & Praxi, de qua testantur itidem

Stryk. *de succes. ab intest. Diss. 8. per tot.* Mascul. *de succes. convention. per tot.* Hahn. *de Jur. rer. cap. 7. concl. 66. cap. 8. & seqq.*

Nun ist hier Ao. 1642. principaliter zwischen 54 den L. und B. die Division der angefallenen O. Erbschafft wegen vieler aus der biß dahin gehabten Communione derselben entstandenen Ungelegenheiten getroffen worden, und haben solcher Erbtheilung die Partes dividentes mutuo consensu diese Clausul angehängt: Daß sie gesamte Interessenten alle und jede obspecificirte bißher in Gemeinschafft besessene, jetzo aber einem jeden zugetheilte Güter einander reciproce wollen cedirt, abgetreten und eingeraumt, NB. **sich einander enterbet und dergestalt Verzug und Austrag gethan haben,** daß ins künfftig ein wie der ander Theil mit dem ihm angefallenen Looß gleich andern seinen eigenthumlich zuständigen Gütern zu schalten und zu walten Macht und Gewalt haben solle, mithin sich also wissender Dingen wohlbedächtlich gegen einander verglichen, daß ein Theil dem andern die freye Hand lassen wolle, mit seinem Antheil Güter, so es empfangen, frey zu disponiren, ohn einig ihm beschehenden Eintrag, so den gemeinen Rechten durchaus nicht zuwider, sondern demselben vielmehr gantz conform ist, derowegen dieses mit dem Jure communi übereinstimmende und sich demselben in allem confirmirende Pactum, welches einem jeden die in den Gülischen Statutis abgestrickte facultatem testandi de bonis suis hereditariis & avitis den gemeinen Rechten nach restituiret und also gar gerecht und favorabel ist, in allweg unverbrüchlich zu halten.

Vox enim Prætoris æquissima nihil magis 55 fidei humanæ congruere dicit, quam ut pacta conventa, si neque dolo, neque adversus leges facta sint, religiose custodiantur, serventur & impleantur.

l. 1. l. 7. ff. de pact. l. 1. ff. de const. pecun.

quod & vox æterni DEI Filii Domini nostri comprobat, præcipiens, ut sermo noster sit Etiam, Etiam & Non non.

Matth. 5. v. 37. 2 Corinth. 1. v. 17. seq.

Et licet juxta Legis XII. Tabb. & Juris com- 56 munis dispositionem pactionibus & conventionibus successiones non dentur aut transferantur per ll. supra allegatas. Attamen

usu & consuetudine, inter Illustres & Nobiles imprimis, non solum in Germania, sed & in Gallia, aliisque Regnis & ditionibus, pacta successoria passim recepta esse, & valere, in vulgus notum est, cum enim pacta talia juri naturali haud sint contraria, per mores validiratem impetrarunt.

Hartm. Pistor. *lib. 4. q. 1. 2.* Hahnius & reliqui Authores supra allegati.

57 Nec quicquam impedimento privatis est, quo minus pactis & conventionibus suis statutorum tenori quoad proprium suum commodum & interesse derogare, & favori statuti in ipsorum utilitatem disponentis renunciare possint.

l. pen. C. de pact. Mev. *ad Jus Lub. qu. prælim. 9. num. 8. & part. 2. tit. 1. ad rubr. n. 53.* Hartm. Pistor. *l. 1. q. 4.* Carpz. *p. 3. c. 7. d. 12. seq.* Voet. *de statut. sect. 12. c. 2. n. 7.*

58 Quin & singuli statuto in favorem familiæ condito, sicut cuilibet alii, quod non primo, licet secundario, utilitatem publicam respicit, renunciare possunt, modo & sic non aliis id cedat præjudicio,

Betz. *de pact. fam. illustr. cap. 10. p. 713. seqq.* Hodiern. *ad Surd. Dec. 24. n. 4. & ad Dec. 140.*

59 ut quando sponte & libera voluntate de successione aliter inter se conveniunt & paciscuntur, quam statuto determinata est, quod maxime tum procedit, si eam per pactum ad Jus commune reducant. Pactum enim quod statutum Juris communis correctorium in consonantiam cum Jure communi reducit, validum omnino & favorabile est, sancte proinde servandum.

60 7.) Stünde es dahin, ob nicht die Güter qu. durch den Todt Hrn. C. C. von der L. S. Linie würden ehender an Hrn. C. C. von der L. A. als die B. Linie, verfallen, wann dieser gleich nicht von jenem im aufgerichteten Testament zum Erben eingesetzt wäre, noch bey der Theilung sich beede Familien, die L. nemlich und B. dahin verglichen hätten, daß jede freye Macht haben sollte, von dem ihr angefallenen Looß gleich ihren andern eigenthumlichen Gütern zu schalten und zu walten, dann wann der verstorbene Hr. Chur-T. Geheime Rath und Obermarschall davon als von bonis hereditariis & avitis von Erb- und Stamm-Gütern, nicht hätte, per ultimam voluntatem disponiren können, sondern wäre gehalten sie denjenigen heimfallen zu lassen, die das Erbrecht darauf haben, würde es auf die Frage

61 ankommen: Ob die Freyherrn von B. zu B. oder die Freyherrn von der L. zu A. das Erbrecht darauf hätten, und sie also diesen oder jenen zufielen? Da wir nicht zweifflen, daß wann nicht ein anders expresse in den Gülischen und Bergischen Statutis versehen, dieselbe den Herren von der L. zufallen würden, in Krafft der unter den Herren unter L. Ao. 1607. bey der damals getroffenen Erbtheilung bereits abgeredten Ao. 1661. aber völlig zum Stand gebrachten und von Kayf. Maj. allergnädigst confirmirten Erb-Einigung und Pacti familiæ, so nicht nur die schon gehabte, sondern auch alle künfftig durch Heyrath, Erb oder andern rechtmäßigen Titul erwerbende Güter ausdrücklich begreifft, und versihet, daß es forderist allerdings verbleiben solle, bey der zwischen beeden Linien, der A. und S. de A. 1607. getroffenen Theilung aller und jeder L. allodial- Erb- Eigenthum- und Lehen-Güter, wie dieselben damahlen auf beede Stämme an Häusern, Herrschafften, Lehen-Gütern, Renthen, Gülten und Gefällen in die Theilung kommen, was auch von Zeit jetztgedachter Thei- 62
lung biß zur Zeit des Pacti von einem oder andern aus beeden Linien durch GOttes Gnade, es sey Lehen oder Allodial, ererbet, erworben und acquirirt worden, oder noch ins künfftig durch Heyrath oder sonsten in andere Wege ererbet, erworben und acquirirt werden möchte, das alles solle bey selber Linie, so lang dieselbe seyn wird, welche die Güter geerbet und erworben, zwar verbleiben, auch mit oder ohne testamentarische Disposition beede Linien ihre abgesonderte Erbung und Successiones behalten, so lang dieselbe in ihrem Esse und Wesen seyn, und bestehen werden, nichts destoweniger aber mit beeder obgedachten Linien Successions- und Erbfolgerungs-Recht dem gantzen Stammen und beederseits Anverwandten als ewige aus dem Geschlecht deren von der L. unveräusserliche Fideicommiss-Güter dergestalt Affect und auf alle itzige und künfftige Stamms-Agnaten immerwährend geordnet seyn, daß, da sich nach dem ohnwandel- 63
baren Willen GOttes zutragen sollte, daß eine Linie von beeden obgedachten gantz und zumalen ohne Hinterlassung männlicher ehelicher Leibs-Erben auch ohne Aufrichtung einiger testamentarischer oder andern letzten Willens Disposition unter den übrigen Stamms-Verwandten aussterben sollte, die von der andern Linien alsdann zur Zeit des begebenden Sterb-Falls vorhandenen Agnaten vom Geschlecht und die am nächsten oder gleich verwandt seyn werden, in den hinterlassenen L. Stamm- und Fideicommiss-Gütern ohne Hinderung und Eintrag der etwan von der ausgestorbenen männlichen Linie verhandenen Töchter, als welche Krafft sothanen Pacti familiæ von Erbung der Stamm-Güter gäntzlich ausgeschlossen, succediren und erben sollen ꝛc. Gestalten durch dieses Pactum un- 64
zweifflich ein perpetuum Fideicommissum familiæ conventionale aufgerichtet, womit die Güter qu. nicht weniger, als alle andere L. Güter afficiret seyn, und in Krafft dessen von einer Linie auf die andere, exclusis fœminis & quibusvis extraneis, kommen und fallen sollen, deßwegen die Herrn von B. keinen Zutritt per successionem ab intestato darzu haben oder erlangen können, weil sothane Successio ab intestato per pactum istud den Herrn von der L. cum omnium extraneorum exclusione deferiret ist, dannenhero die Successio ab intestato legitima, quam Lex vel Statutum immediate defert, nicht Statt finden kan, so lang einige vorhanden

handen seyn von denen, welchen per Pactum familiæ de successione prospicirt ist.

65 Cum circa successionem ineundam semper prius indaganda voluntas hominis (hic per pactum declarata) quam Lex in subsidium vocetur.

l. 39. ff. de acq. hered. l. 89. ff. de reg. jur.

Provisio enim hominis facit cessare provisionem legis,

l. 3. C. de testam. tutel.

quia si præcaverunt contrahentes non indigent cautione legali.

l. fin. C. de pact. convent. post alios Barbos. *lib. 14. cap. 104. ax. 5.*

Cui convenienter tradit in terminis Mevius *ad Jus Lub. lib. 1. tit. 10. art. 6. n. 84. seq.*

re hereditaria vel avita contra tenorem Statuti alienata eam vindicandi jus competere illi, ad quem eadem ab intestato perventura, illum autem non ex primi acquirentis stipite unde bona illa provenerunt, præcise esse debere, sed sufficere, si ipse proximus sit successor, etsi à stipite illo non oriundus, sed plane alienus sit, modo defuncti possessoris successor proximus sit, cum non acquisitionis origo sed successio spectetur, nec attendatur, ex qua linea devenerit res hereditaria & avita & ex qua successor sit.

66 Weil num 8.) diesem nach der Herr von der L. ohne dem vi dicti Pacti Successorii ab intestato in den Gütern quæst. vor den Hrn. von B. dem Chur-T. Hrn. Geheimen Rath und Ober-Marschallen succediret hätte, so hat dieser auch gar wohl in favorem Domini de L. davon testiren und per ultimam voluntatem disponiren können.

67 Cum expediti juris sit, quod licet quis alias de re quadam testari & per modum ultimæ voluntatis disponere nequeat, si tamen in eadem illum heredem istituat, qui alioquin citra istam dispositionem jure successurus, testamentum tum valeat, v. g. Vasallus & si de feudo ex pacto & providentia in testamento disponere haud possit per textum

1. F. 8. pr. in fin.

68 si tamen eum instituat, qui alioquin ab intestato in eo successurus erat, testamentum subsistit, & quamvis agnatus hoc casu non tam succedat jure testamentario quam jure proprio sibi ex prima investitura quæsito & competente, ideoque testamentum otiosum & inutile videatur, attamen si non aliud, certe illud nihilominus inde habet commodum, ut ex L. fin. C. de Edict. D. Hadriani tollendo. citius feudi possessionem impetrare queat.

Schrader. *de Feud. part. 7. c. 2. num. 18.*
Vultej. *de feud. lib. 2. c. 1. n. 37. seqq.*

69 Daher weil Herr von der L. solcher Gestalt nicht nur das Jus ab intestato, sondern auch ex testamento zu succediren hat, darzu ferner aus einer besondern den 5 Febr. 1703. beschehenen Declaration à defuncto die freye Hand und vollkommene Macht und Gewalt erlangt vor oder gleich nach seinem seeligen Tod als sein eingesetzter Eigenthums-Erb neben seiner Frau Gemahlin als Krafft seines letzten Willens verordneter Leibzüchterin die Possession aller seiner hinterlassener Herrschafften und Güter nehmen möge und solle, anbey des Defuncti seel. Bediente und Unterthanen, Hof- und Zins-Leute von ihm ihrem Herrn seel. dahin angewiesen seyn, daß sie Parition leisten sollen so hat er Herr von 70
der L. ein zweyfaches gedoppeltes Recht zu Ergreiffung der Possession gehabt, und ist selbige optimo maximo jure von ihm durch seinen Rentmeister E. D. den 20 Febr. 1703. nicht nur in dem Dorff W. dessen Renthen und Gefällen, sondern auch in der Burg zu E. und darzu gehörigen Höffen, Appertinentien und Dependentien so zu selbigen Gütern biß dahin verwaltet, prævia homagii à subditis præstiti receptione ergriffen worden, als dieselbe durch des Chur-T. Herrn Geheimen Raths und Obermarschalls Tod den 19 Febr. de Anno 1703. erledigt worden, und vacua, noch von jemanden ulla ratione apprehendirt gewesen.

Mortuo enim possessore possessionem ex- 71
tingui nec in heredem, quoque suum, ipso jure transire, licet alia jura in heredes transmissibilia adita hereditate, quod sola voluntate fieri potest vel etiam gestione unius actus hereditarii

§. 6. Inst. de hered. qual. & different.

transeant, in vulgus notum est, nisi lege vel statuto aut consuetudine loci introductum vel receptum sit, ut possessio vacua ipso jure in heredem transeat, ut de Hispania, Gallia, Italia tradunt allegati

Struv. *Ex. 42. th. 17.*

Consistit enim possessio in detentione cum 72
animo sibi habendi, adeoque ita detinente mortuo & ipsa detentio, quæ factum personæ est, perit

l. 1. §. 15. ff. si is, qui testam. lib. esse juss. fuer.

ab herede igitur, qui eam vult acquirere de 73
novo apprehendenda est, nec nisi naturaliter, hoc est, facto apprehensa ei acquiritur.

l. 23. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. 30. §. 5. eod. l. 1. §. 15. ff. si is, qui testam. lib. esse juss.

Per mortem itaque defuncti possessoris eva- 74
cuata possessio tanto majori jure ab instituto herede apprehendi potest, quando defunctus testator ipsi expresse facultatem & potestatem dedit propria authoritate vel ipso adhuc vivo vel statim post mortem suam illam apprehendendi.

arg. l. 34. §. 1. de legat. 2.

Cum & citra facultatem istam ei expresse 75
concessam possit hereditatem propria authoritate occupare, si ea vacet possessore, ut ex *d. l. 23. probat.* Roder. Suarez. *in declarato. l. 8. tit. de las herent. lib. 3. for. legum.* Hilliger. *in Donell. lib. 7. cap. 10. lit. C.* alleg. Brunnem. *ad d. l. 23. de acquir. poss. n. 4.*

76 Derowegen er, Herr von der L. bey solcher ergriffenen Possession kräfftigst zu manuteniren und zu schützen, tum vi remedii *L. ult. C. de Edict. D. Hadr. toll.* ceu quod competit heredi testamento quo ad heredis institutionem vitio visibili carente instituto, ut vel in possessionem rerum hereditariarum inducatur, aut in possessione apprehensa confirmetur ac manuteneatur.

Roland. à Valle *vol. 3. Cons. 2. num. 7. & Cons. 78. n. 12.* Menoch. *remed. possess. adipisc. 4. n. 348.* Hunn. *in Encyclop. Jur. univers. p. 4. tit. 1. cap. 1. num. 36.*

77 tum ob expressam defuncti voluntatem, qui voluit & ordinavit, ut ipse possessionem vel se adhuc vivo vel mox post mortem suam apprehenderet, consequenter & in apprehensa possessione manuteneretur.

Und solches 9.) dessen ohnerachtet, daß theils Churmadige Güter seyn, ja von Herrn von B. vor rechte Lehen-Güter ausgegeben werden wollen, und solches die producirte Lehen-Brief-
78 se ausweisen sollen. Wir lassen billig den Stritt super qualitate deren zu E. gelegenen Güter, ob es allein Churmadige oder auch rechte Lehen-Güter seyn, an seinen Ort gestellet seyn, weil dieser Einwand suo modo eine Exceptio de Jure tertii ist, quæ regulariter non admittenda.

Non enim quis potest agendo vel defendendo jus tertii in judicium deducere
l. 4. §. 7. ff. si servit. vindic.

79 proprio etenim quisque jure niti & ex eo suas petitiones ac defensiones formare debet
l. 1. ff. si pars hered. pet.

allegare autem jus tertii vel agendo vel defendendo, nihil est aliud quam alienis plumis se contegere, cum propriis sit nudus.

Wesenbec. *Cons. 340. n. 65. seq.*

80 Und muß die Controvers von der Qualitæt der Güter beym Lehen-Hof ausgemacht werden, indeß weil die Acta klar geben, daß es bona Curmedica seyn, præsumiren wir eher, daß es bloß und allein Churmadige, als noch darzu rechte warhaffte Lehen-Güter, die rechter Lehn-Güter Art und Eigenschafft haben, seyn sollten, weil nicht wohl kan præsumiret werden, quod res duplici onere sit affecta, sondern vielmehr zu vermuthen, quod uno saltem onere gravata sit, ex eo, quod quælibet res in dubio semper libera, & sic allodialis magis, quam feudalis præsumatur, quia allodialitas est qualitas naturalis, feudalitas vero est adventitia & impositicia, ea autem, quæ rei alicui naturaliter insunt, semper inesse præsumuntur,

post alios Hunnius *in Encycloped. Jur. univers. p. 2. tit. 20. cap. 2. num. 3.* Menoch. *lib. 3. præsumpt. 91. n. 1. seqq.* Vultej. *de feud. lib. 2. cap. 3. num. 12.* Berlich. *p. 2. dec. 178.* Carpzov. *lib. 1. Resp. 81.* Struv. *Synt. Jur. Feud. cap. 16. aphor. 11.*

Allodialem autem naturam & qualitatem ha- 81
bere quoque videntur bona Curmedica, ex eo, quod constituant speciem bonorum emphyteuticorum, quæ ad feuda minime pertinent, deficiente feudi forma. Et cum feudo tantum allodium opponi soleat, nec ad naturam allodii præcise requiratur, ut quis rem absolute possideat sine ullo concursu juris alieni, dominium enim etiam in allodialibus lege vel conventionibus restringi potest, nil obstat, quo minus bona Emphyteutica potius ad allodialia quam feudalia referamus, consequenter & Curmedica ad illa potius, quam hæc pertineant. Sicut ista ejus naturæ esse quoque agnoscit

Rudingerus *cent. 1. Obs. 98.* cum dicit: Curmedica in Ducatu Juliac. esse bona quasi feudalia Emphyteutica quæ scil. requirunt investituram, sed si defunctus reliquit successorem filium, tunc ille ex equis habet optimum, ex bobus optimum, Dominus secundum pro investitura. Et quando ita Dominus capit aliquid ex rebus animatis, puta optimum vel secundum, appellatur lebendige Curmode. Si vero participat, ex vestimentis vel aliis inanimatis simpliciter appellatur Curmode.

Variare tamen locorum consuetudines circa 82
hæc bona Curmedica notant

Wehner. *Obs. voc. Curmode.* & Rosenth. *in Synops. Jur. Feud. cap. 2. concl. 64.* eaque in quibusdam locis ita concedi testantur, ut quotannis ex illis modicum quid v. g. par caponum aut anserum, præstari soleat, & mortuo accipiente heres ejus meliorem equum aut bovem in relevium solvere ac juramentum fidelitatis præstare teneatur, ut in Ducatibus Juliacensi, Bergensi, Archi-Episcopatu Colonienſi, vicinisque locis, & tunc eadem potius feudalia quam emphyteutica judicari; in aliis vero locis eadem ita concedi referunt, ut pro iis nulla fidelitas juretur, promittatur aut præstetur, ac tunc illa magis emphyteutica vel censualia quam feudalia censeri. Item in aliquibus locis eadem sine consensu Domini alienari posse, in aliquibus non: Ubi vero ratione illorum etiam fidelitas promittitur & præstatur, & sic potius feudalia quam emphyteutica esse censentur, plane degenerantia & impropria tamen feuda esse, quæ vulgo Curmeide, Curmode Hoff-Güter oder Hueb-Güter vocantur, ac feudis rusticis annumerari & inde plerumque ad heredes quosvis, etiam fœminas, transmitti dicunt

vid. Rosenthal. *d. c. 2. concl. 64. num. 4. & cap. 6. concl. 66. num. 2. it. cap. 7. concl. 33.* Voet. *de jure revolutionis cap. 4. num. 23.*

Deme nach die Qualitas feudalis Curmedica 83
etwelcher weniger Güter nicht hat hindern können, daß nicht Herr von der L. S. Linie so wohl

von

von denselben, als andern freyen Gütern hätte in favorem proximi sui alias ab intestato successuri agnati disponiren mögen, und nicht minder in demselben, als andern seiner hinterlassenen Frau Gemahlin den Usumfructum aut Dotalitium constituiren können.

vid. Werner. Thummermuth. *tract. Krumbstab schleusst niemand aus. seu Relat. Compromiss. Feud. inter Archi-Episcop. Colon. ac Capit. & Stat. Paresque Curiæ. fundam. tertio Parium Curiæ. num. 51.* ubi in terminis in Ducatibus Juliacensi, Clivensi, Montensi, & Archi-Episcopatu Colon. in feudis maternis usumfructum Patri competere, imo eundem ad demortuorum fratrum relictas Viduas ex consuetudine Curiæ devolvi.

84 Aus welchen allen bißher deducirten sich dann 10.) von selbst ergibt, daß des Freyherrn von B. absque ullo juris colore angemaßte Ergreiffung der bereits von dem Herrn von der L. ex sibi à defuncto expresse concessa facultate & potestare, optimo maximo jure, justissimo heredis testamento instituti & alias quoque ab intestato successuri titulo, apprehendirten Possession nicht anders angesehen werden könne, als eine widerrechtliche verbotene Turbation.

85 Quippe quæ est actus, quo possessor alterius dolo vel culpa libere, quieteve rem possidere, eave uti impeditur, vel molestia atque incommodum possessioni affertur. Turbaturque ita possessio vel in vel extra judicium, ac utrovis modo vel verbis vel re aut factis. In judicio verbis fit, negando adversarium suum possidere & simul se solum possidere asserendo.

l. 1. §. 3. ff. uti possid.

86 re fit 1.) ex invalido Judicis decreto possessionem ingrediendo. 2.) sequestrem alienæ possessionis à judice injuste obtinendo. Extra judicium turbatio fit verbis: 1.) diffamatione possessionem possessori non competere, si ista libera possessio impediatur. 2.) falso asserendo, se habere jus in re alterius. re fit 1.) gerendo se circa rem ab alio possessam, tanquam à se possessam, veluti vendendo eam, locando, colendo, possessionem invito possessore intrando.

l. 6. §. 1. de acq. vel amitt. possess.

2.) resistendo & opponendo se possidenti.

Struv. *Ex. 42. th. 28. 29.* Hahn. *ad Wesenbec. tit. Uti possid. num. 5. verb. adversus quoquo modo turbant.*

87 Daß Herr von der L. A. Linie optimo maximo jure ex justissimo duplici titulo den 20. 21. Febr. 1703. die vacuam possessionem der ihm von dem Chur-T. Geheimen Rath und Ober-Hoff-Marschallen erblich angefallenen Güter und Herrschafften sammt allen Appertinentien durch seinen Rentmeister Ernest. D. corporali ingressu præsente Notario & testibus ergriffen, zeuget zu rechtlicher Gnüge, das à Notario darüber aufgerichtete Instrumentum apprehensæ possessionis.

Nam apprehensio possessionis talis est actus, super quo recte & legitime Instrumentum conficitur, ut hinc ingressus & apprehensio per Instrumentum commode & sufficienter probetur, uti 88

ex Surdo *lib. 1. Cons. 117. n. 2.* notat Postius *de manutent. Obs. 21. n. 8.*

Darwider vergeblich vom Gegentheil opponirt wird, daß solches Instrument kein fidem meritire, weil der adhibirte Notarius nicht in Camera Imp. immatriculirt, sondern nur ein simplex Notarius sey. Denn ob zwar wider die alte Gewohnheit, da unter den simplicibus und immatriculatis Notariis kein Unterscheid war, sondern so wohl die simplices, als die immatriculirte in & extra Cameram ihr Officium exerciren könnten, itzo bey der Cammer ein anders eingeführt per Ordin. Camer. *part. 1. tit. 39.* daß nemlich heutigs Tags bey der Cammer in actis Cameralibus keine Notarii ihr Amt verrichten können, sie seyen denn immatriculirt. 89

Gail. *1. Obs. 21. n. 6.* Mynsi. *1. Obs. 78.*

So ist doch nicht præcise eines Notarii præsentia vonnöthen, quo ab hoc conficiatur Instrumentum super apprehensa possessione, denn ob es wohl sicherer, wann ein Notarius adhibirt worden, 90

Quia hujus major fides est, quam alterius privati, ob solenne jurisjurandi vinculum, quo ab initio suscepti officii constrictus, adeo, ut duorum testium vices subeat.

Mev. *part. 3. dec. 171. num. 3.*

hinc semper pro Notario magna est præsumptio,

Alciat. *de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 16. num. 19.*

So ist es doch nicht nothwendig, daß ob Notarii absentiam die Possessio instrumentalis kein Bestand haben oder vitiirt werden sollte. 91

Solenne enim Instrumentum non ad possessionis apprehensionem, sed ad apprehensæ probationem exigitur. Probatio vero cum per alios testes fieri quoque possit, non absolute necessarius erit Notarius. Quod & sentire videtur.

Postius *d. Obs. 21. n. 46. in med.*

Unde Dn. Stryk 92

Disp. de Possess. Instrument. cap. 2. n. 39. statuit, quod si Instrumentum à privato confectum saltem à tribus testibus subscriptum fuerit, hoc sufficere quoad jus possessionis, quamvis Notarius non adfuerit. Instrumentum enim tale effectum publici habere

per *l. 11. C. qui potior. in pignor.*

modo de manu & subscriptione testium constet vel per recognitionem vel per comparationem manus.

Card. Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 11. tit. 24. n. 9. seq.* Brunnem. *ad d. l. 11. C. qui pot. in pignor. n. 5. seq.*

93 Nun sind hier in nostro casu bey der vom A. Rentmeister den 20 Febr. 1703. beschehenen Ergreiffung der Possession nicht nur drey specialiter darzu erforderte Gezeugen, sondern auch alle Schöpffen und Unterthanen durch Anziehung der grossen Glocken darzu beruffen, gewesen, und die Huldigungs-Pflicht zugleich abgelegt, ob wohl aber die in ipsa actuali apprehensione possessionis mit zugegen gewesene drey Zeugen, das darüber aufgerichtete Instrumentum neben dem Notario nicht mit unterschrieben, so würde doch deren jurata depositio eben den Effect haben, den die Subscription hätte, wann es vonnöthen wäre sie darüber jurato zu vernehmen.

arg. l. 15. C. de fide instrum. & eorum, quæ tradit Mev. *p. 8. dec. 362. & p. 5. dec. 157.* Vincent. de Franchis *Dec. Neap. 95.*

94 Wir erachten aber solches gantz überflüßig, und dieses ad probandam apprehensionem possessionis gnug zu seyn, daß der Notarius Apostolicus & Cæsarius Georg. D. über die in sein und dreyer darzu erforderten Zeugen Gegenwart ergriffene Possession das Instrumentum errichtet, und mit seiner Subscription und Notariat-Signet corroborirt, quod ut Instrumentum publicum à persona publica confectum arreptam possessionem plene probat

per tradita.

95 Quo posito, die von Herrn von B. hernach absque ullo Juris colore angemaßte Ergreiffung der nicht mehr ledigen, sondern bereits occupirten Possession, nichts anders seyn kan, als eine in Rechten verbotene Turbation, und weil er solche noch biß dato in judicio zu behaupten sucht, ist es eine vielfache re & verbis, in & extra judicium, multis modis beschehene und repetirte injusta turbatio, wie sie vor beschrieben, consequenter ist das von Herrn von B. per falsa narrata ausgewürckte Decretum manutenentiæ in allweg zu cassiren, hergegen Herr von der L. bey seiner rechtlich erlangten Possession wider jenes angemaßte widerrechtliche Turbation omnibus modis zu schützen und zu manuteniren, vi interdicti uti possidetis.

96 Ceu quod est interdictum prohibitorium, ad retinendam possessionem comparatum

l. 1. §. 1. ff. uti possid.

97 Cujus nomine & loco hodie datur actio realis, directo competens ei, qui in possessione rei corporalis immobilis

d. l. 1. §. 1. uti possid.

sive civili, sive naturali

arg. l. 1. §. 1. 7. 8. l. 2. ff. uti possid.

98 & utiliter ei, qui in quasi possessione rei incorporalis sive juris, v. g. juris decimandi, venandi, piscandi, pascendi, jurisdictionem exercendi, ligna cædendi &c.

l. fin. ff. uti possid. vid. Carpzov. *p. 2. c. 7. d. 11.* ibi Goswin. ab Esbach. Besold. *p. 6. Cons. 274.*

turbatur ab aliquo, à quo nec vi, nec clam, nec precario possidet.

l. 1. §. fin. l. 2. d. t. Struv. *Ex. 45. th. 119.*

contra ejusmodi turbatorem & possessionis 99
usum quoquo modo intra aut extra judicium, factis vel saltem verbis impedientem,

l. 3. §. 2. 3. ff. uti possid.

ut actor ejus rei possessor vel quasi declare- 100
tur, & reus dehinc turbare desinat,

l. 1. §. 4. d. t.

præstetque id, quod actoris interest, ipsum non fuisse turbatum

l. 3. §. ult. d. t.

adjecta etiam de Jure civili interdum cautione de non amplius turbando.

Hahn. *ad Wesenbec. tit. Uti possid. n. 5. verb. Itaque &c. p. 396.*

Welche Action hier in persona des Herrn von 101
der L. bestens fundirt, als der in civili (ratione formæ) & naturali (ratione modi) possessione der Güter quæstionis justissimo titulo constituirt, darinn aber von Herrn von B. injustissime beeinträchtiget und turbirt wird, deßwegen salva justitia nicht anders als vor ihn in hac actione possessoria gesprochen werden kan.

Jure enim vincit hoc interdicto, qui pro- 102
bat (sicut hoc fecit Dn. de L.) se possidere, & alterum ipsum in possessione turbare, quod probatur vel vere, si quis interdicti petiti seu litis contestatæ tempore se possidere ex actibus possessoriis ostendat

§. 4. Inst. de interd.

vel secundum Jus Canonicum præsumptive, 103
probando scil. antiquiorem possessionem, inde namque possessionem præsentem ei vere competere, & actus, quos alter allegat, turbatorios esse, præsumitur.

c. licet. de probat. Hahn. *ad Wesenbec. tit. uti possid. num. 5. verb. Hodie tamen &c. p. 396.* Struv. *Exerc. 45. th. 120.* ibi Müller. *in addit.* Mev. *part. 8. Dec. 449.*

Welches wir also zu verlangter rechtlichen Nachricht obhabenden Pflichten nach gehorsamst anfügen und mit unserer Facultät gewöhnlichem Insigel urkundlich bekräfftigen wollen.

Actum in Collegio den 11 Julii 1705.

Decanus und andere Doctores der Juristen Facultät bey der Fürstl. Würtembergischen Universität zu Tübingen.

CON-

CONSILIUM CXXVI.

DE

Juris paſcendi in alieno per Præſcriptionem temporis immemorialis prætenſa acquiſitione & de hujus Præſcriptionis requiſitis.

SUMMARIA.

1-4. Tenor Actorum recenſetur breviter.

5. Quænam actiones in cauſa Juris paſcendi præcipue obveniant, & ex iis quænam, an poſſeſſoria an petitoria inſtituta?

6. Solo poſſeſſorio inſtituto judicem de proprietate aut jure ipſo, de quo lis eſt, judicare non poſſe, quamvis ex actis & probatis de juſtitia petitorii conſtet.

7. Quando partes in Proceſſu in iis principaliter ſe fundant, quæ ad petitorium ſpectant, & ex probationibus de cauſa petitorii facilis reddita, an, ob accedentem ſalutarem libelli clauſulam poſſeſſorium abſorberi poſſit a petitorio?

8. Quando de petitorio res aperta eſt, ſive poſſeſſionis cauſa ſit dubia, ſive etiam liquida, ſuper iſto tamen pronunciandum eſſe, & poſſeſſorium abſorberi à petitorio, aſſeritur.

9. Ratio, quod majori cauſæ cedat minor, & illa hanc ad ſe trahat.

10. Judicem non modo poſſe, ſed etiam debere ſuper evidenti petitorio jus dicere, etſi tantum ſuper poſſeſſorio lis, & ſuper eo quoque concluſum fuerit.

11. Etiamſi Libellus unice poſſeſſorium comprehendat, & contra multiplicem proteſtationem, de ſe non intromittendo in petitorium.

12. Effectus & uſus clauſulæ ſalutaris libello adjecto hoc in caſu demonſtatur.

13. Qui jus paſcendi in alienis ſylvis & paſcuis exercere vult, probare debet, hoc jus legitime eſſe acquiſitum & conſtitutum.

14. Jus paſcendi in alieno eſt ſervitus. Ejus deſcriptio ibid.

15. ſeqq. Quomodo concedatur & conſtituatur hæc ſervitus? & quaſi traditio hic quomodo fiat?

18. Per Præſcriptionem eam etiam acquiri, cujus fundamentum ex parte præſcribentis & ejus contra quem præſcribitur, indicatur.

19. Referens regulatur ſecundum naturam relati, & ex hoc fidem ac interpretationem accipit unde ſi in relato non continetur, quod in referente exprimitur, hoc nihil probat, ſed corruit, & ut erroneum ac noviter inſcriptum rejicitur.
Limitatur hoc. ibid.

20. ſeqq. De quaſi poſſeſſione hujus juris quid teſtes dixerint, ex facto refertur.

23. Deficiente & non probato titulo, quo prævio ſervitus paſcendi conſtituta, ea acquiſita dici nequit, etiamſi quaſi poſſeſſio doceri poſſet.

24. De primo requiſito ſervitutis paſcendi ſecundum Praxin hodiernam & Uſum Fore, immemoriali poſſeſſione.
Ratio, quia eſt ſervitus diſcontinua. ib.
Quales ſervitutes non niſi immemoriali tempore præſcribi, communis & in Praxi & in Camera recepta eſt ſententia, à qua non recedendum. ibid.

25. In Foro Saxonico omnes ſervitutes indiſtincte ſpatio 30. annorum, anni & diei præſcribuntur.

26. Præſcriptio ſine poſſeſſione locum habere non poteſt, neque immemorialis.

27. Quæ poſſeſſio non debet eſſe precaria, aut tantum exerceri jure familiaritatis, ſed (in ſervitutibus) jure ſervitutis, tanquam ad acquiſitionem qualificata.

28. Qui vi aut clam aut precario poſſidet, tanquam vitioſe poſſidens non præſcribit.

29. Jure familiaritatis pecora ſua in alieno paſcens non præſcribit, neque ita præſcriptionis cauſa incipere poteſt.
Neque ita per exercitium 1000. annorum jus acquiri, ſtatuitur. ibid.

30. In dubio præſumi, paſcuis alienis utentem iis non jure ſervitutis, ſed ex familiaritate uſum eſſe, etiamſi hujus uſus tempus ſive initium hominum memoriam exceſſerit.

31. Præſcriptio hujus ſervitutis debet eſſe quieta & continua, non interrupta nec turbata.

32. Secundum requiſitum hujus præſcriptionis eſt patientia Domini rei ſervientis.
Hæc tamen, cum exercitium juris paſcendi in oculos hominum incurrat, non probanda eſt, ſed præſumitur, ſi ſcilicet de tali exercitio conſtat. ib.

33. Tertium requiſitum ejus immemorialis præſcriptionis bona fides.
Non quidem Jure Civili, quod in præſcriptione longiſſimi temporis, ſive 30. vel 40. annorum, eam non requirit, ſed ſec. Praxin. ex Jure Cononico. ibid.

34. Hæc tamen bona fides ob nimiam diuturnitatem præſumitur, niſi contrarium legi-

legitime probetur, & inde in præscriptione immemoriali probari non debet.

35. *Etsi malæ fidei probatio hanc præsumptionem prosternat, illa tamen difficilis est ob fortitudinem hujus præsumptionis.*

36. *Possibilitas autem hujus malæ fidei probationis duobus exemplis demonstratur.*

37. *seq. Primi requisiti defectus in causa actorum.*

39. *Qui in legitima possessione se fundat, eam à Domino, vel ab eo, quem Dominum esse credidit, aut qui jus habuerit transferendi possessionem & quidem ex justo etiam titulo seu causa acquisisse debet.*

40. *Vitiosa possessio nihil prodest, neque in ea quis manuteneri debet.*

41. *seqq. Reliqua duo requisita præscriptionis istius ad causam applicantur.*

45. *Pascua in territorio vel districtu quodam sita regulariter censentur, & sic præsumuntur esse Universitatis vel hominum illius loci.*

46. *Inde nullus extraneus sine servitutis aut alio legitime quæsito & probato jure ibi jus pascendi pecora sibi vindicare potest, cum territorium quoad personas extraneas liberum præsumatur,*

47. *Verba Decii de jure pascendi Communitatum in suis districtibus, licet bona sint personarum particularium, ab hisce tamen per venditionem bonorum in extraneos non imminuendo.*

48. *Sententia.*

Hoch-Edler, Gestreng und Hochgelehrter, auch Wohl-Edle, Wohl-Ehren-Veste, Groß-Achtbare, Wohlweise, Wohl-Fürnehme, Insonders Groß Hoch und Vielgeehrte Herren, werthe Gönner.

Demnach wir vor einiger Zeit um Ertheilung meines rechtl. Gutachtens zugeschickte, hiebey wieder zuruck kommende Acta in Sachen Schultheiß, Burgermeister und Gericht, auch gantzen Gemeind zu Deckenpfrond, Calwer Amts, Klägern an einen; entgegen und wider Schultheiß Burgermeister und Gericht auch gantze Gemeind des Flecken Güldlingen Wildberger Amts Beklagte am andern Theil, habe, so bald es wegen anderer überhäufften Geschäfften seyn können, mit behörigem Fleiß gebührend durchlesen, reifflich erwogen, und befunden, daß nachdem sich beederseits erschienene Procuratores und Syndici
1 durch Producirung ihrer Gewäldte und Syndicat zu rechtlicher Gnüge legitimiret, Klägere Summarischer Erzehlungs-weyse folgendes in facto klagend vor- und angebracht: Es hätten die Aa. schon vor ohnerdencklichen Jahren das Jus pascendi vermög Böblingischen Altenforst Lager-Buchs de Ao. 1556. auf der Rr. Flecken Waldungen, Krafft dessen sie ihr Vieh dahin ausgetrieben und geweidet, wie sie dann auch ihr uhralte Gerechtigkeit immerzu ruhiglich exerciret, ohne daß jemanden etwas einzuwenden oder sonsten ihr Jus anzufechten verlangt, ja die Rr. selbsten hätten die Aa. erst vor wenig Jahren in ihrem Recht bestättigt, denn nachdem in Anno 1690. derselben Vieh um etwas anbrüchig worden, und solches die Rr. in Erfahrung gebracht, haben sie, wie erweißlich sey, einige gewisse Personen an den Schultheissen abgeordnet, und ihne bittlich ersucht, sich der Wayd, biß und dann ihr Vieh wiederum möchte curirt seyn, nicht zu gebrauchen, dessen allem ohngeachtet, hätten die Aa. ihr Jus ohne weitere Widerrede der Rr. biß dahero ruhig continuiret, allein vor ohngefehr
2 3thalb Jahren sein die Rr. zusammen getretten, und hätten sich eiferigst dahin bemühet, wie sie denen Aa. ihr Jus entziehen, mithin aus der Possession bringen möchten, inmassen selbige auch zu dem Ende ein mit zimlich vielen Ungründen angefülltes Memoriale bey dem Hochfürstl. Justitz-Rath eingereicht, und darinnen sub & ob reptitie einen favorablen Befehl vor sich ausgewürcket, alldieweil aber die Aa. damit nicht zu frieden seyn könnten, sondern ihre Sach per viam juris auszumachen sich gemüßiget gesehen, als sey endlich dieselbe an den Hrn. Richter allhier zu deren Erörterung gnädigst remittirt worden, und erhelle aus præmittirter facti narratione, daß denen Rr. einig zu recht gültige Ursach nicht zukomme, die Kläger also in ihrer Possession ihres uralten juris zu beunruhigen, und dieses vors 1) in Betrachtung des zu gegensetzenden Böblingischen Forst-Lägerbuchs, vermöge dessen denen Aa. die Waydgangs Gerechtigkeit mit allem ihrem Vieh u. Pferden neben denen Rr. exerciren zu können zugesprochen werde, cujusmodi Instrumenta publica plenam faciant fidem *l. 10. ff. de probat.* 2) seye hiezugegen auch zu bemercken nöthig, daß die Aa. gleichwol schon biß in das 50. Jahr in der Possession ihres juris stehen, ohne daß jemalen ihnen derentwegen einige Quæstion wäre moviret worden, oder sonsten die Forst-Knechte sie, wie sonst in dergleichen Fällen gemeiniglich beschiehet, zu rügen verlangt hätten, so daß 3) auch den Aa. die Exceptio præscriptionis mit gutem Fug rechtens zukomme, krafft deren die Rr. mit ihrem ohnbefugten Ansinnen schlechter Dingen können abgewiesen werden, sintemal nicht zu zweiffeln es werden der Rr. Voreltern, wann solches Jus denen Aa. nicht zugestanden, hiewider sich auf das eusserst gesetzt, und ihnen eine so unerdencksliche Zeit den Waydgang in ihren cummun u. privat Waldungen nimmer zugelassen haben, gestalten dann bey solcher der Sachen Beschaffenheit an den Herrn Richter der Aa. gehorsamst rechtl. Bitte ergehe, zu erkennen u. sprechen, daß sie ferners in ruhiger Possession ihres Juris gelassen, die Rr. auch keine

ne weitere Ansprach derentwegen an sie zu machen befugt, anbey den Aa. alle causirten Kösten und Schaden zu refundiren schuldig u. verbunden seyn sollen Implorato Nob. Jud. officio.

3 Worauf, nach utrinque gebetener, erkandter und richtig gemachter Caution unter vorläuffiger Declaration, daß weil das Possessorium durch Hochfürstl. Gn. Befehl vom 16. Febr. 1701. ausgemacht, mithin allein das petitorium hieher verwiesen worden, man Rr. seits seine Handlung auch allein auf das letztere restringirt u. verstanden haben wolle, Rr. litem negative contestirt, negando narrata prout narrata, petitaque fieri debere prout petita, specialiter widersprechend 1) daß die Aa. mit den Rr. das geringste Stück von anmaßlichen privat u. commun Wäldern gemein haben. 2) Daß sie einige Waydgangs gerechtsame auff der Rr. Wäldern hergebracht, oder einige actus pascuales, nisi forsan clam & furtive, exercirt haben. 3) daß sie in einiger titulata vel legitima possessione, nisi jure saltem familiaritatis ad aliquod tempus in certo saltem loco & non indifferenter in omnibus Rr. sylvis gewesen seyn, consequenter 4) einiges jus pascui præscribirt u. acquirirt hätten, und dient zur Erleuterung der Sach, qua facti kürtzl. daß die Rr. in ihren Zwing und Bannen schöne u. zimlich weitläuffte Waldungen, so zum Waydgang dienen, von 1000. und mehr Morgen besitzen, unter solchen befinden sich auch 35 Morgen Walds der Haimenwald genandt, welcher unterschiedlich privat Personen zu Deckenpfrond eigenthumlich zugehören, ob wohl nun die Rr. so wohl auf diesen 35 Morgen, als auf denen übrigen allen das Jus pascui, intuitu der Aa. einzig u. allein, nicht nur von 20. 30. biß 100. Jahren, sondern von unerdencklichen Zeiten her allein hergebracht haben, so hätten doch Rr. zu Pflantzung Güter noch Baarschafft per conniventiam & qs. jure & familiaritatis geschehen lassen, daß Aa. ihr Vieh in solchen von 35. Morgen bestehenden Haimenwald treiben mögen, es hätten aber die Aa. sich solch Nachbarlicher Veraünstigung u. Nachsehens undanckbarer Weyse zu mißbrauchen ohngefehr vor 12 oder 13 Jahren angefangen, und zuweilen heimlicher Weyse auch ihr Vieh auf die so genandte Haselställer überwachsene Felder, ja so gar in den Herrschafftl. so genandten Weyerwald zu præjudiz und Nachtheil deren denen Rr. daselbst allein competirenden Waydgangs Gerechtigkeit dann u. wann zu treiben, hergegen haben Rr. wann sie den Hirten oder andere particular Personen betretten, herkommentlich gerügt und gestrafft, und damit so wohl, als auff andere Weyß ihre Waydgangs Gerechtigkeit gegen die Aa. mithin intuitu derselben solche Felder u. Wälder à servitute frey und unbekümmert erhalten. Obwohl nun hergegen die Aa. zu
4 Behauptung des anmassenden juris & servitutis pascendi sich 1) auf das Böblingische Forst-Lägerbuch. 2) auf eine 40 biß 50jährige Possession vel quasi, mithin 3) auf eine Præscription beziehen, so seyn doch diese Ratiunculæ nur wurmstichige fundamenta, dann was 1) das Forst-Lägerbuch anbetreffe, sey solches nicht zum Vorschein kommen, 2) würde es wenig in causa tertiorum probiren können, 3) würde es vielmehr vor die Rr. zu acceptiren seyn, dieweil nach dessen von den Aa. angezogenem Inhalt kein Jus pascendi, sondern ein merum compascuum würde beygebracht werden, dessen indoles darin bestehe, daß durch einen usum compascui ne quidem per tempus immemoriale præscribirt werden könne

per tradita Carpz. *p. 2. c. 4. d. 14.*

Was aber 2) die 50jährige possessionem juris compascuorum betreffe, werde selbige 1) constantissime negirt. Ob schon Aa. zu deren Bescheinung vorgeben dürffen, als ob die Rr. in Ao. 1690. eine gewisse Person an den Schultheissen zu Deckenpfrond abgefertigt, ihne bittlich ersucht, und damit der Aa. gerühmte Possession eingestanden hätten, sie sollten sich der Wayd nur so lang enthalten, biß ihr der Aa. Vieh wieder werde curirt seyn, alldieweil auch dieser Umstand nimmermehr erweißlich werde können beygebracht werden, 2) werde vor bekandt angenommen, daß Aa die jactirte possessionem nicht höher als biß in das 50 Jahr setzen und restringiren wollen, denn weil ausgemacht sey, daß das jus pascendi als eine servitus discontinua non alio, quam immemoriali tempore præscribirt u. erworben werden könne, so falle damit auch der 3 in petitorio hauptsächliche Umstand und fundament, so ab Aa. per modum exceptionis angeführt werden wollen zu Boden, und sey bey solcher bewandtsame der Kr rechtl. Bitte, die Rr. von angestellter Klage zu absolviren, sie herentgegen bey dem auf allen in ihren Zwang und Bann gelegenen Feldern u. Wäldern hergebrachten jure pascui und intuitu der Aa. offenbaren libertate à servitute pascendi kräfftigst zu schirmen und zu manuteniren, mithin die Aa. in alle Kosten und Schaden zu condemniren, cum Implor. Off. jud. nob.

Nach welchem sich beyde Theil zur Beweisung und Gegenbeweisung gelencket, und nach utrinque eingezogener und publicirten Zeugen vorher ferner replicando, duplicando & concludendo in Schrifften verfahren und zur Urtheil submittirt.

Hierüber nun meine beywohnende rechtl. Gedancken kürtzlich zu eröffnen, so haben fordeerist die Formalia Processus, Jdictione Judicis per remissionem Sereniss. vigore beyligenden Rescripts de d. 8. Jan. 1702. satis fundata, ihre in Rechten erforderte Richtigkeit, und ereugt sich bey selben nirgends kein nachtheiliger Mangel. Materialia oder merita causæ belan- 5
gend, so kommt primo zu erwegen was vor eine Klag oder Action erhoben sey? Weil nun zwischen Klägern und Bekl. hier die Strittigkeit ist wegen der Hutt und Wayd, so Klägere mit ihrem Viehe auf und in der bekl. Feldern u. Wäldern zu exerciren prætendiren, diese aber solche jenen in ihren Wäldern u. Feldern nicht zugestehen wollen, so sind die zu deren Behauptung competirende Rechts-Mittel 1) actio confessoria, quæ est actio realis, welche dem Eigen-

thums-Herrn des prædii dominantis zukommt, daß er dadurch den jenigen, welcher ihnen die Hutt und Wayd auf dem Seinigen schuldig ist, solche aber verwegert, wie auch alle, so da in dem Waydrecht einige Hinderung machen, gerichtl. dahin nöthiget, daß er oder sie ihn in seinem erworbenen Recht unverhindert lassen und darinn auf keinerley Weiß und Weg turbiren, zu solchem Ende auch gnugsame Caution stellen, und was er oder sie durch die bißherige turbationes ihm vor Schaden verursachet, erstatten.

l. 1. l. 2. pr. §. 1. l. 4. §. 2. l. 6. ff. si servit. vendic. l. 16. ff. de servit.

2) Interdictum uti possidetis utile. Remedium prius petitorium, posterius possessorium est pro tuenda qs. possessione juris pascendi nobis constituti competens. Klägere nun haben allein dieses wollen intendiren u. ihr petitum darauff eingerichtet, Bekl. aber haben dawider excipirt, daß das Possessorium per Rescriptum Serenissimi de d. 16. Febr. 1701. prævia sufficiente causæ cognitione bereits terminirt und pro Reis decidirt, das Petitorium aber Klägern, wann sie Beklagte Spruchs und Forderung nicht erlassen wollten, coram judice per viam juris auszumachen reservirt u. concedirt, selbiges also allein an dieses löbl. Ju-
6 dicium gnädigst remittirt. Ob gleich aber die Verba des Fürstl. Rescripti, dadurch die Sach an diß Löbl. Gericht Gn. remittiret, also general zu seyn scheinen, daß sie so wohl auf das Possessorium als Petitorium gezogen werden können, und daher geschlossen werden möchte, daß es den Klägern derowegen frey gestanden, ob sie das Petitorium oder Possessorium anstellen wollen, weil sie also sich expresse declarirt, daß sie bloß das Possessorium instituirt haben wollten, müsse solches angenommen, auf selbiges allein reflectiret, und folglich auch allein super hoc pronuncirt werden,

quia solo possessorio instituto judex de proprietate aut jure ipso, de quo lis est, judicare nequit, utut ex actis & probationibus de justa petitorii causa constet.

l. 18. commun. divid. l. fin. C. de fideicomm. libert. Carpz. *l. 1. Resp. 33.*

7 so ist doch zu considériren, daß Klägere in ihrem Libello sich hauptsächlich gründen, 1) in dem Böblingischen Forst-Lägerbuch, so ihnen die Waydgangs Gerechtigkeit klar gebe. 2) In immemoriali præscriptione ipsius juris pascendi in sylvis Rr. welche Fundamenta nicht so wohl die Possession, als den Waydgang selbst, sicque jus ipsum, de quo lis est inter partes, principaliter concerniren, beklagte auch diese der Kläger Gründe zu destruiren und subvertiren gesucht, demnach von beeden Theilen in ihren gefolgten Schrifften mehr das Petitorium als Possessorium reipsa tractirt, und die Sach durch den utrinque geführten Beweiß ratione petitorii in zimliche Klarheit gesetzt, auch in libello nicht weniger denn in litis contestatione die salutaris clausula de justitia omni meliori modo administranda angehängt, daher nicht unbillig erachtet wird, quod possessorium absorbeatur hic à petitorio, super hoc igitur, post habito illo, à judice omnino pronunciandum.

Quando enim de petitorio res aperta est, 8
sive possessionis causa sit adhuc dubia, sive etiam liquida, tamen super isto tantum pronunciandum. Frustra enim de possessione contenditur & jus dicitur, ubi de petitorio liquida res est, tunc enim petitorium absorbet possessorium.

c. 5. de caus. possess. & propriet. l. post sententiam. 9. C. de sent. & interlocut. Honded. *vol. 1. Cons. 23. n. 38.*

Cujus ratio in regula, quod majori causæ 9
cedat minor, & illa hanc ad se trahat.

l. 54. ff. de judic.

Et non modo potest, sed etiam debet Ju- 10
dex super evidenti petitorio jus dicere, etsi tantum super possessorio lis, & concluſum fuerit.

Cacheran. *dec. 47. n. 3.* Cothmen. *vol. 1. Resp. 42. n. 108.* Mynſ. *3. Obſ. 93.*

imo etsi libellus unice possessorium compre- 11
hendit, & de se non intromittendo in petitorium protestatio multiplex accesserit

post alios allegat. Cravetta *Cons. 299. n. 6.* Mev. *p. 6. dec. 100.* ubi juxta hæc ita, possessorio insuper habito, in petitorio judicatum esse refert, quia de eo ex actis manifeste constitit.

Quod imprimis tunc obtinet, quando li- 12
bello salutaris illa clausula adjecta est, vigore enim illius utrumque tam petitorium quam possessorium, & quidem illud, quod probationibus deinceps factis magis convenit, in judicium deductum volunt, & ita in petitorio super possessione, ac in possessorio super proprietate judicem tuto pronunciare posse dicunt.

Carpz. *in Proc. tit. 16. art. 2. n. 40. sq.*

Hisce præmissis ligts an dem, ob Klägere zu rechtl. Gnüge erwiesen und dargethan, daß ihnen die prætendirte Waydgangs-Gerechtigkeit u. Trieb ihres Viehes in der Bekl. Wälder u. Felder competire, oder sie befugt seyn, mit ihrem Vieh in der Bekl. Wäder u. Felder zu fahren, und es allda zu wayden. Daß Klagende Deckenpfronder ihr Vieh in ihre eigenthumliche Wälder treiben u. wayden, es seyn selbige des gemeinen Dorffs, oder der privatorum eigene Wälder, wie dergleichen einer ist der so genandte Haimenwald, der besonders umsteinet ist, eines Theils an den Meyer andern Theils an der Deckenpfronder Gemein Wald stossend, und ohngefehr 35. Morgen hält, zerschiedene privatis zu Deckenpfrond eingenthumlich zugehörig, haben die Beklagte ihnen nie disputirt, begehren es ihnen Klägern auch noch nicht zu disputiren,

Test. fere omnes ad *Prob. 1. ejusque Int. spec. 1. & 2.*

unerachtet der Bekl. beständigen Meynung nach dieser so genandte Haimenwald in ihrer der Rr. Marckung, Zwängen und Bännen gelegen sey, welches doch die Klägere urgiren, sagende, daß er bey ihnen Klägern in der Steur lige, und

wann

wann ein Stück davon verkaufft wird, bey ihnen darüber erkennet werde.

Test. 4. ad Prob. 1. Interrog. spec. 7. p. 13.

13 Wann Klägere aber ihr Vieh in ihr der Bekl. eigenthumliche Wälder und Felder treiben u. wayden wollen, müssen sie dociren, daß sie solches jure servitutis zu thun befugt seyn, denn auf fremden Boden und in des benachbarten Flecken oder Dorffs Wäldern oder Feldern, kan keine andere Gemeine ihr Wieh treiben, hüten u. wayden, es sey ihro dann die Wayd-Gerechtigkeit oder das jus pascendi legitime concedirt u. constituirt,

14 und sie es rechtmäßig erworben. Gestalten das Hut- und Waydrecht, wann es auf eines andern Nachbarn Boden exercirt wird, nichts anders ist, als eine Servitut und Dienstbarkeit eines Guts, vermittelst dessen wir berechtigt seyn, das Vieh von unserm Hofe oder Gut, auf eines andern Grund und Boden, in eines andern Wäldern und Feldern zu treiben, und zu wayden, so, daß ers ob servitutem constituram leiden, und sich nicht dawider setzen könne.

§. 2. Inst. de serv. præd. urb. & rust. l. 1. §. 1. l. 3. pr. ff. de servit. præd. rust.

15 Es wird aber dergleichen Waydrecht und servitus pecora sua in alieno pascendi jemand concedirt und constituirt, entweder durch eine Handlung unter Lebenden, oder durch einen letztern Willen

§. 4. Inst. de serv. præd. urb. & rust. l. 16. comm. præd.

16 jenes geschiehet heutiges Tages entweder durch ein pactum nudum, oder durch ein pactum legitimum, oder endlich durch einen förmlichen ex se & sua natura verbindlichen Contract, und drauf erfolgte würckl. Tradition oder Uebergabe, so entweder durch die patientz, da ein Nachbar geschehen läßt, daß der andere sein Vieh auf seinen Grund u. Boden, darauf ers ihn treiben zu lassen vorhin versprochen, treibet, und daselbst wayden läßt,

l. ult. ff. de servit. l. 11. §. 1. ff. de publ. in rem act. Ant. Fernand. de Otero *tr. de Pascuis & jure pascendi c. 18. n. 17.*

17 oder aber auf solche Weyse geschiehet, daß der Nachbar auf das Feld oder in Wald geführt, und ihm die Wayde daselbst angewiesen wird.

arg. l. 1. §. 2. de servit. præd. rust.

18 Zuweilen wird solch Waydrecht auch durch eine Præscription erworben.

l. 2. de serv. l. 2. C. de præscr. long. temp.

Wobey vorneml. das factum deßjenigen, der da præscribiret, zu consideriren, an Seiten dessen aber, dessen Aeckern das Waydrecht aufgebürdet wird, ist nichts anders zum Fundament zu setzen, als das lange Nachsehen und die Unachtsamkeit, dadurch er einen andern so lange auf dem Seinigen hüten läst, biß er sich das Recht erworben. Jetzo wollen wir demnach sehen, ob Klägere, wie ihnen obligt, rechtl. erwiesen, daß ihnen von Bekl. die Waydgangs-Gerechtigkeit in ihren Wäldern u. Feldern auf diese oder jene Weyse legitime constituirt sey, oder sie selbige wider Bekl. per præscriptionem rechtmäßig acquirirt haben? Klägere führen zu Erweisung und Behauptung ihres juris & servitutis pascendi in der Bekl. Wäldern an 1) das Böblingis. Forst-Lägerbuch de A. 1556. so A. 1673. renovirt worden ist, daraus sie einen Extract producirt, in welchem ihnen Klägern in der Beklagten Wäldern die Waydgangs-Gerechtigkeit ausdrücklich zugeschrieben wird mit folgenden Worten: „Deckenpfrond hat in seinen eigen- 19
„thumlichen u. mit dem gemeinen Flecken Güld-
„lingen habenden commun und privat Wal-
„dungen von altersher ihren unwidersprechlichē
„Trieb und Waydgangs Gerechtigkeit mit al-
„lem ihrem Vieh und Pferden ohn einigen Ent-
„gelt oder Beschwehrung gehabt, genutzet u. ge-
„nossen, auch biß auf diese Zeit ohnwidersprechl.
„gehandhabt worden ꝛc. so sie als ein Instrumentum publicum den Klägern in der Bekl. Wäldern competirenden Weidgang plene zu probiren vermeynen. Allein ist 1) in dem Böblingischen Forst-Lägerbuch de Ao. 1556. davon kein jota enthalten, wie dann Hr. Vogt zu Böblingen, als er von Hrn. Lic. Schmalkalden ut Commissario in hac causa ersucht worden, ihm einen glaubwürdigen Extract aus dem Lägerbuch de Ao. 1556. zu geben, seinem ausfertigenden Rotulo gebetener Massen zu inseriren, respondirt, daß er es durch und durch geblättert, und gesucht, nichts aber von einem den Klägern in der Bekl. Wäldern competirenden Waydgang darinn finden können, gleichfalls ist auch in dem bey der Conclusions-Schrifft letztmals producirten Extract auser dem Lägerbuch de 1556. ne gry davon zu lesen, sondern es sind obige formalia allein in dem Extract des A. 1673. renovirten Lägerbuchs, welches weil es sich referirt auf das alte de Ao. 1556. darinn aber davon nichts befindlich, so probirt dieses nichts.

Referens n. regulatur 2dum relati naturam & fidem ac interpretationem accipit ex relato, si igitur in relato non continetur, quod in referente exprimitur, hoc nihil probat, sed corruit, & ut erroneum rejicitur noviter inscriptum, nisi sciente & consentiente eo, in cujus præjudicium vergit insertum appareat.

arg. Auth. si quis in aliquo. C. de edend. l. 2. C. de fid. instrum. Barbos. locupl. *lib. 16. c. 23. ax. 16.*

2) Gibt der producirte Extract dem Dorff 20
Deckenpfrond die Wayd und Hut indefinite in den mit dem gemeinen Flecken Güldlingen habenden commun und privat Waldungen. Es hat aber Deckenpfrond mit Güldlingen keine weder ratione proprietatis noch ratione des Waydgangs gemeinsame Waldungen, inmassen von dergleichen Waldungen niemand, auch kein Deckenpfronder, ichtwas weiß, wo sie seyen, wo sie ligen, und wie sie heissen.

Testes omnes *ad Probat. 1. Interrog. 4.*

Deßgleichen weiß keiner, was Güldlingen für commun u. privat Waldungen besitzen solle, so denen Aa. mit ihnen Rr. der Wayd halber gemein seyn sollten, ausser daß sie einige Zeit auff Haselställer-Hoff zusammen gefahren, und die 21
Wayd gemeinschafftlich gebraucht haben.

Testes *ad d. Prob. 1. Int. 5.*

Dieser Haselställer Hoff ist in des Bekl. Flecken Güldlingen Marckung, Zwäng u. Bännen gelegen, ob er gleich absonderlich eingesteint,

Test. 1.2.3.5.7. *ad Prob. 1. Interr. spec. 7.* worauf vor diesem ein Herrschafftl. Meyer gesessen, als aber selbiger Ao. 1634. da der feindliche Einfall in diese Lande geschehen, wegen grossen Schuldenlasts den Hoff nicht fortbauen können, ist er in gefolgten Jahren der Herrschafft anheim gefallen, und von der Zeit an sind die darzu gehörige Aecker wüst ligen blieben, mit Holtze überwachsen, und von beeden Gemeinen Deckenpfr. und Güldlingen, ausser den Gärten und Wiesen, mit ihrem Vieh besucht worden.

Test. 5. *ad Prob. 2. Int. Un.* it. Test. 2. 3. 4. 5. 7. 9. 10. 11. *ad Prob. 1.*

Die alle einmüthig attestiren, daß die Deckenpfronder auf den negst an dem Haimenwald wüst gelegenen Haselställer Hof oder dessen verwildete und überwachsene Aecker mit ihrem Vieh gefahren, und die Wayd gebraucht, von andern besuchten Güldlinaischen Wäldern weiß fast niemand nichts, ausser daß Test. 8. *ad d. Prob. 1.* auch von dem angräntzenden Herrschafftl. so genandten Meyerwald, daß sie solchen zu Zeiten be-
22 sucht, saget. Kommt also einig darauf an, daß sie Klägere durch ihre eigene meistens Deckenpfronder Gezeugen erwiesen, daß sie auf den in der Güldl. Marckung gelegenen, Haselställer wüsten und mit Holtz überwachsenen Hoffäckern die Zeit her, daß besagter Hoff öd und wüst gelegen, ihr Vieh neben Bekl. öffentlich gewaydet, daß ihnen jedoch die Güldlinger beständig widersprochen, und durch ihre Zeugen dargethan, daß sie solches nur heimlich gethan, und wann sie darüber betreten, gerügt u. gestrafft worden. Ich will aber setzen, sie haben die Wayd auf diesen Wüsten mit Holtz überwachsenen Hoffäckern nicht nur heimlich, sondern öffentlich neben Bekl. seit der Hoff wüst ligt, gebraucht, und sey von Bekl. niemand darwider gewesen, seyn auch nie deßwegen gerügt oder gestrafft worden, ob gleich Bekl. gewußt, daß sie dort gehütet, so ihnen fast nicht verborgen bleiben können, weil beede Hirten neben einander gehütet, öffters auch das Vieh durch einander kommen, daß die Deckenpfr. zu Zeiten ein Stück zu Güldlingen, und hergegen die Güldlinger ein Stück zu Deckenpfrond suchen und abholen müssen, über das je zuweilen ein und ander Güldlinger hinaus kommen, daß er gesehen, daß ihr Kläger Vieh dort gewaydet; So
23 haben Klägere doch keine justam & legitimam causam vel titulum probirt, mittelst der oder des ihnen das Waydrecht von Bekl. oder der Herrschafft vel inter vivos vel mortis causa constituirt worden wäre, dann von der Herrschafft hätte ihnen die constitutio servitutis ac juris pascendi anfänglich geschehen müssen, weil es ein Herrschafftl. Hoff gewesen, und selbiger, als der Meyer davon kommen, der Herrschafft wegen vieler ausständiger Gülten heimgefallen, von deren ihn hernach Hannß Jürg Daublein Schultheiß zu Güldlingen erkaufft, weil aber der Hoff nacher Güldl. collectabel gewesen, u. der Fleck ruckständiger Steur wegen auch Prætension darauf gemacht, ist darüber ein solcher Verglich getroffen worden, daß Schultheissen die Wiesen, dem Flecken aber an statt der Contribution der Hoff verblieben. Weniger ist von Klägern dergleichen causa oder titulus vel per testes vel per Instrumentum probirt, quo prævio ihnen die Waydgangs-Gerechtigkeit in andern der Bekl. Wäldern jemals constituirt wäre, darinnen sie selbige auch nie exercirt haben, und deßwegen nichtig, vergebens und umsonst prætendiren.

Deficiente enim ac non probato titulo, quo prævio servitus sit constituta, ea ceu species juris in re acquisita esse, aut competere dici nequit.

arg. l. 31. ff. de acquir. rer. dom.

Und zwar um so mehr, als in der Stadt u. Amts Wildberg Recht und Gerechtigkeit *Bucch. fol. 179. seqq.* der Waydgang und Viehtrieb des Flecken Güldlingen *fol. 187.* umständlich in Ao. 1557. beschrieben und zu Ende angehängt, welche Flecken die Zufahrt haben auf die von Güldlingen, neml. Wildberg, Holtzspronn Calwer-Amts, und der Hoff Haselställ Wildberger-Amts, von denen expresse gemeldt wird, daß sie die Gerechtigkeit haben auf Güldlingen zu fahren, hätte nun selbige gleichfalls Deckenpfrond, würde dessen ebenmäßig in solcher Beschreibung gedacht worden seyn, econtra da dessen keine Meldung geschicht, folgt, daß es nicht berechtigt, noch Klägern das Waydrecht auf der Güldl. Grund u. Boden jemals concedirt worden sey. Weil Klägere aber einwenden, daß sie bey 50. u. mehr Jahren die Wayde auf den wüsten Haselställer Hoffäckern, scientibus nec contradicentibus Rr. gebraucht, und sich also temporis immemorialis præscriptione wider Beklagte schützen können, so ist noch übrig, daß wir paucis sehen, ob denn Klägere das Jus pascendi per præscriptionem in der Bekl. Wäldern erworben? Es werden aber zur Præscription dieser 24
Servitut nach dem heutigen Usu & Praxi fori drey folgende Stücke vorneml. erfordert: Vor erst eine Possession von undencklichen Jahren, weil dieses eine Servitus discontinua ist, welche nicht immerfort und stets während gebraucht wird, sondern nur zuweilen, und zu gewissen Zeiten des Jahrs, dergleichen servitutes discontinuæ denn der Observantz nach, ex communi in Praxi recepta sententia, quicquid sit de Jure Civili Romano, nicht anders, als durch undencklicher Zeit præscribiret werden.

l. 3. §. 4. ff. de aqu. quot. & æstiv. l. 28. ff. de serv. præd. urb. Covarr. *var. resol. 1. c. 17. n. 11.* ibiq; alleg. à Did. Ybanetz de Faria *in addit.* Köpen. *dec. 57. n. 80.* Balb. *de præscr. p. 2. p. 3. pr. q. 1.* Prukm. *vol. 1. Cons. 14. n. 157.* Mod. Pist. *vol. 1. Cons. 7. q. 1. n. 1.* Wurms. *tit. 27. Obs. 5. n. 11. 12.* Mynl. *cent. 4. Obs. 53.* Gail. *2. O. 66.* Brunn. *ad l. 2. C. & l. 14. ff. de serv.* ubi ab hac communi sententia, in Cam. Imp. quoque approbata, minime recedendum esse ait, nisi alicubi receptum, ut omnes servitutes longo tempore ac- 25
qui-

quirantur, sicut in foro Saxon. servitutes indistincte 30. annorum, anni & diei spatio præscribuntur, teste Carpz. *p. 2. c. 4. d. 8.*

26 Woraus erfolgt, daß wer eine Præscription zu recht erweisen, und vermöge derselben den Sieg Rechtens in tali causa erhalten will, nothwendig beybringen müsse, daß er in würcklicher Possession des Waydrechts an denen gesuchten Stellen die gebührende Zeit über gewesen sey, weil ohne die Possession keine Præscription statt findet;

l. 25. ff. de usurp. & usuc. c. 3. de reg. jur. n. 6. auch nicht einmal die præscript. immemorialis Paris. *vol. 1. Cons. 27. n. 101.*

27 Und zwar muß die Possessio also beschaffen seyn, daß einer die Hut u. Wayde als eine ihm zukommende Gerechtigkeit u. jure servitutis gebrauchet, nicht aber ihm zu gefallen selbe nur bittweise verstattet, oder jure familiaritatis vergönnet sey, denn die Rechte erfordern, daß eine jede possessio ad acquisitionem idonea und qualificata seyn muß.

l. 9. C. de acquir. possess.

28 Kan deme nach eine solche Possessio hiebey keine Vortheil schaffen, welche unrechtmäßig, gewaltsam, oder sonsten vitios ist, dahin gehöret, wann einer heimlich einen Besitz erschleichet, oder sich dessen mit offenbarer Gewalt anmasset, oder den Besitz als ein Gnadenwerck von dem andern bittweyse erhalten.

l. 17. ff. commun. præd. l. 1. C. de servit. Vasq. *Controv. Illustr. l. 2. c. 65. n. 13.*

29 Desgleichen kan keine Præscription vorschützen derjenige, der solches Recht nicht jure servitutis gebraucht, daher wann einer nur jure familiaritatis aus gutem Willen und in Ansehung der Freundschafft an einem Ort das Waydrecht geübet hätte, kan er sich mit keiner Præscription schützen, weil dieselbe nimmer solcher Gestalt ihren Anfang nehmen können,

l. 41. ff. de acquir. vel amitt. possess. ibi Brunnem. Carpz. *p. 2. c. 4. d. 2. & 54.* so gar daß auch die Dd. statuiren, daß wann einer 1000. Jahr solcher Gestalt hätte die Hut und Wayde exerciret, dennoch ihm daher kein Recht zugewachsen.

Cœpolla *de servit. urb. præd. cap. 20. n. 1.* Cravetta *Cons. 197. n. 13.*

30 Und weilen in dubio præsumiret wird, daß jemand ein solches Recht nicht als ein Servitut, sondern vielmehr aus einer Freundschafft gebraucht habe, so ligt Klägern ob specifice zu erweisen, daß sie der Hut und Wayde in der Bekl. Wäldern u. Feldern sich als ihres eignen Rechts und jure servitutis jederzeit angemasset, sonsten der Besitz bloß und an sich, wann er auch über Menschen Gedencken gedauret hätte, keine Præscription ausmachet.

Mascard. *de probat. concl. 1214. num. 14.* Wesenb. *part. 1. Cons. 8. n. 18.*

31 So dann muß angeregte Possessio ruhig und unperturbirt so lange exercirt seyn, daß bey Menschen Gedencken es anders nicht gehalten worden seye, dahero wann sich findet, daß der Herr des Grund u. Bodens der Possession zuweilen widersprochen, und den Possessorem in seinem Besitz gehindert, so ist die Præscript. dadurch zerrissen, und kan nicht von statten gehen.

l. 2. l. 5. ff. de usurp. & usuc. l. 18. l. 21. ff. l. 17. C. de rei vind. Struv. *Ex. 43. th. 27. sq.*

32 Vors andere ist hiebey als ein essential requisitum nöthig die Patientz dessen, dem der Grund und Boden zuständig, welche Patientz in dieser Servitut an statt der Tradition ist.

Gail. *2. O. 66. n. 5.* Pruckm. *d. Cons. 14. n. 162. seq.*

Und weil dieses eine solche Gerechtigkeit ist, welche nicht heimlich und im Winckel verrichtet werden kan, sondern in jedermans Augen geschiehet, als wird auch zugleich die Wissenschafft præsumiret, si de exercitio juris pascendi constat, welche dannenhero zu erweisen nicht nöthig ist.

33 Das dritte requisitum ist die bona fides, welche zu allen Zeiten erfordert wird.

c. fin. x. de præscript.

Nicht zwar de Jure Civili, als welches in præscriptione longissimi temporis oder von 30. und 40. Jahren, nicht einmal bonam fidem erfordert, sondern nach der heutigen Praxi aus dem Jure Canonico.

Mynsi. *4. O. 6.* Gail. *2. O. 8. n. 7. & 10.*

34 Weil aber dieselbe bona fides wegen der gar langwierigen Zeit von sich selber præsumirt wird, nach der allgemeinen Meynung der Dd.

Mascard. *concl. 224. n. 25. & cl. 225. n. 19.* biß das Gegentheil rechtmäßiger Weyse erwiesen ist.

Carpzov. *lib. 1. Resp. 33. & 40.*

So folget, daß in præscriptione immemoriali bona fides nicht dürffe bewiesen werden.

35 Es kan dennoch vom Bekl. gar wohl mala fides beygebracht werden, da er sich solches zu thun getrauet, und wann es geschiehet, kan der Kläger nicht obteniren, wiewohl es schwer fället, wider diese fortissimam præsumptionem bonæ fidei malam fidem zu beweisen.

Wesenb. *p. 1. Cons. 2. n. 86.*

36 Jedoch ist es nicht unmüglich, sondern kan e. g. folgender Massen geschehen, wenn nemlich eine schrifftl. Concession oder Contract herbey zu bringen wäre, darinn die Hut und Wayde dem Possidenti vor eine gewisse Schuld als ein Pfand übergeben wäre, und dabey zu Tag käme, daß solcher schrifftl. Contract jederzeit in des Præscribenten und dessen Vorfahren Handen gewesen, oder wenn gezeiget werden könnte, daß der Præscribent und seine Vorgänger vor den Gebrauch der Hut u. Wayde allezeit etwas geleistet, neml. daß sie einen jährl. Zins oder gewisse Dienste davor gethan, denn auf solche Weise würde klar erwiesen, daß dem Besitzer nicht unbekandt seyn können, wem die Hut u. Wayde rechtmäßig zugehöre, und er also dieselbe, als sein eigenes Recht mit Fug nicht gebrauchen können.

Modest. Pist. *p. 1. Cons. 7. n. 10. & 11.*

37 Dafern nun solcher oder anderer Gestalt mala fides erwiesen werden kan, fällt die Præscription übern Hauffen, und kan nicht vollzogen werden. Wann wir nun dieses, was bißher ex Jure und

derer Lehrern de requisitis præscriptionis angeführt, ad casum nostrum præsentem applici-
ren, wird sich klar ergeben, daß Klägere so wenig
mit der Præscription, als andern ihren Grün-
den auslangen. Denn vors erste haben Klägere
durchaus nicht erwiesen den würcklichen Besitz,
Nutzung und Gebrauch der Hut u. Wayde in
der Bekl. Wäldern, gestalten kein Zeug ichtwas
davon sagen oder attestiren können, daß die De-
ckenpfronder jemals ihr Vieh in der Güldinger
Waldungen gewaydet hätten, sondern haben
bloß diß probirt, daß sie von ihrem Deckenpfr.
Zehenden biß auf den negst an ihrem Haimen-
wald gelegenen Haselst. Hoff mit ihrem Vieh
gefahren, und allda die Wayd auf den Oeden
mit Holtz überwachsenen zu solchem Hoff gehöri-
gen Aeckern gebraucht, weiter aber mit ihrem
Vieh nie gekommen seyn, ausser daß Test. 8. *ad*
38 *Prob. 4. Int. 1.* sagt, daß sie zuweilen auch in den
angränzenden Herrschafftl. so genandten Meyer-
wald gefahren. Und wann sie nun gleich auf die-
sen Wüsten mit Holtz überwachsenen Haselstäl-
ler Hoffäckern die Wayde als eine ihnen zukom-
mende Gerechtigkeit und jure servitutis ge-
braucht hätten, so ist es doch nicht von undencklí-
chen Jahren geschehen, sondern bloß von der Zeit,
da der Herrschafftl. Meyer wegen der unerträg-
lichen Kriegs-Beschwerdten, und grossen Schul-
denlasts den Hoff verlassen, daher die Aecker un-
gebauet, öd und wüst ligen blieben, ja nach und
nach mit Holtz überwachsen, so wann es gesche-
hen u. erfolgt, noch gantz wohl bekandt und erin-
nerlich ist, ermangelt also gleich offenbar an dem
ersten requisito, possessione nempe immemo-
39 rialis temporis; dessen nicht zu gedencken, daß
Klägere weder à Domino, noch ab eo, quem
Dominum esse crediderunt, aut ab eo jus
transferendi possessionem habere putarunt,
ex ullo justo titulo, vel causa aliqua legiti-
ma, die Possession erlangt,

l. 3. §. 21. ff. de acquir. vel amitt. possess.

sondern sich in selbige clam eingeschlichen und ge-
setzt, da niemand gewesen, der des Hoffs geach-
tet, denn er, wie obgemeldt, der Herrschafft zuge-
40 hört, die ihren Meyer drauff gehabt, als aber sel-
biger den Hoff verlassen, ist er der Herrschafft
heimgefallen, und verödet, also niemand dort ge-
wesen, der sich dessen angenommen, haben auch
Bekl. damals sich darum wenig bekümmert, was
von Klägern geschehen, weil sie der Hoff der Zeit
nichts angangen, kan dahero solche vitiose und
clam erschlichene Possession Klägern ad com-
plendam præscriptionem wenig nutzen, und zu
statten kommen.

l. 6. l. 13. §. 1. & ult. ff. de acq. vel amitt. possess. l. 33. §. 1. ff. de usurp. & usuc.

Vitiosa enim possessio nil prodest, nec ma-
nuteneri proinde debet.

Pruckm. *d. Cons. 14. n. 164. seq.*

41 2) Mangelt es gleichfalls an dem andern præ-
scriptionis requisito, an der patientz dessen, dem
der Grund u. Boden zuständig, dann da Klägere
ihr Vieh auf die wüsten und mit Holtz hernach
überwachsene Haselst. Hoffäcker anfangen zu
treiben, sind sothane Aecker den Güldlingern nicht
zuständig gewesen, sondern haben der Herrschafft
gehöret, als deren der Hoff vor die vom verloffe-
nen Meyer schuldige Gültfrüchten heimgefallen,
die niemand in loco auf dem Hoff gehabt, der
gesehen, was da passiret, und geschehen, nachdem
aber die Aecker des verödeten Hoffs den Güld-
lingern vor ihre forderende Steur überlassen
worden, haben sie Klägern keine Wayde drauff
eingestehen wollen, sondern sich der von Klägern
drauff sich anmassenden Wayd-Gerechtigkeit
ausdrücklich widersetzt, und contradicirt.

Und wie haben 3) Klägere können bona fide 42
in die Possession der Wayd-Gerechtigkeit auf
diesen Hoffäckern kommen, so daß sie sich derse-
ben jure servitutis drauff bedienet? denn sie ha-
ben ja gewust, daß die Aecker zu dem Haselställer
Hoff gehört, von jedesmaligen Herrschafftlichen
Meyern gebauet worden, und endlich der Herr-
schafft vor die schuldige Gült heimgefallen sind,
haben auch ja wohl gewust, daß ihnen die Wayd-
gangs-Gerechtigkeit niemand drauff concedirt
oder constituirt, wie haben sie sich dann bona
fide derselben jure servitutis auf solchen Aeckern
anmassen können? In summa, es fehlet eben an 43
allen requisitis legitimæ præscriptionis, und
haben Klägere anders nicht denn auf gerathe
wohl, oder, wie ipsorum Test. 4. *ad Prob. 4. Interrog. Spec. 4.* sagt, auf Hoff-Recht, da der
Hoff verödet, die Aecker verwüstet, u. mit Holtz
verwachsen, niemand da gewesen, der deren ge-
achtet, die Wayde darauf gesucht und gebraucht,
gleich wie Bekl. auch gethan, die so lang sie an
den Ackern nichts eignes gehabt, auch nichts wi-
der die Wayde gesprochen, nachdem aber Bekl.
das Eigenthum solcher Aecker vor die geforderte
Steur durch den Verglich von Gn. Herrschafft
cedirt u. überlassen worden, haben sie in Zeiten,
ehe einige præscriptio complirt, ihrer erlangten
eigenthuml. Aecker libertät wider Klägere asse-
rirt, welche sich dann so wenig mit der Præscri-
ption, als mit dem allegirten Forst-Lägerbuch
dawider schützen können, vel ex solius temporis
immemorialis defectu, quo ad hanc servitu-
tem acquirendam omnino opus est, ex com-
muni in Praxi recepta sententia, per superius
tradita. Zumal, da sie wohl wissen, und selbst be- 44
kennen, daß wann die wüste Güter wieder ge-
bauet werden, sie nicht mehr drauff fahren dürf-
fen, sondern selbe quitiren müssen, juxta depos-
itionem Test. 4. *ad Prob. 1. Int. Spec. 21. ac Prob. 4. Int. Spec. 5.* Test. 12. *ad Probat. 2.*
Bey welcher der Sachen Bewandtniß, da Klä- 45
gere im geringsten nichts von ihrer Intention er-
wiesen, dazu die rechtl. Vermuthung wider sich
haben, weil der Hoff und die darzu gehörige Ae-
cker quæst. in der Bekl. Zwäng und Bännen ge-
legen, ihnen auch itzo eigenthumlich zugehören,
daher die Præsumption fließt, daß die Wayde
darauff Bekl. und nicht Klägern, zustehe.

Pascua enim in territorio vel districtu
quodam sita regulariter censentur esse Uni-
versitatis vel hominum illius loci

arg. l. 6. §. 1. de rer. divis. Bertr. *vol. 1. Cons. 34. n. 6.* Socin. *vol. 1. Cons. 86. n. 6. seq.* Meichsn. *tom. 1. Dec. Camer. 36. n. 21.*

Proin-

46 Proinde nullus extraneus ſine ſervitutis aut legitime quæſito ac probato jure ibi jus depaſcendi pecora ſibi vindicare poteſt, cum territorium quoad perſonas extraneas liberum præſumatur.

Bertrand. *vol. 1. Conſ. 61. n. 4.*

47 Et hinc quoque

Decius *in Conſ. 483. n. 10.*

dicit, inoleviſſe conſuetudinem, ut communitates habeant jus paſturandi in ſuis territoriis & diſtrictibus, & licet bona ſint particularium perſonarum, tamen remaneant ſub communi, nec venditione bonorum particularium ab hominibus privatis præjudicari poſſit communitati in jure paſturandi, quia ſemper exemptum intelligitur jus communitatis. Forenſes etiam licet habeant aliqua prædia, non tamen propter defectum originis vel domicilii, beneficio loci gaudere poſſe, dicit idem

Decius. *Conſ. 550. n. 8.*

keine andere Urtheil, als eine Abſolutoria erfolgen kan, geſtalten ich im Fall obhabenden Richterlichen Ammts kein Bedencken tragen wollte, nachſtehende Urtheil in dieſer Sache zu publiciren.

Urtheil.

48 IN Sachen Rechtens ſich haltend zwiſchen Schultheiß, Burgermeiſter, und Gericht, auch einer gantzen Gemeind zu Deckenpfrond, Calwer Amts, Klägern eines; entgegen und wider Schultheiß, Burgermeiſter und Gericht, auch einer gantzen Gemeind des Flecken Güldlingen, Wildberger Amts, Bekl. andern Theils, erkennet ein Ehrſam Gericht auf Klage, Antwort, geführte Kundſchafft, und all ander Gerichtl. Fürbringen, nach gethanem Rechtſatz, genommenem Bedacht und gehabtem Rath, mit Urtheil zu Recht, daß Beklagte von der wider ſie angeſtellten Klage gäntzlich zu abſolviren und loß zu ſprechen, inmaſſen wir ſie hiemit davon gäntzlich abſolviren und loßſprechen, die Unkoſten aus ſonder Bewegniß gegen einander compenſirend.

Welches zu verlangter Rechtlicher Nachricht dienſtlich nicht verhalten wollen, urkündlich meines Namens Unterſchrifft und beygefügtem gewöhnlichem Pittſchaffts.

Tübingen den 28. Aug. 1705.

Meiner Inſonders Groß-Hoch- und Vielgeehrten Herren

Dienſtergebenſter
Gabriel Schweder. D.

CONSILIUM CXXVII.

DE

Succeſſione ab inteſtato Conjugum, Adoptione & Arrogatione, Jure Repræſentationis &c.

SUMMARIA.

1. *In decidendis in Imp. Rom. Germanico controverſiis civilibus ubiq; primo recurrendum ad Jura localia & Provincialia, quæ in diſtrictu vel Regione, ubi controverſia enata, obtinent, his autem deficientibus ad Jus Commune, imprimis Juſtinianeum.*
2. *Qui Lege aliqua hujus Juris innititur, etſi non probarit ejus obſervantiam, fundatam habet intentionem, donec adverſarius contrarium in loco controverſiæ obtinere, ſpecialiter probaverit.*
3. *Ex illo jure etiam, in vim Juris Communis jam à Seculo XIV. per totam German. recepto, Jura Statutaria in Imperio declarationem patiuntur, reſtringuntur, ita ut quam minime lædant Jus Commune, & ſupplentur.*
4. *De requiſitis teſtamenti vel alius ultimæ voluntatis, ſi Jure Civ. valere debeat.*
5. *Non omnem voluntatis declarationem teſtamentum facere, & qualis voluntas eſſe debeat?*
6. *De aliqua congrua voluntatis declaratione etiam militi jure militari teſtari volenti neceſſaria verba §i 1. J. de mil. teſt.*
7. *Inteſtatum dici, qui aut plane teſtamentum non fecit, aut non jure fecit, aut cujus teſtamentum jure factum poſtea ruptum aut irritum factum eſt.*
8. *Quando non conſtat, an quis teſtato vel inteſtato deceſſerit, heredes ejus ab inteſtato præſumtionem pro ſe habent, deceſſiſſe eum inteſtatum, & inde qui aſſerit, defunctum diſpoſitionem aliquam reliquiſſe, hoc probare debet.*
9. *Ratio, quia ſucceſſio ab inteſtato juris eſt, & ſic ab onere probandi liberat, ſucceſſio teſtata vero eſt facti, & quidem non ſimplicis, ſed admodum ſolennis, ſolennitates autem acceſſiſſe, non præſumitur, ſed probari debet.*
10. *In ſucceſſionibus ab inteſtato, & ipſa ratione duce, & conſenſu Gentium omnium liberi ſeu deſcendentes omnibus reliquis, etiam parentibus ipſis, præferuntur.*
11. *Id quod etiam obtinet in liberis legitimis tantum ſive adoptivis, ſive ſoli ſint, ſive concurrant cum liberis naturalibus & legitimis ſimul ſive adoptio plena, ſive minus plena fuerit, modo ante mortem ejus, de cujus ſucceſſione quæritur, per emancipationem non ſit diſſoluta.*
12. *De adoptione in ſpecie & arrogatione.*

Ad arrogationem hodie in Imper. sufficere authoritatem Princip. & Statuum. ib.
13. An etiam apud Comites Palatii Cæsarei arrogari possit?
14. seqq. De adoptione in specie, plena & minus plena, ejusque effectu.
17. Coram quo olim apud Romanos potuerit, & hodie apud nos adoptio in specie dicta fieri possit?
18. Qualiscunque sit alimentatio, educatio & pro filio tractatio, sine authoritate Magistratus facta non est adoptio.
19. Casus & jus successionis, ubi defunctus reliquit conjugem, & præter eam fratrem uterinum, ac prædefuncti fratris consanguinei tres liberos.
20. Quomodo & quando conjuges sibi invicem succedant Jure Prætorio?
21. Quid requiratur, ut etiam Jure Civili conjux conjugi succedat?
22. Quomodo succedat conjux una cum liberis? 23. Quomodo deficientibus liberis, cum aliis defuncti cognatis?
24. Ratio, cur conjugi superstiti in casu n. 19. relato quarta non quinta pars substantiæ defuncti adjudicata, ex jure Repræsentationis.
25. De jure Repræsentationis in Linea Collaterali ad fratrum nepotes non extendendo. 26. De transmissione hereditatis delatæ aliquid.
27. Bona hereditaria, quæ commode dividi nequeunt, uni heredum adjudicari possunt, ita tamen ut hic ceteris coheredibus certam pecuniæ summam vel aliud quid acceptabile, proportione præstare debeat.
28-30. Aliæ quæstiones annectuntur, ex primæ q. decisione terminandæ.

FACTI SPECIES.

ES ist Hanß Zimmermann bürgerl. Inwohner zu Pfauhausen, Freyherr Rothenhanischer Herrschafft, vor ohngefehr 6. Jahren seelig verstorben, u. hätte laut beygehenden Schematis, Lit. A. wann die successio ab intestato formirt werden sollte, zu Erben hinterlassen.

1) Seine Haußfrau, Susanna.

2) Einen fratrem uterinum, Namens Samuel Kappenmann, bürgerlichen Inwohnern zu Pfauhausen.

3) Seines auch ein halb Bruders vom Vater her, drey Kinder, benandtlichen, Barbara, Maria, Margaretha.

4) Nebst diesen Einhalb Bruders dreyen Kindern, drey Bruders Kindes-Kinder oder Enckel, als Gabriel, Matthäus, und Maria.

Nun ist aber zu Pfauhausen kein gewisses Erb- oder Successions-Recht, dannenhero als der Hanß Zimmermann vor 6. Jahren gestorben, und die Herrschafft loci, laut Beylag Lit. B. von Zeugen sich so viel beybringen lassen, daß der Hanß Zimmermann, dessen Substantz in einem halben Erb-Lehen u. einigen Mobilien, laut Beylag Lit. C. bestanden, jederzeit bey seinen Lebzeiten ratione des Lehens, welches ohne das, sine consensu Gn. Herrschafft, laut beygehenden Erb-Lehenbrieffs lit. D. nicht verändert werden kan, auff seinen fratrem uterinum Samuel Kappenmann, daß er solches erblich bekommen solle, incliniret, als hat erstermeldte Herrschafft dero zugleich so viel beygebracht worden, wie daß der Hanß Zimmerm. seel. des Sam. Kappenmanns Sohn Michael, annoch bey seinen Lebzeiten krafft Beylag lit. E. an Kindesstatt angenommen, und biß an sein End bey sich behalten, und zwar um so eher u. mehr, als sich sonsten niemand auser dem Sam. Kappenmann, und der hinterlassenen Wittib Susanna pro herede angegeben, auch zu Pfauhausen nichts neues, daß wann ein letzter Will nur durch ein paar Zeugen erwiesen werden können, derselbe adimpliret worden, besag des in fine lit. B. angehenckten eigenhändigen schon den 5 Nov. 1699. ergangenen Bescheids, der Zimmermännischen Wittib Susannä gesprochen, daß sie bey dem gantzen Vermögen als ein ohne das altes Weib, sitzen bleiben, wann sie aber stürbe, das Lehen-Gut auf den Sam. Kappenmann erblich fallen solle. Es hat sich aber die Zimmermännische Wittib Susanna, wieder u. zwar an Leonhard Zincken verheurathet, biß sie endlich verwichen Michaelis 1704. auch seelig verstorben, da man das Vermögen also in 2 Theil vertheilet, daß dem Viduo laut Inventarii lit. C. die Mobilien, dem Sam. Kappenmann aber, das vorhin schon zugesprochen gewesene Zimmermännische Lehen-Gut überlassen worden ist; Nun melden sich aber zerschiedene in dem Schemate lit. A. entworfene Erben an, und verlangen, daß eine Theilung, als ob der Hanß Zimmermann ab intestato gestorben, vorgenommen werden möchte, deßwegen Gn. Herrschafft continue angeloffen wird, die dann dieser Sachen ohne weitläufftes processiren, abgeholffen sehen möchte, allermassen sich dieselbe eiferigst solche per amicabilem compositionem beyzulegen angelegen seyn lassen, welches aber nichts verfangen wollen, diesem nach so viel angefraget wird:

Quæstio I.

Weilen zu Pfauhausen kein geschriebenes Successions-Recht, oder gewisse Observantz, ob nicht Gn. Herrschafft authoritative consideratis hisce circumstantiis, daß 1) das ligende Gut ein Ihro zuständiges Lehen-Gut, welches sie nicht zertheilen lasse, 2) daß gleichwolen neben dem Pastore loci lit. F. Zeugen zugegen, die gehört, daß der Sam. Kappenmann ratione solchen Lehen-Guts Erb seyn solle, 3) item andere Gezeugen, welche attestiren, daß des Samuel Kappenmanns Sohn von dem verstorbenen Hanß Zimmermann an Kindesstatt angenommen worden, 4) schon in andern Fällen auff dergleichen wenigen Zeugen Aussag, quoad delationes hereditatum gegan-

gen,

gen worden, 5) dieſes Lehen-Gut von denen Dirriſchen, als des Sam. Kappenmanns Mutter urſprünglich laut Beylag lit. D. herkommet, auch 6tens es die höchſte Confuſion gebe, wann der hinterlaſſene Maritus Leonhard Zinck, welcher intuitu ſolcher Erbſchafft in deſſen einen anderwärtigen Heurath getroffen, das Ererbte wieder heraus geben müſte, bey ihrem ſchon vor 6. Jahren ertheilten Beſcheid, daß der Kappenmann dieſes Lehen-Gut erblich behalten ſolle, ohngeändert zulaſſen, und demſelben zu manuteniren Macht habe?

Quæſtio II.

Weilen man nicht weiß, was in ſolchem Fall ſuperſtes conjux von dem andern vor eine portion erbet, und doch ſo viel bekandt, daß ſuperſtes conjux zu Pfauhauſen bald auf dieſe, bald eine andere Weiſe zu ſuccediren pflege, ob dem Leonh. Zinck en, die zugeſchiedene Mobilien zu laſſen ſeyen?

Quæſtio III.

Ob nicht die Herrſchafft loci, wie ſie ſchon vorgeſchlagen, beede Theile dahin ex officio, authoritative und zu Erhaltung ihres darunter verſirenden Reſpects, weil ſie ſchon vor 6 Jahren geſprochen, daß der Sam. Kappenm. das Lehen-Gut haben ſolle, anhalten könne, daß der hinterlaſſene anjetzo zu Steinbach wieder verheurathe Viduus Leonhard Zinck 80. fl. der Sam. Kappenm. aber 20. fl. alſo zuſammen 100. fl. denen andern quoad ſucceſſionem ab inteſtato anmeldenden Erben pro redimenda vexa heraus zu geben, u. dieſe ſelbige anzunehmen, und damit zu acquieſciren ſchuldig ſeyn ſollen?

Quæſtio IV.

Und wann dieſes alles nicht angehet, wie dann in dieſem Fall die Theilung zu formiren ſeye?

Die erſte Frage:

Weilen zu Pfauhauſen kein geſchriebenes Succeſſions-Recht, oder gewiſſe Obſervantz, ob nicht Gn. Herrſchafft authoritative, conſideratis hiſce circumſtantiis, daß 1) das ligende Gut ein ihro zuſtändiges Lehen-Gut, welches ſie nicht zertheilen laſſe, 2) daß gleichwohl neben dem Paſtore loci lit. F. Zeugen zugegen, die gehört, daß der Sam. Kappenmann ratione ſolchen Lehenguts Erb ſeyn ſolle, 3) it. andere Gezeugen, welche atteſtiren, daß des Sam. Kappenmanns Sohn von dem verſtorbenen Hanß Zimmermann an Kindesſtatt angenommen worden, 4) ſchon in andern Fällen auf dergleichen wenigen Zeugen Auſſag quoad delationes hereditatum gegangen worden, 5) dieſes Lehen-Gut von denen Dirriſchen, als des Sam. Kappenmanns Mutter urſprünglich, laut Beylag lit. D. herkommet, auch 6) es die höchſte confuſion gebe, wann der hinterlaſſene Maritus Leonhard Zinck, welcher intuitu ſolcher Erbſchafft in deſſen einen anderwertigen Heurath getroffen, das Ererbte wieder heraus geben müſte, bey ihrem ſchon vor 6. Jahren ertheilten Beſcheid, daß der Kappenmann dieſes Lehengut erblich behalten ſolle, ohngeändert zu laſſen, und denſelben zu manuteniren Macht habe?

Als uns Decano und andern Doctoribus der Juriſten Facult. bey gemeiner Hochfürſtl. Würt. Univ. Tübingen vorſtehende Facti Species mit Beylagen von A. biß F. jüngſt zugeſchickt worden, um darüb und inſonderheit über die derſelben in fine angehengte Fragen unſer rechtl. Gutachten zu ertheilen, ſo haben wir nicht ermangelt, ſolche ſo bald es ſeyn können, mit Fleiß zu durchgehen und gebührende Deliberation darüb zu pflegen, da wir dann denen Rechten gemäß zu ſeyn erachtet, wie bey jeder Frage abſonderlich folget, und zwar was forderiſt

Die erſte Frage:

Weilen zu Pfauhauſen kein geſchriebenes Succeſſions-Recht, oder gewiſſe Obſervantz, ob nicht Gn. Herrſchafft authoritative, conſideratis hiſce circumſtantiis, daß 1) das ligende Gut ein ihro zuſtändiges Lehen-Gut, welches ſie nicht zertheilen laſſe, 2) daß gleichwohl neben dem Paſtore loci lit. F. Zeugen zugegen, die gehört, daß der Sam. Kappenmann ratione ſolchen Lehenguts Erb ſeyn ſolle, 3) it. andere Gezeugen, welche atteſtiren, daß des Sam. Kappenmanns Sohn von dem verſtorbenen Hanß Zimmermann an Kindesſtatt angenommen worden, 4) ſchon in andern Fällen auf dergleichen wenigen Zeugen Auſſag quoad delationes hereditatum gegangen worden, 5) dieſes Lehen-Gut von denen Dirriſchen, als des Sam. Kappenmanns Mutter urſprünglich, laut Beylag lit. D. herkommet, auch 6) es die höchſte confuſion gebe, wann der hinterlaſſene Maritus Leonhard Zinck, welcher intuitu ſolcher Erbſchafft in deſſen einen anderwertigen Heurath getroffen, das Ererbte wieder heraus geben müſte, bey ihrem ſchon vor 6. Jahren ertheilten Beſcheid, daß der Kappenmann dieſes Lehengut erblich behalten ſolle, ohngeändert zu laſſen, und denſelben zu manuteniren Macht habe?

ſo können wir ſelbe anders nicht beantworten, als 1
daß, weil zu Pfauhauſen kein beſonders geſchriebenes Succeſſions-Recht, oder gewiſſe Obſervantz vorhanden, die gantze Sache aus den gemeinen Kayſ. im gantzen Röm. Reich Teutſcher Nation in vim Juris Communis, omnes omnino Imp. Rom. Germ. mediate vel immediate ſubjectos obligantis, recipirten Rechten decidirt werden, u. ihre Erörterung empfangen müße.

Ita enim in Imperio Rom. Germ. obtinet, ut in decidendis controverſiis civilibus primo recurramus ad Jura Localia & ſpecialia, quæ in territorio vel diſtrictu, ubi controverſia enata, conſtituta vel recepta ſunt, his vero deficientibus ad Jus Commune, Juſtinianeum imprimis, reſpiciamus. Qui enim 2
ex illo lege aliqua nititur, licet non probaverit ejusd. obſervantiam, fundata tamen hactenus intelligitur habere cauſam, donec adverſarius jus poſterius contrarium ſpecialiter in loco vigens monſtret.

arg. Ord. Cam. Imp. part. 1. tit. 13. pr. & tit. 57. part. 2. tit. 31. in fin. part. 3. tit. 54. pr. Rec. Imp. de A. 1654. §. 105. Ord. Jud. Aul. tit. 1. 5. & ult. in fin. Struv. *Ex. 2. th. 32. ſeqq.* Mev. *ad Jus Lub. qu. prælim. 7. n. 8. ſqq.* Carpz. *p. 2. dec. 101.* Reincking. *de retract. Conſang. q. 1. n. 31. ſeqq.* Tabor. *de alt. tant. uſur. p. 4. art. ult.*

Et hinc etiam ex Jure illo Juſtinianeo in 3
vim Juris communis jam à ſeculo XIV. per totam

totam Germamiam recepto Jura Provincialia & statutaria à statibus Imp. in suis territoriis constituta suam recipiunt declarationem, indeque restringi, ut exorbitantia quam minime Jus commune lædant, aut suppleri debent, ita, ut quicquid Jure Statutario & Provinc. omissum est, sub juris communis dispositione relictum esse censeatur

Hunn. *Encycl. Jur. Univ. part. 1. tit. 2. c. 6. n. 46. & tit. 3. c. 7. n. 1. 2. 53. seqq.* Carpz. *p. 1. dec. 63. n. 16. & p. 3. c. 20. d. 10. n. 5. 6. it. l. 6. Resp. 49. n. 19.*

Hoc posito kommt es 1) darauf an: ob Hanß Zimmermann testatus oder intestatus gestorben, und also die successio ex testamento aut ultima voluntate, oder die successio ab intestato statt und Platz finde? da wir kein Anstand finden, das letztere, daß er neml. intestatus gestorben, und consequenter die successio ab intestato statt finde, intrepide zu affirmiren. Denn hier kein der gemeinen Kayſ. Rechten nach gültiges oder beständiges Testament oder anderer letzter Wille vorhanden. Massen wer ein zu Recht beständiges Testament oder anderen letzten Willen aufzurichten vorhabens ist, der muß vor sich
4 aus freyem Willen sieben, wann er ein solennes formliches Testament, oder wenigst fünff taugendliche Zeugen, wann er ein Codicill oder andern minus solennem ultimam voluntatem aufrichten will, auf eine gewisse Zeit zusammen beruffen, und vor denselben also zugleich versamleten Zeugen, seinen freyen ungezwungenen, ungedrungenen letzten Willen schrifftl. oder mündl. erklären, und von ihnen bestätigen lassen, das muß auch alles uno continuo actu & contextu geschehen, und der letzte Wille vollkommen absolvirt werden, so, daß kein anders Geschäffte darzwischen komme, dadurch jenes Errichtung interrumpirt oder unterbrochen werde.

§. 3. sqq. Inst. de test. ord. ibique Dd. *l. 20. §. 8. l. 21. §. ult. ff. qui test. fac. poss. l. 21. l. 28. C. de test.*

5 Non omnis enim voluntas seu voluntatis declaratio statim testamentum constituit, sed tantum voluntas seria ac vera, non falsis ac dolosis persuasionibus aut importunis sollicitationibus inducta, libera, non vi metuque coacta, à proprio testatoris arbitrio dependens & proveniens, legitimeque coram septem habilibus, specialiter rogatis, testibus, uno contextu, declarata, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.

l. 1. l. 4. ff. qui test. fac. poss. l. 21. §. 2. & 3. eod. l. 32. de hered. inst. & alleg. txx. Struv. *Ex. 32. th. 10. seqq.* Hoppius *ad §. 3. seqq. Inst. de testam. ord.*

Daß dergleichen hier von weyl. Hanß Zimmermann beobachtet worden wäre, ist durchaus nicht erwiesen, und machen die von ihm gegen Michel Dirren, und gegen Gall Wachtler in Gegenwart des Pfarrers geführte Reden nichts weniger, als ein zu recht gültiges Testament, oder letzten Willen, der zu recht bestehen könnte, argumento ejus, quod dicit Imperator in

§. 1. Inst. de milit. testam.

Id privilegium, quod militantibus datum est, 6
ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utiq; prius constare debeat, testam. factum esse, quod & sine scriptura & à non militantibus quoque fieri potest. Si ergo miles, de cujus bonis apud te quæritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet, quem vellet sibi heredem esse & cui libertatem tribueret, potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, & voluntas ejus rata habenda est. Cæterum si (ut plerumque sermonibus fieri solet) dixit alicui: Ego te heredem facio, aut Bona mea tibi relinquo, non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti: alioquin non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent se audivisse dicentem aliquem, relinquere se bona, cui visum sit: & per hoc vera judicia subverterentur.

Bleibt demnach, daß weil von dem Hanß Zim- 7
mermann kein zu recht beständiges Testament oder letzter Wille vorhanden u. vorgeleget werden kan, er intestatus verstorben, und folglich die successio ab intestato Platz greiffe.

Intestatus enim decessisse dicitur, qui aut omnino testamentum non fecit, cum tamen testari potuisset, aut non jure fecit, debitum nim. testium numerum non adhibendo, aut alias à jure requisitas solennitates negligendo, cum paria in jure sint non esse factum, ac non legitime esse factum

l. 6. ff. qui satisdar. cogant.

aut si quidem jure factum est testamentum, hoc tamen postea ruptum aut irritum factum est, aut si ex eo nemo heres extiterit.

pr. Inst. de hered. quæ ab intest. deferunt.

At hic à defuncto Zimmermanno nullum omnino factum est testamentum, aut sane non jure factum est. Non potest non igitur intestatus decessisse dici. Per consequens relicta ejus hereditas ab intestato lege defertur proximis ejus agnatis & cognatis vel alias ex ratione civili à lege ad successionem vocatis, qui præsumptionem juris quoque pro se habent, defunctum intestato decessisse. Quando enim non constat an quis 8
testato vel intestato decesserit, in dubio præsumtio est aliquem intestato decessisse. Proinde qui asserit, dispositionem hominis adesse, hoc probare debebit, quia successio intestata juris est & sic ab onere probandi liberat, testata vero facti est, & quidem non sim- 9
plicis, sed admodum solennis, solennitas vero accessisse negotio non præsumitur, ut hinc probatione indigeat.

Mascard. *de probat. concl. 938. num. 1. seqq.* Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præs. 1.* Oliver. Textor. *de succeſſ. ab intest. Proœm. num. 5.* Franc. Barry *de succeſſ. lib. 18. c. ult. pr.* Fr. Mantica *de conject. ult. volunt. l. 2. tit. 1.*

Kommt

Kommt es nun ad ſucceſſionem inteſtati, ſo fragt ſich 2.) wer von den zur Zeit des Todes Weyland Hannß Zimmermanns vorhanden gewesenen Erben den nächſten Zutritt zur verlaſſenen Erbſchafft gehabt? Es wird in Facti Specie gedacht, daß er Hanß Zimmermann bey ſeinen Lebzeiten ſeines Fratris uterini Samuel Kappenmanns Sohn Michael an Kindesſtatt angenommen, und biß an ſein Ende bey ſich behalten, wann dieſe Annehmung an Kindesſtatt des jungen Michael Kappenmanns zur
10 Perfection gekommen, und legitime geſchehen wäre, ſo hätte derſelbe den Vorzug vor all andern concurrirenden Collateral-Verwandten, und excludirte auch ſeinen eigenen Vater.

Conſtat enim in ſucceſſionibus ab inteſtato, & ipſa duce ratione, & conſenſu omnium gentium, liberos ſeu deſcendentes omnibus reliquis, ipſis etiam parentibus, præferri.

Nov. 118. c. 1. l. 7. §. 1. unde liberi. l. 7. ff. de bon. damnat. Hahn. ad Weſenb. *tit. und. liber. n. 5.* Grot. *de I. B. & Pac. lib. 2. c. 7. n. 9.* ibi Henr. Henning. Puffendorff. *de I. N. & G. l. 4. c. 11. §. 3.*

11 & hoc indiſtincte obtinet tam in liberis legitimis & naturalibus ſimul, quam in legitimis tantum, quales ſunt adoptivi, qui ſecundum naturam non ſunt filii adoptantis, cum non ſint nati ex eo, ſed ſecundum legem tantum, cujus authoritate & poteſtate filii facti ſunt, nam & hi durante adoptione, ſive plena ſive minus plena fuerit, aut ea non diſſoluta per emancipationem ante mortem ejus, de cujus ſucceſſione quæritur, ſuccedunt, ſive ſoli ſint, ſive concurrant cum liberis ex juſto matrimonio procreatis.

l. pen. §. 1. 2. C. de adopt. Stryck. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. 1. c. 2. th. 37.*

Allein allem Anſehen nach iſt dieſe adoptio u. Annehmung an Kindesſtatt nicht zum rechten vollkommenen Stand gekommen, daß ſie ihm Michael Kappenmann das Erbrecht tribuiren
12 kan. Es iſt bekandt, daß die adoptio in genere ſumpta in zwey ſpecies dividirt werde, nemlich in adoptionem in ſpecie ſic dictam & arrogationem. Die Arrogation iſt eine adoptio eines Menſchen, der ſui juris, und alſo keiner vätterlichen Poteſtæt mehr unterworffen iſt, und ſoll authoritate Principis oder durch Kayſerl. Macht und Gewalt geſchehen

§. 1. Inſt. de adopt. ibi Dd.

In unſerm Teutſchen Reich aber iſt eben nicht Kayſerl. Majeſt. authoritæt præciſe nöthig, ſondern es können auch Fürſten und Stände deſſelben, dergleichen authoritæt, krafft ihrer territorial ſuperioritæt, interponiren.

Stryk. *in uſu Pandect. mod. tit. de adopt. §. 6.*

13 Weilen auch die Comites Palatini ins gemein in ihren Diplomatibus die Macht bekommen, Söhne und Töchter zu adoptiren und zu arrogiren, oder die von andern geſchehene adoptiones und arrogationes zu confirmiren, ſo iſt kein Zweiffel, daß auch von denſelben, als Kayſerl. Gewaltshabern, die arrogatio geſchehen könne.

Hoppius *ad §. 1. Inſt. de adopt.* Stryck. *d. l. §. 3.*

Bey keiner Untern Obrigkeit aber kan dieſelbe 14
geſchehen, weil das Jus arrogationes confirmandi inter Regalia referiret wird.

Hopp. *d. l.* Sixtin. *de Regal. l. 1. c. 2. n. 19.* Einſiedel. *de Regal. c. 2. n. 71.*

Die adoptio in ſpecie geſchiehet, wann mit Obrigkeitl. Authoritæt eines andern in Vätterl. Poteſtæt annoch befindliches Kind adoptiret wird. Und diß geſchiehet entweder von einem Fremden, worunter alle diejenigen verſtanden werden, die nicht von der aufſteigenden Linie ſind, und wird minus plena genandt, oder von einem Aſcendenten v. g. Groß-Vatter oder Uran-Herrn, Mütterl. ja auch Groß-Vattern Vätterlicher Linie, beſonders heut zu Tage, da durch den Eheſtand an vielen Orten die Vätterl. Poteſtæt ihre Endſchafft bekommet, und wird adoptio plena genandt.

Hoppius *& alii ad §. 2. Inſt. de adopt.*

Was jene betrifft transferiret ſolche keine Vät- 15
terliche Poteſtæt, ſondern der adoptatus bleibt in ſeines natürlichen Vatters Gewalt, und bekommet nur durch die Adoption das Jus ſuccedendi ab inteſtato, wo er nicht emancipirt wird, welches auch ſtatt hat, wann ſchon andere Kinder vorhanden ſind.

d. §. 2. Inſt. de adopt. ibi Hopp. *l. 10. C. de adopt.*

Was dieſe belangt, tribuiret ſolche die vät- 16
terliche Poteſtæt, una cum jure ſuccedendi.

d. l. 10. C. de adopt. d. §. 2. Inſt. eod.

Indem aber gedacht worden, daß die adoptio 17
mit Obrigkeitl. Authoritæt geſchehen müſſe, ſo iſt zu wiſſen, daß bey den Römern ſolche Adoption auch von demjenigen geſchehen können, der eine Jdiction ob ſchon nicht über den Adoptanten, oder denjenigen, der adoptirt werden ſoll, hatte, weil dieſe adoptio pro actu voluntariæ Jdictionis gehalten wurde. Heut zu Tage aber, da dergleichen actus voluntariæ Jdictionis der Obrigkeit krafft ihrer Jdiction u. Obrigkeitlichen Amts zukommen, haben dieſe Macht alle diejenigen, welche eine ordentl. Jdiction haben, daß vor ihnen dieſe Auffnehmung an Kindesſtatt kan und muß vollbracht werden, wann ſie ihren Effect erreichen ſoll.

B.D. Lauterb. *diſp. de volunt. jdict. th. 16. in fin.* Hopp. *ad §. 1. Inſtit. de adopt.* Rutger. Ruland. *de Commiſſ. p. 4. l. 2. c. 16. n. 42.*

Woraus dann weiter erfolgt, daß diß nicht 18
gleich eine adoptio ſey, wann man einen wie ein Kind erziehet, wartet und pfleget, oder vor einen Sohn hält, falls es ohn Obrigkeitl. Authoritæt geſchicht, weil dergleichen Privat-Will nicht gnug iſt, ſondern man muß auch die ſolennitates Juris obſerviren.

§. 1. & ult. Inſt. de adopt. Hopp. *ibid.*

Um willen es nun hier an der Obrigkeitl. Authoritæt Zweiffels ohn wird manglen, und von dem Hanß Zimmermann dieſe Aufnehmung des Michael

chael Kappenmanns an Kindesstatt privata authoritate, sine Magistratûs accedente confirmatione geschehen seyn wird, hat er kein jus succedendi ab intestato, ut filius, dadurch erlangt.

19 Deme nach ist das Successions-Recht den gemeinen Kayſ. Rechten nach auf des defuncti Fratrem Uterinum Sam. Kappenmann, und des vorhin verstorbenen Fratris consanguinei Jürg Zimmermanns hinterlassene drey Kinder Barbaram, Mariam u. Margaretham, so dann auf des verstorbenen nachgelassene Wittib Susannam devolvirt, dergestalten, daß forderist die Wittib über ihr Zubringen den 4ten Theil ihres Manns Verlassenschafft pleno jure geerbet, von den übrigen 3 Viertheilen aber die Helffte dem Sam. Kappenmann, die andere Helffte des Jürg Zimmermanns dreyen Kindern zugefallen, welche die ihnen zugefallene Helffte wieder unter sich gleich theilen müssen.

20 Nam constat Jure Romano Conjuges sibi invicem succedere vel de Jure Prætorio vel de Jure Civili. Jure Prætorio justo matrimonio usque ad tempus mortis juncti Conjuges sibi invicem non nisi deficientibus tribus ordinibus, descendentium nempe, ascendentium & collateralium cognatorum aut agnatorum, succedunt, sed succedunt tunc sibi in solidum per petitam bonorum possessionem unde vir & uxor,

l. 1. ff. & C. unde vir. & uxor.

dummodo superstes intra centum dies, ex quo se vocatum sciverit, bonorum possessionem petierit ac agnoverit.

§. 4. Inst. de bonor. possess. l. 3. unde cogn.
Stryk. *de succeſſ. ab inst. disp. 4. c. 1. n. 4.*

Hoc Jure vero defuncti Zimmermanni relicta Vidua hic succedere non potuit, quia Collaterales adfuerunt.

21 Jure Civili autem etiam liberis vel aliis cognatis relictis Conjux conjugi succedit, si 1) matrimonium fuerit indotatum, vel dotatum quidem, sed dos ad alimenta non sufficiat,

Stryck. *d. Diss. 4. c. 1. §. 22.* Carpz. *p. 2. dec. 163. n. 19.*

& 2) Conjux prædefunctus fuerit locuples, superstes autem 3) laboret inopia.

Stryck. *a. Diss. 4. c. 1. §. 17. 19.*

22 Et si quidem cum liberis concurrit, cum si tres vel pauciores eorum fuerint, quartam, sin vero plures, virilem portionem jure ususfructus, si cum propriis liberis concurrat, accipit proprietate ejusdem, matrimonii liberis servata,

Nov. 117. cap. 5. Authent. Præterea. C. unde vir & uxor.

quanquam si liberi alterius matrimonii fuerint, etiam proprietatem prædictarum portionem consequatur.

dd. txx. Stryck. *d. Diss. 4. c. 1. th. 37.*

23 Si vero cum aliis defuncti cognatis concurrat Conjux, tum quoque in quartam, si eorum tres vel pauciores fuerint, sin plures, in virilem portionem hereditatis succedit, pleno tamen, & non ususfructus tantum jure.

d. Nov. 117. c. 5. & d. Auth. junct. Nov. 53. c. 6. Stryk. *d. Diss. 4. c. 1. th. 41.* cum ibi alleg. Brunn. *ad Auth. Præter. C. unde vir & uxor.* & aliis adduct.

Daß wir aber der Wittib nicht portionem 24
virilem und also den fünfften, sondern den 4ten Theil von des Manns Verlassenschafft assigniren, ob schon vier Cognati vorhanden, das geschicht der Ursach, weil des Hanß Zimmermanns Fratris consanguinei Jürg Zimmermanns 3. Kinder, Barbara, Maria und Margaretha mit dem Sam. Kappenm. jure repræsentationis in stirpes admittirt werden, also in ihres Vaters Stelle treten, und den Theil hinweg nehmen, den ihr Vatter bekommen hätte, consequenter nur pro una persona gehalten werden, daher wir auch von den drey übrigen 4 Theilen, so bleiben, wann die Wittib den 4ten Theil der Verlassenschafft wegnimt, die eine Helffte dem Samuel Kappenm. und die andere Helffte des Jürg Zimmermanns dreyen Kindern assignirt, dieser dreyen vor verstorbenen Bruders, jung Hanß Zimmermanns, Kinder, benandtlich Gabriel, 25
Matthäum u. Mariam, aber von der Erbschafft gäntzlich ausschliessen, aus Ursach, weil das Jus repræsentationis in linea Collaterali auf der Brüder Kinder allein restringirt ist, sich also auf deren Kindes-Kinder nicht extendirt, deßwegen des jungen Hanß Zimmermanns Kinder zur Succession nicht mit gelangen können.

vi Nov. 118. cap. 3.

es wäre dann, daß er jung Hanß Zimmermann 26
zur Zeit des Erblassers Todes noch gelebet, und erst seit des verstorben, in dem Fall bekämen sie den ihrem Vatter per mortem defuncti, de cujus successione jam quæstio est, bereits angefallenen 4ten Theil von der Helffte der dreyen Viertel dessen Verlassenschafft. Und auf solche Weise muß die Vertheilung der von weyl. Hanß Zimmermann dem mittlern verlassenen Vermögenschafft geschehen, wann sie zu recht bestehen, und nicht als null u. nichtig angefochten werden solle, was also die Wittib über den ihr gehörigen 4ten Theil eingenommen und bekommen, ist von dero Erben, cum perceptis inde fructibus, ohn Anstand zu restituiren, und können sich dessen nicht wegern.

Weil nun unter dem hinterlassenen Zimmer- 27
männischen Vermögen auch das von Gn. Herrschafft dependirende Lehengut oder Prædium Emphyteutic. ist, so ohn deren Consens nicht vertheilt werden mag, sie auch zu deren Præjudiz nicht will vertheilen lassen, kan sie dasselbe dem Sam. Kappenm. wohl gantz allein ex allegatis qu. r. rationibus überlassen, und ihn dabey manuteniren, was er aber daran zu viel empfangt, indem es nach dem im Inventario enthaltenen Anschlag die Helffte des gantzen Vermögens ausmacht, ist er schuldig seinen Miterben, mit Geld oder andern annehmlichen Dingen zu ersetzen.

arg. §. 4. Inst. de offic. jud. l. 72. §. 2. l. 55. ff. famil. erciſc.

Und durch diese Resolution der ersten Frage bekom̃t nicht nur dieselbe, sondern zugleich auch die

die andere:

28 Weil man nicht weiß, was in ſolchem Fall ſuperſtes Conjux von dem andern vor eine Portion erbet, und doch ſo viel bekandt, daß ſuperſtes Conjux zu Pfauhauſen bald auf dieſe, bald eine andere Weiſe zu ſuccediren pflege, ob dem Leonh. Zincken die zugeſchiedene Mobilien zu laſſen ſeyen?

und vierte Frage:

Wann dieſes alles nicht angehet, wie dann in dieſem Fall die Theilung zu formiren ſey?

29 ihre Deciſion und abhelffliche Maß, denn auff ſolche Weiſe, wie bereits an Hand gegeben worden bey der erſten Quæſtion, muß es eingerichtet werden, wann es Beſtand haben, und die liebe heylſame Gerechtigkeit keine Noth leiden ſoll, geſtalten nach dieſer einem jeden tribuirt und zugetheilet werden ſoll, was ihm von GOtt und Rechts wegen gebühret.

Die dritte Quæſtion:

30 Ob nicht die Herrſchafft loci, wie ſie ſchon vorgeſchlagen, beede Theile ex officio, authoritative und zu Erhaltung ihres darunter verſirenden Reſpects, weil ſie ſchon vor 6 Jahren geſprochen, daß der Sam. Kappenmann das Lehen-Gut haben ſolle, anhalten könne, daß der hinterlaſſene anitzo zu Steinbach wieder verheurathete Viduus Leonh. Zinck 80. fl. der Sam. Kappenmann aber 20. fl. alſo zuſammen 100. fl. denen andern quoad ſucceſſionem ab inteſtato anmeldenden Erben pro redimenda vexa heraus zu geben, und dieſelbige anzunehmen und damit zu acquieſciren ſchuldig ſeyn ſollen?

belangend, ſo kan Sam. Kappenmann wohl bey 31
dem Lehengut, wie geſprochen worden, erhalten und manuteniret werden, weil es untheilbar und er ohne dem den gröſten Theil an der verlaſſenen Erbſchafft erlangt, jedoch muß er, weil das Gut mehrers ausmacht, als ihm gebühret, was er daran zu viel hat, den Miterben entweder mit Geld, oder andern, was ihnen beliebig und anſtändig erſetzen, und der Leonhard Zinck, das übrige ſuppliren, daß des Jürg Zimmermanns Kinder den ihnen gebührenden halben Theil von 3 Viertheilen des Vermögens bekommen, ſo fern ſie nicht in Güte weichen und ſponte was weniger annehmen wollten.

Und dieſes iſt, was wir zu verlangter rechtl. Nachricht dienſtlich nicht verhalten ſollen, und ſolches mit unſer Facultät gewöhnl. Inſiegel urkündlich bekräfftigen wollen. Actum in Collegio noſtro d. 2. Sept. 1705.

Decanus und andere Doctores der Juriſt. Facultät bey gemeiner Hochfürſtl. Würtenberg. Univerſität Tübingen.

CONSILIUM CXXVIII.

Puncto von den Bierbrauern zu Nürnberg den Heffnern und Eſſigmachern ausliefferenden Schleims-Heffen und Glätt-Waſſers.

Et de Rebus meræ Facultatis an hæ præſcribi poſſint? ut & de Præſcriptione immemorialis temporis, nec non Actione L. Aquiliæ.

SUMMARIA.

1. *De rebus meræ facultatis, & quænam dicantur tales?*
2. *Cauſa earum libertas naturalis.*
3. *Actus meræ facultatis circa quasnam res, & quomodo verſentur.*
4. *Conſiſtunt in nudo facto, aut nuda faciendi poteſtate, cujus exercitio nulli termini, neque à Lege neque ab homine, præſcripti, & unde nec obligatio nec actio oritur.*
5. *Res eſt meræ facultatis ædificare in ſuo ſolo ſui commodi cauſa pro lubitu, etſi id in vicini vergat incommodum. Liberum de rebus ſuis arbitrium pariter & in genere huc refertur. ibid.*
6-9. *Res meræ facultatis non eſſe præſcriptibiles, probatur.*
10. *Non ſaltem non longo & longiſſimo, ſed neque immemoriale tempore vel ulla unquam temporis inter capedine, ejusmodi actibus præſcribi, licet vel infinitis vicibus repetiti fuerint.*
11. *ſeqq. In caſu ſubſtrato non de rebus meræ facultatis agi, ſed veram obligationem, & contractum innominatum do ac facio ut des ſubeſſe, ex facto largiter demonſtratur.*
17. *Jus exigendi illa materialia, de quibus in facto, per immemoriale tempus eſſe præſcriptum.*
18. *Immemorialis temporis præſcriptio eſt loco legitimi tituli, quia habet vim ſpecialis conceſſionis.*
19. *Secundum Juris Civilis analogiam ratione incorporalium ne longiſſimum quidem tempus requirere titulum, cum Domini patientia ſit loco tituli. Faſchinæus de vi præſcriptionis immemorialis ſine titulo conſentiens adducitur. ibid.*

20. Solo tempore immemoriali titulum probari.

Ratio, quia si constaret de origine & titulo, non opus esset præscriptione immemoriali. ibid.

Eandem, cum ipsa sit titulus, non desiderare alium titulum. ibid.

Confirmatio ex c. 1. X. de præscr. in 6to ib.

21. Hanc temporis immemorialis præscriptionem indistinctim esse admittendam, sive agatur de inducenda obligatione ratione futuri temporis, sive de inducenda liberatione.

22. Quod quis autore Magistratu possedit, non nisi juste & bona fide possedisse intelligitur.

23. Omnes res & jura, quæ nulla alia præscriptione acquiri possunt, per immem. temp. præscriptionem acquiri, modo formalia hujus præscript. requisita adsint.

24. Quænam sint ista requisita?

25. sq. An nulla plane præscript. & sic neq; hæc sine bona fide procedat, an vero in hac bonæ fidei nulla plane sit habenda ratio?

27. Struv. definitio præscriptionis immem.

28. Media sententia asseritur.

29. Titulus an etiam hujus præscriptionis requisitum?

30. Malitiis hominum obviandum, & salus publica privatorum commodis omnino præferenda, &, ne à privatis quocunque modo evertatur, sollicite curandum.

31. De antiqua in Civit. Norimb. Coctorum cerevisiæ melioris & tenuioris & acetariorum unione.

32. Providendum, ne promiscuis actibus rerum turbentur officia, aut aliis creditum alius subtrahat.

33. Concludunt inde Dd. non permittendum, ut opificia confundantur, unusque artifex alterius utatur opificio, sed potius puniendum eum, qui alterius officio & opificiose immiscet.

34. seqq. De transactionis autoritate, & contraveniente non audiendo ob favorem litium finiendarum.

37. Regula, quod res meræ facultatis haud præscribantur suas etiam patitur limitationes & exceptiones.

38. Quomodo harum rerum præscriptio procedat facto ejus, in cujus facultate erant, proprio?

39. Quomodo facto alieno?

40. Declaratur hoc exemplo ejus, qui ex libera voluntate molendinum aliquod molendi causa frequentavit, & deinde à domino molendini prohibitus, ne in alio molendino moleret, prohibitioni acquievit, & morem gessit per longum vel longissimum tempus.

41. Plures casus recensentur, in quibus talium rerum procedat præscriptio.

42. seqq. Necessitas restituendi damnum aliis dolo vel culpa datum ex Jure Divino, Naturali, Gentium & Civili demonstratur.

47. Applicatur hoc ad casum, quo quis ex culpa vel dolo alterius, & quidem cujusdam collegii opificum, illo modo, de quo tractatur, eo redactus fuit ut ædes suas vendere, & negotiationem suam deserere debuerit.

48. Quo genere actionis hic agendum, & an in casu substrato actione L. Aquiliæ in factum subsidiaria agi possit?

49. seqq. Quando actio L. Aquiliæ directa, utilis & in factum subsidiaria locum habeat, declaratur.

52. Has tres actiones in effectu inter se non differre.

Als uns zur Jurist. Facult. bey gemeiner Hochfürstl. Würt. Univ. Tübing. verordneten Decano und andern Doctoribus beygehende Facti Species mit Beylagen von lit. A. biß Hh. vor einiger Zeit zugesandt worden, um unser rechtl. Gutachten darüber, und in specie über die deroselben angehengte Fragen zu ertheilen, so haben wir nicht ermangelt, so bald es anderer wichtigen unter Handen gehabten Sachen, u. anderer eingefallenen Hindernissen halber immer seyn können, dieselbe unter die Hand zu nehmen, mit gebührendem Fleiß zu durchlesen, reifflich zu erwegen, und in sorgfältig darüb gepflogener Collegialis. Deliberation, uns dahin zu vergleichen, wie bey einer jeden Frage absonderlich zu vernehmen seyn wird. Und zwar

Die erste Frage:

Ob bey so bewandten Dingen ob tempus plusquam centenarium die Præscription nicht statt, u. also vermög derselben die Heffner kein unwidersprechl. Recht überkommen haben, daß die Bierbrauer schuldig seyn, denen Heffnern die zu ihrem Gewerb unentberliche Materialien verabfolgen zu lassen?

beantworten wir dahin, daß freylich u. in allwege die Heffner ex plusquam centenaria qs. possessione ein erworbenes Recht überkommen haben von den Bierbrauern den Schleim, Heffen und Glattwasser zu fordern, und die Bierbrauer denenselben die zu ihrem Gewerb unentberliche Materialien verabfolgen zu lassen schuldig seyn.

Denn ob wohl solches in Zweiffel gezogen wer- 1
den möchte, aus Ursachen, daß es scheinet res meræ facultatis zu seyn, ob die Bierbrauer den Heffnern wollen den Schleim, Heffen u. Glattwasser von ihrem Biersieden zu gute kommen lassen, oder nicht, gestalten weil sie die Materialien alle zu dem Bierbrauen ihnen anschaffen und kauffen müssen, scheinen sie die freye Macht zu haben, damit anzufangen, was sie wollen, und sie zu lassen, wo sie wollen, sie selbst zu behalten, oder andern zu geben, nach ihrem Gefallen, consequenter hat es das starcke Ansehen, daß es eine res meræ facultatis sey, ob die Bierbrauer sothane ihre gebrauchte und noch was zu Nutzen bleibende Materialien wollen zu ihrem eigenen Nutzen behalten, oder den Heffnern zukommen lassen.

Dicun-

Dicuntur enim res meræ facultatis actus à mero arbitrio alicujus dependentes, & ex libertate naturali vel gentium univerſitatisve jure competentes, quorum proinde exercitium, omiſſiove alteri nullum jus tribuit, & exercendi, omittentive non præjudicat.

2 Habent hæres meræ facultatis cauſam naturalem, libertatem ſcilicet, ſeu facultatem à natura omnibus inditam quidlibet agendi,

l. 4. ff. de ſtat. homin.

cum naturaliter liceat unicuique legem rei ſuæ dicere quam velit.

Munoz de Eſcobar. *de ration. admin. cap. 6. num. 35.*

3 Verſanturque actus meræ facultatis circa res omnes, tam publicas, quam privatas, quatenus circa eas libera agendi facultas à jure conceſſa & indulta eſt,

Berlich. *part. 2. concl. 3. num. 8.*

4 & conſiſtunt in nudo facto aut nuda faciendi poteſtate, cujus exercitio nulli fines, nulli termini neque à lege, neque ab homine præſcripti ſunt, unde nec obligatio nec actio oritur.

Berlich. *d. l.*

5 Sicut autem res meræ facultatis eſt, quod unusquisque in ſuo ſolo commodi ſui cauſa pro lubitu ſecundum libertatem ædificare poſſit, etſi id in vicini incommodum vergat,

l. 9. de ſervit. præd. Urban. l. 24. l. 26. §. fin. ff. de damn. infect.

ita non minus res meræ facultatis eſt de rebus ſuis libere pro arbitrio diſponere, quo quisque vult modo, eſt enim quilibet liber rerum ſuarum moderator & arbiter, ideoque cum illis facere poterit, quod lubet.

l. 21. C. mandat.

Iſt es aber res meræ facultatis, ob die Bierbrauer den Schleim, Heffen und Glatt-Waſſer von ihrem Bierſieden zu ihrem ſelbſteigenen Nutzen behalten, oder den Heffnern und Eßigmachern zukommen laſſen wollen, ſo können die Heffner und Eßigmacher dem Anſehen
6 nach daraus, daß die Bierbrauer ihnen ſolche Stücke lange Zeit aus freyem Willen zukommen laſſen, kein unwiderſprechliches Recht erlangt haben, daß die Bierbrauer ſchuldig erachtet werden könnten, ihnen ſolche Materialien ferner nothwendig verabfolgen zu laſſen.

Cum enim ea, quæ à libera agentium voluntate pendent, ſeu actus voluntarii neceſſitatem non inducant, communi Dd. calculo recepta & approbata eſt ſententia, non dari regulariter præſcriptionem rerum, quæ
7 ſunt meræ facultatis, quia actus facultatis incerti ſunt ac variabiles, nec quisquam in iis legem ſibi imperare poteſt, à qua ipſi recedere non liceat.

l. 22. ff. de leg. 3.

neque eorum, quæ adhuc à voluntate pen- 8
dent, ac nondum exiſtunt, poſſeſſio vel quaſi habetur,

Innocent. *in c. 1. de cauſ. poſſeſſ. & proprietat.*

nec per conſequens præſcriptio eſt, quia hæc ſine illa non procedit.

c. 3. de R. I. in 6. l. 25. ff. de uſurp. & uſucap.

nec actus æſtimari debent ultra intentionem 9
agentium.

l. 29. ff. de reb. cred.

& facta ſine animo truncus ſunt ſine anima.

B. Dn. D. Lauterbach. *Diſp. de volunt. th. 13.*

Exinde igitur colligunt ac deducunt, quod 10
juribus facultatis nulla unquam temporis intercapedine præſcribatur, licet tales actus vel infinitis vicibus repetiti fuerint.

Bald. *ad l. 1. c. de ſervit. & aq.*

& non ſaltem per longum vel longiſſimum, ſed etiam per immemoriale tempus continuati.

Thoming. *Conſ. 17. n. 65. ſeqq.* Klock. *vol. 1. Conſil. 18. num. 36.* Matth. de Afflict. *dec. 388.*

So iſt es doch, wann man die Sach was ge- 11
nauer betrachtet, an dem, daß den ſich dabey ereignenden Umſtänden nach, die Auslieferung des Schleims, der Heffen und des Glattwaſſers kein res meræ facultatis, die à mero arbitrio der Bierbrauer dependirt, geweſen, ſondern iſt vielmehr intuitu der Bierbrauer die præſtation derer Materialien als eine Schuldigkeit, und intuitu der Heffner und Eßigmacher die poteſtas exigendi dicta materialia als eine facultas ex contractu, do ac facio ut des, quæſita anzuſehen, denn wie das Bierbrauen 12
und Schencken eine bürgerliche Handthierung und ein Jus reale publicum iſt, quo mediante Civi id habenti cereviſiam ex materia apta ad ſuam ſuorumque utilitatem coquere & vendere licet, authoritate Magiſtratûs conceſſum, welches wir ein Jus reale nennen, weil es ipſis ædibus, denen darzu berechtigten drey und zwantzig Bierbrau-Häuſern in der Stadt Nürnberg inhærirt, und keinem zukommt, als der ein ſolches Haus beſitzt, dem das Jus braxandi inhærirt, alſo iſt der Heffner und Eßigmacher Handel auch eine beſondere burgerliche Handthierung und Nahrung, ſo ebenmäſſig publica authoritate Magiſtratûs zu der Stadt und deren Burger beſten angeordnet in neun darzu berechtigten Nahrungs-Häuſern beſtehend, worinn lang über Menſchen Gedencken aus Schleim und Heffen das Heffen-Bier für die Arme an ſtatt des anderer Orten ma-

machenden Heinzels oder Confents gemacht aus dem Glat-Wasser aber der Bier-Eßig zubereitet worden, welche Materialien ihnen Heffnern und Eßigmachern dazu die Bierbrauer abfolgen lassen müssen, aus Anordnung einer löbl. Obrigkeit, die beede Gewerb mit ihren gewissen Ordnungen instruirt und versehen, auch alles also klug- und weißlich eingerichtet, daß jeder Theil von beeden Handeln seine ehrliche Nahrung haben könnte, insonderheit mit der Anordnung, daß die Bierbrauer den Schleim, Heffen und Glatt-Wasser den Heffnern und Eßigmachern hinaus geben sollen, darauf gesehen, damit man desto mehr gesichert sey, daß kein Schleich vorgehe, und solche Stück mit unter das Bier kommen, sondern hindan und weggethan werden, das Bier
14 also just und gut sey; Und zwar haben sie gedachte Materialien nicht gantz vergebens und umsonst den Heffnern und Eßigmachern hinausgeben dürffen, sondern es haben diese von den Bierbrauern das Glatt-Wasser gegen Bezahlung 15. kr. von jedem Sieden, Schleim und Heffen aber zwar ohne Geld, jedoch gegen andere Præstationes oder Dienste, als Anschaffung eines Knechts bey jedem Sieden, nebst dero Ansetz-Heffen oder Gühr, Verführung der Bier in der Bier-Brauer Keller ꝛc. von uhralters her bekommen; Gestalten die Bier-Brauer selbst sothanes aus dem Glatt-Wasser erlößtes Geld auch unter ihre Einnahm gebracht, (welches dann die von einem Hoch-Edlen Rath Deputirte zum Brauwesen in ihren Gegenrechnungen, worauf jährlich der Biersatz gemacht worden, allemahl gleichfalls considerirt, mithin approbirt,) hingegen vor Schleim und Heffen, ohnerachtet diese Materialien von grösserm Werth als das Glatt-Wasser sind, nichts angesetzt, die davor geleistete Præstationes aber sind bekandtlich und von einer Hochlöbl. Obrigkeit expresse approbirt, indem sie die Heffner und Eßigmacher in der ihnen fürgeschriebenen Ordnung dahin verpflichtet und adstringirt, daß sie schuldig seyn sollen die neue Heffen, so man jährlich nach den Sommerbieren zu neuen Bieren gebraucht, auf das treulichst und fleißig zu bewahren, und 2.) keinem Bierbrauer die Heffen versagen, sondern unweigerlich ausfolgen lassen, auch keinen vor dem andern fordern, vervortheilen noch hindern sollen, 3.) ihnen auch verbothen, keine Heffen aus der Stadt zu geben, es seyn denn die Nürnbergische Bierbrauer nach Nothdurfft
15 versehen. Consequenter haben die Heffner und Eßigmacher die zu ihrem Heffenbier und Bier-Eßig benöthigte und von den Bier-Brauern erhebende Materialien, Schleim, Heffen und Glatt-Wasser nemlich, nicht nur ex gratia, sondern ex titulo oneroso quodammodo von diesen bekommen und erhalten, mit löbl. Obrigkeit Vorbewußt, Genehmhaltung und Approbation, sind von derselben weit über 100 Jahr und lang über Menschen Gedencken dabey manutenirt und geschützet worden, können also davon so schlechter Dinge nicht verdrungen werden, indem sie ex tam diutina quasi possessione ein unwiderruffliches Recht per præscriptionem erworben und acquirirt. Denn 16
pro primo haben die Heffner und Eßigmacher einen justum titulum gedachte Materialien von den Bier-Brauern zu exigiren, gestalten obwohl sie kein Instrument auffzuweisen haben, daß sie sich deßhalber also ausdrücklich verglichen und contrahendo vereinbahret haben, so ist doch, daß solches geschehen seyn müsse, gnugsam daraus abzunehmen, daß die Heffner und Eßigmacher vor das Glatt-Wasser von jedem Sieden 15 kr. gegeben, und vor Schleim und Heffen bey jedem Sieden einen Knecht angeschafft, Ansetz-Heffen oder Gühr gegeben, die Bier in der Brauer Keller geführt ꝛc. welches ohnmüglich ohne vorhergehende Convention in die Wege können gerichtet werden, sondern muß also unter ihnen verabredet und von der Obrigkeit approbirt worden seyn, weil das vom Glatt-Wasser erlößte Geld von den Biere Brauren selbst in ihre Einnahm gebracht, und von eines Hoch-Edlen Raths Deputatis zum Brauwesen in dem jährlich gemachten Biersatz drauf Reflexion gemacht worden, und die Præstationes worzu sich die Heffner und Eßigmacher gegen die von den Bierbrauren empfangende Schleim und Heffen obligirt, von der Obrigkeit in ihr der Heffner geschworne Pflicht und Ordnung mit eingeruckt, und darin Ziel und Maß fürgeschrieben worden, muß also unter ihnen der contractus innominatus do ac facio 17
ut des mit Vorwissen und Approbation einer Hochlöbl. Stadt-Obrigkeit eingegangen seyn, in Krafft dessen nun schon lang über 100 Jahr ja weit über Menschen Gedencken die Heffner und Eßigmacher allemahl das abgeredte Geld bezahlt, und die bedungene Dienste præstirt, dagegen die Materialia von den Bierbrauern unweigerlich biß itzo entstandenen Streit empfangen, haben demnach die Heffner und Eßigmacher justissimum titulum, und wann sie selben gleich nicht gehabt, wären sie doch satis tuti per solam immemorialem quasi possessionem & per eam factam præscriptionem juris exi- 18
gendi hæc materialia, in qua immemorialis temporis præscriptione ne quidem ullo titulo opus est, cum illa sit loco legitimi tituli, quia habet vim specialis concessionis.

l. 3. ff. de aqu. quot. c. super quibusdam. §. præterea. X. de verb. signif.

quod circa Jura incorporalia nullum habet 19
dubium, cum juxta Juris Civilis analogiam ne longissimum quidem tempus titulum desideret, sed domini patientia, qui tanto tempore quasi possidere permittit, sit loco tituli.

Strauch. *Diss. 7. ad Jus Justin. th. 20.* Struv. *Ex. 13. th. 38. & Exerc. 43. th. 19.* Fachin. *lib. 8. controv. cap. 33.* ubi quamvis acerrime contra Vasquium disputet, quod titulus vitiosus & injustus præscriptione temporis immemorialis non purgetur, ambabus tamen manibus largitur, quod si ejusmodi tempus

tempus immemoriale adsit; licet titulus deficiat, nihilominus ex decursu tanti temporis præscriptio procedat.

20 Et communiter sibi persuasum habent Dd. huic præscriptioni nihil obesse, si desit titulus, quia tanto tempore possessum præsumitur ab antecessoribus juste acquisitum, cum tam immanis temporis præscriptio præsumatur justum titulum permanentem habere, adeo, ut si aliæ deficiant probationes, solo tempore immemoriali titulus probetur.

Roll. a Valle *vol. 2. Consil. 91. n. 13. 14.*
Balb. *de præscript. p. 2. part. 3. princ. q. 6. n. 12.* Salicet. *in l. vectigalia. C. ne nov. vectig.*

ratio quia si constaret de origine & titulo, non opus esset præscriptione immemoriali,

Molin. *de Jur. primog. lib. 2. c. 6. n. 6.* quæ cum ipsa sit titulus, alium titulum non desiderat, sed hac ipsa allegatione sufficienter officio suo satisfeciisse intelligitur.

Paul. de Castro *in l. 2. C. de servit. n. 12.*
Cravetta *de antiquit. tempor. part. 4. §. absolutis. n. 28.*

Et certe luce meridiana clariora sunt verba, quibus hoc assertum nostrum corroborat Pontifex

inc. 1. de præscript. in 6.

21 ut proinde indistinctim hanc temporis immemor præscriptionem admitrat,

Zanger *de except. part. 3. c. 10. n. 91.* sive agatur de inducenda obligatione ratione futuri temporis sive de inducenda liberatione.

l. 3. l. 4. C. de præscript. 30. vel 40. ann.

22 Secundo ist kein Zweiffel, daß die Heffner und Eßigmacher, die diese Materialien weit über 100. Jahr und über Menschen Gedencken gegen das Geld, und Præstationes von den Bier-Brauern empfangen, in bona fide gewesen, consequenter das Recht selbige von ihnen dergestalt zu exigiren, daß sie dieselbe ihnen unweigerlich ausfolgen lassen müssen, tanti temporis decursu præscribirt, denn es haben die Heffner und Eßigmacher gedachte Materialien zu Treibung ihrer Nahrung und Handthierung jederzeit mit der Obrigkeit Vorwissen, Genehmhaltung, Approbation, ja auf deren Verordnung von den Bierbrauern empfangen, und ihnen hingegen dafür die 15. kr. von jedem Sieden bezahlt, beneben die andern Præstationes abgestattet, sciente & approbante itidem Magistratu.

Cum ergo sic authore Prætore vel Magistratu hactenus jus illa exigendi quasi possederint, non possunt non juste & bona fide illud possediisse intelligi.

l. 11. ff. de acquir. possess. l. 137. de R. J.

Wann also daraus klar am Tage liegt, daß sie so lange Zeit solches Recht bona fide genossen und exercirt, kan so weniger einiger Zweiffel walten, daß sie selbiges nicht sollten dergestalt per immemorialem præscriptionem acquiriret haben, daß es ihnen nimmer benommen und abgestrickt werden möge. Und daß dieses 3.) schon weit über Menschen Gedencken und über 150 Jahr bereits also müsse gewesen und gehalten worden seyn, ergiebt sich daraus, daß die Heffner und Eßigmacher schon über die Zeit diese ihre Handthierung und Nahrung getrieben, und ihre Pflicht und Ordnung bereits in Anno 1544. darauf gehabt, wie aus Lit. C. zu sehen. Haben sie aber schon damahl diese ihre besondere Nahrung und Handthierung getrieben, so müssen sie auch schon damahls gedachte Materialien von den Bierbrauern empfangen haben, zumahl weil sie bereits zu der Zeit zu denen ihnen dagegen incumbirenden Præstationibus verbunden gewesen, die sie bißher zu thun gehabt haben, wie d. Lit. C. bezeuget, und die Handthierung ja nicht hätten treiben können, wann sie nicht die darzu erforderte Materialien und Requisita von den Bierbrauren bekommen; Gestalten sie solche Materialien des Schleims, Heffen und Glatt-Wassers nirgends anders woher, als von den Nürnbergischen Bierbrauern hernehmen, noch aus einer andern Materie, sie mag auch Nahmen haben, wie sie wolle, sich anschaffen noch zubereiten dürffen, sondern deswegen einig und allein an die Bierbrauer verwiesen seyn; inmassen als sie Heffner und Eßigmacher angehalten, daß ihnen erlaubt werden möchte, daß sie sich selbst zu einer Prob aus Kleyen oder Maltz die zu ihrer Handthierung benöthigte Materialien zubereiten dürfften, selbiges ihnen abgeschlagen worden, teste Lit. D. Sind nun die Heffner und Eßigmacher vor mehr als 150 Jahren und also weit über Menschen Gedencken Magistratus authoritate, justo titulo & bona fide in die quasi possession die Materialien des Schleims, Heffen und Glatt-Wassers von den Bierbrauern zu Treibung ihrer Nahrung und Handels gegen gewisse Præstationes zu fordern, gekommen, und haben biß itzo sine ulla interruptione continuirt, haben auch die Bierbrauer ihnen solche stets ungeweigert verabfolgen lassen, noch sich jemahls als itzo darwider gesetzt, sondern selbe von undencklicher Zeit ihnen allzeit willig gereichet; So waltet bey uns nicht der geringste Zweiffel, daß nicht die Heffner und Eßigmacher immemorialis temporis præscriptione ein unwiderruffliches Recht erlangt und acquirirt, solche auch noch fernerhin in Zukunfft gegen sothane Præstationes von den Bierbrauern zu fordern, und diese hergegen in allwege schuldig und verbunden seyn dieselbe gegen die gewöhnliche Præstationes jenen folgen zu lassen, wie von Alters geschehen.

Omnes enim res & Jura, quæ nulla alia 23
præscriptione acquiri possunt, per immemorialis temporis præscriptionem tamen acquiruntur, si formalia illius immemorialis præscriptionis requisita adsint, quæ consistunt 1.) in vera vel quasi possessione per tempus, quod hominis memoriam excedit, 24
continuata ita ut medio interjacente tempore non fuerit interversa. 2.) in bona fide,

quam non minus in hac atque in alia quavis præscriptione de Jure Canonico, vi
cap. ult. x. de præscript. c. possessor. de R. I. in 6. ubi Pontifex nullam indulget præscriptionem, quæ cum mala fide conjuncta est.
requirunt
Canis. *ad c. vigilanti x. de præscript.* Bachov. *v. 2. D. 22. th. 6. lit. C.* Gilken *de præscript. part. 2. m. 2. c. 1.*
25 *num. 6.* Fachin. *lib. 8. c. 26.* Fichard. *vol. 2. Cons. 148. num. 18.* Frantzk. *lib. 3. Resol. 1. num. 270.* qui hoc assertum, sine bona fide nullam procedere præscriptionem in tantum ampliat, ut licet per multa annorum millia quis possederit, non tamen sine bona fide præscribat.

26 Licet alii in hac immemoriali præscriptione bonam fidem non adeo rigorose exigant, velut
Salicet. *in l. 2. C. de servit.* qui non curandam esse bonam vel malam fidem dicit, ubi quis tanto tempore possederit, cujus initii vestigium non apparet, quem sequitur Joh. Kœppen *dec. 57. n. 40.* concludens in præscriptione illius temporis, cujus initii memoria non extat, non necesse esse bonam fidem probare, cum illa ex tanto tempore sufficienter probetur, & hoc ipsum etiam notan-
27 dum esse subjicit Balbus *de præscript. part. 2. part. 3. princ. q. 6. num. 18.* Imo Struvius *Ex. 43. th. 23.* in genere præscriptionem immemorialem definit, quod sit, in qua nulla bona fides, nullus titulus, nulla rei (commercio tamen subjectæ) qualitas attenditur, sed tantum rem vel jus esse neglectum tanto tempore, cujus initii memoria non extat, à quo asserto non alieni sunt Mascard. *concl. 224. n. 25. cl. 225. n. 1. conclus. 1220. num. 45.* Klock. *vol. 1. Cons. 11. num. 274.* Schurff. *Cent. 1. Cons. 69. n. 8. Cons. 72. n. 32.*

28 Nos media via incedentes dicimus: In præscriptione immemoriali ex tanti temporis lapsu bonam fidem adesse præsumi, sed si mala fides clare probetur, præsumptionem illam exspirare.
Mascard: *vol. 1. Cons. 225. num. 21.* Cravetta *de antiquit. tempor. tit. 4. §. materia. num. 21.* Zanger. *de except. p. 3. cap. 10. num. 105.*

29 Titulum in præscriptione immemoriali non requiri, sed tanto tempore possessum ab antecessoribus juste acquisitum esse præsumi jam supra diximus. Quocirca duobus illis formalia hujus præscriptionis requisita absolvuntur, & cum ista manifesto hic adsint, satis tuto eidem innituntur tenuis cerevisiæ coctores & acetarii.

Und werden sich 2.) die Bierbrauer so weniger der Schuldigkeit die Materialien des Schleims, Heffen und Glattwassers den Heffnern und Eßigmachern zu ihrem Gewerb hinauszugeben, entbrechen können, als sie ihre Pflichten dazu eines Theils selbst verbinden, indem sie vermög ihrer Gesetz und Ordnung lit. E. sich aydlich obligiren müssen, mehr nicht dann auf ein jedes Simmern eingesprengten Maltzes 14 Aymer gutes gerechtes Bier zu brauen und darüber nicht schöpffen oder angiessen zu lassen, benebens darob zu seyn, daß das Glattwasser nicht unter das Bier gebrauet, sondern hintangethan werde, gleichwie der Schleim, welchen altem Gebrauch nach der Heffners-Knecht jederzeit herabgekehrt, und statt seines Dienst-Herrn in Empfang genommen ꝛc. Item was nicht visiret ist, weder für sich selbst zu ihrer Haushaltung, noch zu anderer Nothdurfft zuverbrauchen, noch dasselbe sonsten jemand anders (ausser denen es gebühret und von Obrigkeitswegen angewiesen worden) weder um Geld, noch umsonst, durch sich oder ihren Gewalt, nicht zu geben, zu schencken, oder zu zustellen, und also gefährlicher Weyse nichts zu verhalten, oder durch sich oder ihren Gewalt abtragen zu lassen, ꝛc. Andern Theils aber solches ein Hoch-Edler Rath dem gemeinen Wesen zum Besten vor unerdencklichen Zeiten also geordnet und eingeführt, damit aller besorglichen Confusion des guten Biers mit der Hefen, Schleim, und dem hintanzuthun gebottenen Glattwasser, vorgebogen, alle unzulässige und dem Ærario nachtheilige Vergrösserung oder Extendirung der 14 Aymer vom Simmern eingesprengten Maltzes gesteuret werden möchte, und hierdurch der Arme so wohl, der es zu bezahlen hätte, als der Reiche, mit einerley gutem Bier versehen würde. Und hat solchen Zweck desto eher zu erhalten gewisse Brauverständige Personen in Pflichten genommen, ihnen ex publico Besoldungen geschöpffet und geordnet, damit auf solche Weys so wohl ihre Policey und Ordnung, als der Bierbrauer, ingleichem der Heffner und Eßigmacher Nahrung desto besser conservirt, auch dadurch dem öffters gespielten Betrug der Brauer destomehr vorgebogen und gesteuret würde, wie dieses zu erkennen gibt die den Braumeistern und Bierbrauern zugeschriebene Ordnung lit. E. worauf sie ihre Pflicht geben und erstatten sollen.

Wann nun diese uhralte mit so grosser Sorgfalt und Prudenz eingeführte Ordnung den Bierbrauern proprio temerario ausu mit Denegirung der den Heffnern und Eßigmachern hinauszugeben habenden Materialien zu Treibung ihrer dem Publico zum Besten angeordneten Nahrung zu brechen und aufzuheben gestattet werden wollte, würde ihnen Bierbrauern dadurch wiederum Thür und Thor geöffnet ihre alte Ränckе und Betriegerey, die durch die 30
Prob-Sieden an Tag kommen, zu spielen, welches keineswegs geschehen solle, sondern omnibus modis zu præcaviren.

Mali-

Malitiis enim obviandum eſt,
l. 38. §. 1. ff. de rei vindic.
nec privatis indulgendum, ut quæ pro ſalute publica à Magiſtratu provide ſunt ſtatuta & ordinata, ipſi tollant & evertant, nam ſalus publica privatorum commodis omnino præferenda, & omni quo poteſt fieri modo procuranda.
l. un. §. 14. C. de caduc. tollend. l. un. §. 1. C. de Offic. Comit. ſacrar. largit.
ubi Imperatores Arcadius & Honorius reſcripſerunt, eorum nomina ad Principem referri debere, qui propriis commodis magis, quàm utilitatibus publicis ſtudere deprehenſi fuerint. *Nov. 39. c. 1.*

Und obwohl 3.) von Löbl. Obrigkeit ſelbſt den Heffnern einſten aus dem Schleim und Heffen das Heffen-Bier zu machen und zu verkauffen inhibiret werden wollen, iſt die inhibition doch auf gethane Remonſtration gleich wieder aufgehoben, und ſind ſie bey ihrer Handlung und Nahrung bis auf dieſe von den Bierbrauern neuerlich erregte Strittigkeit beſtändig conſervirt, ja vielmehr darinn noch mehrers beſtättiget worden, ſo daß ſie unausgeſetzet mit männiglichs Zufriedenheit und ohne einige Contradiction oder geführte Klag der Bierbrauer oder ſonſt jemands in perpetuo exercitio geblieben und fortgefahren aus dem Schleim und Heffen Stadtkündiger Maſſen das Heffen-Bier, aus dem Glattwaſſer aber den Bier-Eſſig zu machen, wie deſſen einen klaren Beweis geben die Letzzettul lit. I. ſo offenbar vor Augen legen, daß die Heffner von 100 und mehr Jahren her (gewiß aus nichts anders als aus
31 den von den Bierbrauern empfangenen Materialien, Schleim und Heffen nemlich) ihr Heffen-Bier geſotten, und damit ihre Nahrung getrieben, daher auch Bierbrauer und Heffner über Menſchen Gedencken dermaſſen zuſammen gehalten, daß ſie, als wären ſie eine Zunfft, nicht allein ihre conventus beyeinander, ſondern auch ein Becher miteinander gehabt, mit der Umſchrifft:

Drey in dreyen ungeweyht,
Faßt das Band der Einigkeit,
Daß zum ſüſſen Nutz gedeut.

Ja nach dem Tod auch einander den letzten Ehren-Dienſt geleiſtet, daß ſie einander zu Grabe getragen; Können ſie demnach die Bierbrauer nullo juris colore wegern, den Heffnern die über Menſchen Gedencken ausgelieferte Heffen und Schleim zu Treibung ihrer Nahrung auch noch ferner künfftig abfolgen zu laſſen, und falls ſie auf der Hartnäckigen Denegirung ſolcher Materialien beharren, werden ſie jure meritoque zu deren Auslieferung adſtringiret und gezwungen, ob jus ea exigendi welches die Heffner und Eßigmacher ex immemorialis temporis quaſi poſſeſſione acquirirt.

Um ſo mehr 4.) als nicht zu gedulden, daß eine Zunfft der andern in ihre Nahrung und Handel neuerliche Eingrieff thue, und ſelbige gar übern Hauffen werffe, ſo dann deren Ge- 32
ſchäffte an ſich ziehe, ſondern vielmehr alle Mühe anzuwenden und zu cooperiren, daß eine jede Zunfft ihr eigenes Gewerb habe und vor ſich zu treiben behalte.

Abſurdum enim eſſe, ſi promiſcuis actibus rerum turbentur officia, & aliis creditum alius ſubtrahat, reſcribit Imperator Juſtinianus
in l. 23. C. de teſtam. add. *l. 2. C. de execut. & exactor.* ibi: *ne quod injunctum alteri fuerit collegii jure præſumant, nedum hoc ſibi invicem mutui officii licentia partiuntur, agant cuncti quod ſingulis credebatur. c. ſingula. diſt. 89.*

Unde alias Dd. conficiunt, quod non 33
permittendum ſit, ut opificia confundantur, unusque artifex alterius utatur opificio, ſed potius puniatur, qui alterius officio ſeſe immiſcet.
l. 4. C. de numer. actuar. & chartular. l. 10. §. 1. C. de proxim. ſacror. ſcrin. l. 5. C. qui milit. poſſ. vel non poſſ. l. ult. C. de aſſeſſ. & domeſt. Carpzov. *lib. 1. Reſp. 47. num. 7. 9. 10.*

Ex quo recte inferimus, quod Zytopæis non ſit permittendum ad ſe pertrahere, quod ultra ſeculum hominumque memoriam actariorum & tenuis cereviſiæ coctorum proprium fuit.

Iſt auch 5.) den Bierbrauern in ihrem ungerechten ſuchen ſo weniger Gehör zu geben, als ſie, nachdem dieſe Sach in anno 1689. zwiſchen ihnen und den Heffnern in einen formlichen Proceſs erwachſen, und jeder Theil ſeine intention zu behaupten geſucht, ſothane Strittigkeit aber in anno 1692. auf Interpoſition der Herren Deputirten zum Brau-Werck mit Vorbewußt und Veranlaſſung eines Hochedlen Raths durch einen gütlichen Verglich gäntzlich abgethan, und beede Händel einander mit Hertz, Mund und Hand verſprochen, daß alles was hinc inde paſſirt, vergeſſen, tod und abſeyn, hergegen die ehemahlige gute Verſtändniß 34
wieder ein- und aufgerichtet ſeyn und bleiben, auch ein jedes ſein ab antiquo gehabtes Recht behalten, und des andern ungehindert exerciren ſollte, dieſem bona fide aufrichtig und wohlbedächtlich getroffenen Verglich Schnurſtracks zuwider kommen und gehandelt, auch contra datam fidem den Heffnern öffters gedachte Materialien weder in quantitate noch qualitate debita, ja gar nicht geliefert, weil ſie nicht mit ihnen in ein Horn blaſen, und in dem mit dem Magiſtrat wegen des neuaufgerichteten Rothen Brau-Hauſes am Kayſerl. Reichs-Hof-Rath angefangenen Proceſs mit ihnen nicht communem cauſam machen wollen.

Non audiendus enim, qui temerè con- 35
travenit Transactioni bona fide & deliberato animo à ſe initæ. Nam cum non minor

transactionum authoritas esse debeat, quam rerum judicatarum

l. 20. C. de transact. l. 2. ff. de jurejur. l. 56. ff. de re judic.

36 merito, ut rei judicatæ, sic & transactioni, quæ ejusdem potentiæ cum re judicata, standum est, quia litium nullus usque finis futurus esset, nisi media illa litium sopitarum accuratissimè & sanctissimè observarentur, ac ab illis facile & temerè discedere liceret.

l. fratris. 10. C. de transact.

minimè ergo transactioni bonâ fide initæ contraveniens audiendus, sed ut datam fidem servet & transactionem adimpleat compellendus.

Und diesem allen, was bißhero deduciret vor die den Heffnern schuldige Auslieferung der zu ihrer Nahrung benöthigten Materialien, bringt durchaus keinen Nachtheil dasjenige, was Anfangs pro ratione dubitandi oben angeführet worden, denn da wird præsupponiret, daß die Auslieferung der Materialien zu Hefen-Bier und Essig, des Schleims nemlich, der Heffen und des Glattwassers eine res meræ facultatis seye. Es ist aber bereits In rationibus decidendi zur Gnüge gezeigt, daß sothane von den Heffnern prætendirte Auslieferung deren Materialien nichts weniger denn eine res meræ facultatis, die in der Bierbrauer freyes arbitrium gestellt sey, sondern daß sie darzu verbunden und adstringiret seyen. Dannenhero daß Principium Juris, quod res meræ facultatis non possit ullo tempore præscribi, quod in se verissimum esse agnoscimus & ambabus largimur manibus, hier übel applicirt wird, rei, quæ non est meræ facultatis, sed verisimiliter ex contractu innominato à Magistratu approbato, aut certe hujus ordi-

37 natione, debetur. 2.) Ist daß zwar die regula, quod res meræ facultatis regulariter haud præscribatur, wie aber sonst fast keine Regul ist, die nicht ihre Abfäll leide und habe, also ist es auch mit dieser in specie beschaffen, daß selbe nicht weniger ihre exceptiones habe, und die res meræ facultatis in gewissen Fällen præscribiret werden.

38 Oritur autem harum rerum præscriptio vel ex facto aliquo proprio vel alieno ceu extrinseco intentionem agentis impeditivo. Priori modo fit sua cujusvis culpa, ut si causam & occasionem utendi habens, voluntarie eam omittat quo minus utatur. Posteriori, si prohibitio ab extraneo fuerit facta & accesserit paritio vel contradictum sit & accesserit patientia, vel aliquid adhuc fieri debeat, quod utilitas aut necessitas publica suadet. Nam mera facultas sive liberum arbitrium restringitur & ab altera parte juris cujusdam quasi possessio acquiritur, si alicui pro libitu actum celebraturo alter prohibue-

40 rit, atque iste prohibitione acquieverit: ut si dominus molendini, quod quis aliquandiu libera voluntate frequentavit, hospiti prohibuerit, ne ad aliud molendinum eat, vel in posterum alibi molat, isque prohibitioni morem gesserit & acquierit, nec aliud molendinum visitaverit, tunc si à tempore prohibitionis elapsum tempus præscriptioni præstitutum, nimirum vel longum vel longissimum, prout prohibens vel est in bona vel mala fide, jus aliquod erit præscriptum, per factam namque prohibitionem & insecutam omissionem actui alias liberi arbitrii aliquid juris inductum.

Grot. *de J. B. & P. lib. 2. c. 4. num. ult.* Gebhard *de præscript. c. 3. §. 2. n. 18.* Struv. *Ex. 43. th. 22.* Henric. Barth. Roth. *Diss. pecul. de præscript. rer. quæ sunt meræ facult. th. 18.* qui id pluribus exemplis illustrat & demonstrat atque *th. 25.* ex Anton. Gabriel. *commun. conclus. lib. 5. tit. de præscript. concl. num. 8.* Sequentes plures mo- 41
dos refert, quibus procedat talium rerum præscriptio. 1.) Si facultas deduceret jus deducibile in judicium. Corn. *vol. 3. Cons. 305.* 2.) quando talis facultas competeret simpliciter. Bartol. *in l. 1. ff. de nund.* 3.) quando facultas competit ratione juris quæsiti (uti in nostro casu) quia tunc potius dicitur jus, quam facultas. Paris. *vol. 1. Cons. 7.* 4.) quando facultas competit ex contractu, ut hic Felin. *in c. cum accessissent. x. de constit.* 5.) quando aliquid præstatur in favorem piæ causæ. Abbas *in c. suam nobis. de Simon.* 6.) stante prohibitione præscribentis & patientia adversarii. Aim. Cravetta *de antiq. temp. in 4. part. num. 215.* 7.) interveniente aliquo hominis ministerio. Paul. de Castro. *Cons. 243.*

Wann also gleich Anfangs die Auslieferung öffters gedachter Materialien in der Bierbrauer freyem arbitrio gestanden, und res meræ facultatis gewesen wäre, consequenter præscriptione nicht acquirirt werden können, so hat es doch hernach damit ein ander faciem gewonnen, nachdem sie in contractum deducirt, und Magistratûs authoritate eingeführt, daß sie ad præcavendas fraudes müssen hinweg gegeben werden.

Folget

Die andere Frage:

Ob, nachdem die Bierbräuer nichts desto minder sothane Materialien zurück behalten, und mithin das Heffner-Gewerb allerdings in Ruin zu stürtzen gesonnen sind, die Heffner fundatam intentionem haben, wider die Bierbräuer ad Interesse zu klagen, und wegen ihres bereits erlittenen Verlusts Satisfaction zu begehren?

Welche

42 Welche nach alſo reſolvirter erſten Quæſtion nicht anders denn affirmative beantwortet werden kan, dann wann die Heffner ex plus quam centenaria, imo immemoriali quaſi poſſeſſione ein unwiderſprechliches Recht erlangt haben, Krafft deſſen ſie von den Bierbrauern die zu ihrem Gewerb benöthigte Materialien erfordern können, und dieſe ihnen ſolche ex debito abfolgen zu laſſen verbunden, wie ad quæſtionem præcedentem demonſtrirt, ſo folgt, daß ſie ihnen ſelbige contra juſtitiam vorenthalten, zumahl da ſie es aus Neid gethan, um ſie um ihre Nahrung zu bringen, und ihr Gewerb an ſich zu ziehen, immaſſen ſie dadurch, ihrem Bericht nach, denn würcklich keinen geringen Schaden an ihrer Nahrung erlitten, dahero kein Zweiffel, daß nicht die Heffener, wann ſie den Schaden dociren können, ſollten fundatam intentionem haben wider die Bierbrauer ad intereſſe zu agiren, und wegen ihres erlittenen Verluſts Reſtitution oder Satisfaction zu begehren. Denn wer einem dasjenige, was er ihm zu præſtiren ſchaldig, injuſte denegirt oder vorenthält, und ihn dadurch dolo vel culpa in offenbaren Schaden bringt, der iſt ex regulis Juſtitiæ den dadurch zugefügten Schaden zu erſetzen ſchuldig, und wer den Schaden erlitten, der iſt die Erſetzung des erlittenen Schadens und Verluſts an den, der ihm ſolchen zugefügt, mit Recht zu ſuchen omni jure befugt.

43 Quicunque enim concivi ſuo damnum infert, ex regulis Juſtitiæ, quæ vult, ut cuique tribuatur quod ſuum eſt, vel ei debetur, ad illud ei reſarciendum vel reſtituendum omnino obligatur, hinc communiter à Moraliſtis Reſtitutio deſcribitur eſſe actum Juſtitiæ commutativæ quo damnum proximo datum reſnrcitur, cujus neceſſitatem ſatis innuit vulgatum illud: Non remittitur peccatum, niſi reſtituatur damnum illatum. Probatur eadem ex ipſimet Sacris literis, ſic enim Paulus Apoſt. *Rom. 13. v. 7. 8. Reddite*, inquit, *omnibus debitum, cui tributum, tributum, cui vectigal, vectigal, cui timorem, timorem, cui honorem, honorem, nemini quicquam debeatis, niſi ut vos invicem diligatis.*

Ubi omne debitum reddendum eſſe docet, & hoc de neceſſitate, prout vox ipſa *debitum* importat. Et Ezechiel *cap. 33. v. 14. 15.* DEUS nemini peccati veniam pollicetur, niſi prius pignus, rapinamque reddiderit; Sic enim DEUS per Prophetam: *Si dixero impio, morte, morieris, & egerit pœnitentiam à peccato ſuo, fecerit-que judicium & juſtitiam* & pignus reſtituerit ille impius, rapinamque reddiderit *& in mandatis vitæ ambulaverit, nec fecerit quicquam injuſtum, vita vivet & non morietur.* Ex quo loco ſatis manifeſtè colligitur, quam neceſſaria ſit reſtitutio. add. Levit. *Cap. 6. v. 2. ſeq.* Ex. *C. 22. v. 5.*

44 Neque ſolum in Jure divino, ſed etiam in jure naturæ fundata eſt illa damni illati reſarcitio, ipſa enim naturalis ratio exigit, ut quod quis damnum alteri ſua culpa dedit, reſarciat,

Puffendorff. *Elem. Jurisprud. Univerſ. lib. 2. Obſerv. 4. §. 30.*

& hoc efflagitat illud Juris naturæ Principium: Quod Tibi non vis fieri, alteri ne feceris & Quod tibi vis fieri, Idem alteri facito.

Quod Principium lumine naturæ notum Chriſtus confirmavit

Matth. *7. v. 12.*

dicens: *Quodcunque vultis, ut faciant vobis homines, & hoc vos facite illis*, Idem præceptum habetur Tob. *4. v. 16.*

Cum nullus ſit, qui non velit ſibi tribui quod ipſi debetur, nullus ſit, qui non velit ſibi reſtitui damnum illatum, E. reſtituat & ipſe damnum, quod alteri intulit. Nam, 45 ut Cicero *lib. 3. Offic.* ait, illud natura non patitur, ut aliorum ſpoliis noſtras facultates, copias, opes, augeamus. Detrahere igitur aliquid alteri, & hominem hominis incommodo ſuum augere commodum, magis eſt contra naturam, quam mors, quam paupertas, quam dolor, quam cætera, quæ poſſunt aut corpori accidere, aut rebus externis. Si enim ſic, pergit idem itidem, affecti erimus, ut quisque propter ſuum emolumentum ſpoliet aut violet alterum, dirumpi neceſſe eſt eam, quæ maxime eſt ſecundum naturam, humani generis ſocietatem. Et ſi unusquisque noſtrum ad ſe rapiat commoda aliorum, detrahatque quod cuique poſſit, emolumenti ſui gratia, ſocietas hominum & communitas evertatur neceſſe eſt.

46 Neque vero hoc ſolum natura, id eſt Jure Gentium, ſed etiam Legibus populorum, quibus in ſingulis Civitatibus Reſpublicæ continentur eodem modo conſtitutum eſſe idem dicit, ut non liceat ſui commodi cauſa nocere alteri, ſique nocitum ſit, reſtitutionem fieri debere.

Atque in ſpecie Leges noſtras Romanas in Imperio noſtro in vim Juris communis receptas veſtigia hæc Juris divini ac naturalis præſſo pede ſequi, & damnum alteri quomodocunque dantem ad illius reſtitutionem itidem adſtringere, nec ſpectare, an damni illatio ex malitia ſeu dolo vel culpa proceſſerit, ipſis Juris tyronibus plus quam notum eſt.

ex *tot. tit. Instit. ff. & C. de Leg. Aquil.* & traditis interpretum *ibid.*

Deßwegen wir nochmahls nicht zweiffeln, daß hier nicht die Heffner befugt seyn sollten, ad damni illati restitutionem wider die Bierbrauer zu agiren, und von ihnen Satisfaction zu suchen.

Und aus dieser Beantwortung der andern Frage fließt prono alveo zugleich die Resolution

Der dritten Frage:

47 **Ob** in specie **Johann Wolff Franck, nachdem er ob solcher Widerrechtlichen Vorenthaltung derer** Materialien **sein Haus verkauffen, und seine Nahrung** abandoniren **müssen**, ex sua parte **dergleichen** Satisfaction **von denen Bierbrauern zu suchen Rechtlichen** fundiret sey?

Daß er in alle Wege fundiret sey, wann er deßwegen es thun müssen, und dadurch in Schaden gerathen.

In der

Vierten Frage

wird zu wissen verlangt:

Quo genere actionis **solches am besten**
48 **bewerckstelliget werde, und ob nicht hierinnfalls die** Actio Subsidiaria in factum Prætoria **statt haben möchte** ad consequendam damni æstimationem?

Da wir erachten, daß die actio subsidiaria in factum Prætoria ad exemplum actionis Legis Aquiliæ introducta & data gar wohl darzu gebraucht werden könne, daß man die Ersetzung des durch die Widerrechtliche Vorenthaltung und Denegirung der schuldigen Materialien, causirten Schadens und Verlusts von den Bierbrauern erlange.

49 Denn wie die Actio Legis Aquiliæ directa ex verbis Legis statt findet, si quis dolo vel culpa suo corpore in corpus damnum dederit, quo alterius patrimonium diminuitur,

l. 7. §. 1. l. 51. ff. ad L. Aquil. §. ult. Inst. eod.

Und die Actio Legis Aquiliæ utilis ex mente & sententia Legis competirt, si quis non corpore suo, sed alio modo, in corpus tamen damnum dedit, illud corrumpendo, ut si quis servum aut pecus alienum loco ita incluserit, ut fame necaretur, tametsi enim aliter quam corpore, nempe per causam tantum à se damnum dedit, quia tamen corpori dedit, actio ex Lege non deest, non quidem ex verbis, sed tamen ex mente seu sententia ejus, qua is omnis occidisse dicitur, qui mortis causam quolibet modo præbuit. 50

l. 8. d. l. 51. ff. ad L. Aquil.

Also findet die Actio Subsidiaria in factum 51
exemplo actionis L. Aquiliæ introducta statt, ubi tam verba quam sententia Legis Aquiliæ cessant, æquum tamen est, ut damnum resarciatur, daturque adversus eos, qui injuria quidem, hoc est dolo vel culpa, sed nec corpore suo, nec in corpus, verum alio quolibet modo, in qualibet re, damnum dederunt, quo alicujus patrimonium diminuitur, nam cum alteri per alterum non debeat iniqua conditio, quæ damno alias hac lege vindicando æquipollet, inferri, in subsidium actio hæc in factum non immerito locum habet.

Agitur autem his omnibus actionibus ad 52
damnum resarciendum, seu ad communem damni dati æstimationem consequendam, unde in effectu inter se non differunt.

arg. l. 47. §. 1. ff. de negot. gest. junct. §. ult. Instit. de L. Aquil. l. 1. §. 2. ff. si is qui testam. liber. esse juss. fuer. Brunnemann. *ad l. 7. l. 9. l. 11. & l. 27. §. 5. ff. ad L. Aquil.* add. Schilter. *Exerc. 19. ad Pandect, th. 59. 60.* Besold. *Th. Pr. voc. Abtrag.* Hopp. *ad §. 9. Inst. de L. Aquil.*

Und dieses ist, was wir zu verlangter Rechtlichen Nachricht, salvo meliori judicio, dienstlich nicht verhalten, und mit Unserer Facultæt gewöhnlichen Insigel bekräfftigen wollen.

Actum in Collegio nostro d. 20. Nov. 1705.

CON-

CONSILIUM CXXIX.

IN

Causa proxime antecedente impertitum.

SUMMARIA.

Præmittitur cohærentia cum proximè antecedente Consilio à num. 1. usque 6.

7. Renuntiatio successionis per pactum divisioni adjectum facta, regulariter semper stare præsumitur.

8. Pactum familiæ ultimæ voluntatis speciem non constituit.

9. & 10. Juxta Giphanium decem sunt ultimarum voluntatum species quæ examinantur, & pro parte refutantur.

11. Pactum familiæ quamvis quoad effectum deferendæ successionis vim ultimæ voluntatis involvit, extra tamen hunc respectum pactum manet.

12. Fideicommissum est vel proprium vel improprium, & quomodo unumquodque constituatur, hic ostenditur.

13. & 14. Pacto vel conventione inter vivos quasi fideicommissum constituitur.

15. Quod & in substrato factum est, ubi simul ostenditur, cujus effectus sit, præsens familiæ fideicommissum sub pactionis alicujus figura ordinatum.

16. Juri suo quilibet libere renunciat, nec ad renunciata regressus dantur.

17. 18. & 19. De Jure statutario Juliacensi & Mont. de bonis immobilibus hæreditariis testari quidem possessor non potest, validè tamen illa inter vivos alienat: excepta sola inter conjuges donatione.

20. & 21. Quod applicatur ad casum propositum.

1 DEmnach wir zur Juristen-Facultæt bey gemeiner Hochfürstl. Würtembergischen Universitæt Tübingen verordnete Decanus und andere Doctores neulicher Zeit, *sub dato d. 11. Julii, Anno 1705.* nehmlich, in der sich zwischen Freyherrn von der L. zu A., und verwittibten Freyfrauen von der L zu S. Eines; So dann Freyherrn von B. zu B., andern Theils, wegen L. Seits ergrieffener Possession der Oersbeckischen in dem Gülichischen und Bergischen gelegenen Güter, so in der *Anno 1642.* zwischen der L.-S. und B. Familie getroffenen Theilung dem L.-S. Hauß per sortem zugefallen, erhobenen Strittigkeit und Rechtfertigung, so vor dem Churfürstl. Pfältzischen Hoff-Gericht annoch unerörtert hanget, ein Rechtliches Gutachten ertheilt, und darinn mit mehrerm deducirt, daß sothane Oersbeckische der L.-B. Familie zugetheilte Güter keine der B. Familie afficirte Stock- und Stamm-Güter seyn, davon der Hochseelig verstorbene Chur-Trierische Geheime Rath und Ober-Marschall Herr Carl Caspar von der L., S. Linie zu Præjudiz der B. Familie vermög der Gülichis. und Bergischen Rechts-Ordnung zu testiren, und seinem Vetter Herrn Carl Caspar von der L. zu A. darinn zum Erben zu instituiren weder Fug noch Macht gehabt, sondern daß es intuitu der Freyherrlich B. Familie gantz freye Güter, davon Herr von der L. wie von andern seinen eigenthumlichen Gütern in favorem seines Agnaten Herrn von der L. Abend. Linie per Testamentum zu disponiren bestens befugt gewesen, ex rationibus in dicto Consilio deductis, darunter insonderheit diese auch, daß sothane Güter mit andern ohne dem ab intestato nicht auf die B., als Cognatos, sondern auf die L. Agnatos verfallen seyn würden, wann er gleich per Testamentum davon nicht disponirt hätte, in Krafft der unter den gesammten Herren von der L. *Anno 1607.* bereits abgeredten *Anno 1661.* aber völlig zum Stand gebrachten und von Kayserl. Majestät allergnädigst confirmirten Erb-Einigung und Pacti Familiæ, so ausdrucklich nicht nur die schon gehabte, sondern auch alle künfftig durch Heurath, Erb oder anderm rechtmäßigem Titul erwerbende Güter begriffen, und klar in sich gehalten, daß es forderist allerdings in allem verbleiben solle bey der zwischen beeden Linien der A. und S. *de Anno 1607.* getroffenen Theilung aller und jeder L. Allodial-Erb-Eigenthum- und Lehen-Güter, wie dieselbe damahlen auf beede Stämme an Häussern, Herrschafften, Lehen-Gütern, Renthen, Gülten und Gefällen in die Theilung kommen, was auch von Zeit jetztgedachter Theilung biß zur Zeit des Pacti von einem oder andern aus beeden Linien durch GOttes Gnade, es sey Lehen oder Allodial, ererbet, erworben und acquirirt worden, (wie die Güter quæstionis) oder noch ins künfftig durch Heurath oder sonsten in andere Wege ererbet, erworben, oder acquirirt werden möchte, daß alles solle bey selber Linie, so lang dieselbe seyn werde, welche die Güter geerbet und erworben zwar verbleiben, auch mit oder ohne Testamentliche Disposition beede Linien ihre abgesonderte Erbung und Successiones behalten, so lang dieselbe in ihrem Esse und Wesen seyn, und bestehen

5 bestehen werden, nichts destoweniger aber mit beeder obgedachten Linien Successions- und Erbfolgerungs-Recht dem gantzen Stamen, und beederseits Anverwandten als Ewige aus dem Geschlecht deren von der L. unveräusserliche Fideicommiss-Güter dergestalt affect, und auf alle jetzige und künfftige Stamms-Agnaten immerwährend geordnet seyn, daß da sich nach dem Willen GOTTes zutragen solte, daß eine Linie von beeden gantz und zumahlen ohne Hinterlassung Männlicher Ehelicher Leibs-Erben, auch ohne Auffrichtung einiger Testamentarischer oder andern letzten Willens Disposition unter den übrigen Stamms-Verwandten aussterben solte, die von der andern Linien alsdann zur Zeit des begebenden Sterb-Falls vorhandene Agnaten vom Geschlecht, und die am nächsten oder gleich verwandt seyn werden, in den hinterlassenen L. Stamm- und Fideicommiss Gütern ohne Hinderung und Eintrag der etwan von der ausgestorbenen Männlichen Linie vorhandene Töchter, als welche krafft sothanen Pacti Familiæ von Erbung der Stamm-Güter gäntzlich ausgeschlossen, succediren und erben sollen, &c. dadurch also in bonis quæstionis de Jure successionis den Agnatis genugsam prospicirt, hergegen den Cognatis der aditus gäntzlich præcludirt.

6 Und aber die Herren von B. hierwider opponiret, daß die Herren von der L. nicht befugt gewesen, diese ihnen afficirte unbewegliche Erb-Güter unter das Pactum Familiæ zu ziehen, und sie davon zu excludiren. So müssen wir denenselben dieses Dubium benehmen, und deßwegen unserm vorigen Responso appendicis loco dieses noch beyfügen, daß die Herren von B. gantz unrecht daran seyn, und sehr weit irren, wann sie vermeynen und vorgeben, daß die Herrrn von der L. nicht befugt gewesen, die ihnen Herren B. afficirte unbewegliche Erb- Güter unter das Pactum Familiæ, so sie unter sich getroffen, zu ziehen.
7 Denn pro primo sind es durchaus keine ihnen ulla ratione afficirte Erb-Güter, weil sich die B. Familie gegen die L. S. Familie des krafft der Gülichischen und Bergischen Lands-Ordnung *tit. 69. & 88.* auf die der L. Familiæ in der Theilung *Anno 1642.* per sortem zugefallene unbewegliche im Gülichischen Hertzogthum gelegene Güter prætendirten Erb-Rechts per pactum divisioni adjectum expresse verzehen und begeben, auch der L. S. Familie vollkommene Macht und Gewalt eingeraumet, damit gleich wie mit andern ihren eigenthumlichen Gütern frey zu schalten und zu walten, und nach Belieben davon zu disponiren, wie im vorigen Consilio unter der an-
8 dern Ration mit mehrerm remonstrirt. Gesetzt aber 2.) daß es rechte unbewegliche Erb-Güter, von denen in der Gülichischen und Bergischen Rechts-Ordnung zu testiren verbotten *alleg. tit. 69.* so folgt doch nicht, daß sie deßwegen auch nicht haben unter das auffgerichte Pactum Familiæ gezogen werden können, denn diß Pactum Familiæ, so unter den gesammten Herren von der L. *in Anno 1607.* abgeredt, hernach aber *Anno 1661.* völlig zum Stand gebracht, und in Richtigkeit gesetzt, auch von Kayserl. Majestät allergnädigst confirmirt worden, ist keine Species ultimarum voluntatum.

Quarum decem species constituit Giphanius *ad l. ult. §. ult. C. de Codicill. nim.* 9
1.) Testamentum. *2.*) Codicillos. *3.*) Epistolam Fideicommissariam. *4.*) Nudam rogationem ejus, à quo quid relinquitur sine testibus & sine Scriptura. *5.*) Donationem mortis causa. *6.*) Epistolam per quam libertas datur. *7.*) Testationem apud amicos. *8.*) Libellum brevem seu schedam. *9.*) Nutum quo fideicommissum relinqui posse constat, & *10.*) Testamentum inter liberos. Sed multiplicantur sic entia præter necessitatem, quinque priores vere sunt diversæ & distinctæ species, reliquæ autem vel sub iis continentur, vel ad eas commode referri possunt. Prima enim ultimam, tertia sextam suo modo sub se comprehendit. Testamentum namque Parentum inter liberos habet formalem rationem testamenti, heredis nempe institutionem, per quam principaliter distinguitur à nuda Parentum dispositione sive bonorum divisione inter liberos facta, qua illi non heredes instituuntur, sed magis in modum divisionis ipsis assignatur, quid ab intestato succedentes capere debeant.

l. fin. C. famil. ercisc. ibi Brunnem. *n. 9.* add. Carpzov. *p. 3. c. 4. d. 23.* Finckelth. *obs. 78. n. 15.* Mantz. *de testam. tit. 6. q. 1. n. 30.* Struv. *Ex. 32. th. 20.* Stryck. *vol. 2. Disp. 19. de Testam. inter lib. c. 3. n. 9.*

Adeoque verum est testamentum licet imperfectum, ratione solennitatum scil. non minus validum tamen ex privilegio quam solenne

l. 21. §. 1. C. de testam.

Et idem sentiendum de testamento mili- 10
tari, de testamento nuncupativo, quæ duo testamentorum genera ut peculiares species ultim. voluntatum
à Rittershusio *ad Nov. p. 6. c. 1. n. 10.*

Duodecim illarum in universum enumerante, ex Accursii sententia relata & non improbata, superioribus adduntur. Deinde Epistola per quam servo libertas datur non est alia species ab Epistola fideicommissaria, sed plane eadem cum illa, si heres Domino ab intestato successurus ab eo per Epistolam rogetur, ut post ipsius mortem servum manumittat, si vero servus Domino vivente per Epistolam libertatem consequitur, non

est

eſt ſpecies ultim. voluntatum. Teſtatio autem apud Amicos, libellus brevis ſive ſcheda & nutus ſuo modo ad Codicillos pertinent & referri poſſunt. Remanent ergò quinque priores ſpecies tantùm.

Ludwell. *de Ult. volunt. p. 2. cap. 1. p. 182.* qui rectè addit heredum inſtitutiones, ſubſtitutiones legata & fideicommiſſa non ſeparatas eſſe voluntates, ſed teſtamenti aliarumque voluntatum ultimarum ſaltem capitula diverſa.

11 Ad neutram autem illarum referri poteſt inita hæc inter Dominos de Layen conventio ſeu Pactio hereditaria, **Erb-Einigung der Herrn von der L.** Et licet quis urgeat, Pactum hoc tamen habere vim ultimæ voluntatis. Recte huic reponetur, verum id eſſe quoad effectum deferendæ ſucceſſionis, extra hunc reſpectum autem naturam ultimæ voluntatis non nanciſci, nec in eam in univerſum degenerare, ſed pactum manere, & modum ex illo ſuccedendi conventionalem eſſe.

12 **Sondern iſt ein** negotium inter vivos, Pactum nempe per unanimem omnium Dominorum de Layen, qui tum in vivis fuere, conſenſum initum, majorisque authoritatis & firmitatis gratia à Cæſarea Majeſtate clementiſſime confirmatum, quo ipſi in omnibus ſuis bonis immobilibus, præſentibus & futuris fideicommiſſum conventionale conſtituerunt, quod eſt nonnihil improprium Fideicommiſſum, quo quis alteri aliquid per modum contractus vel conventionis reſtituere rogatur & obligatur. Nam proprium & ſtrictè ſic dictum fideicommiſſum in ſupremis aliàs elogiis ordinatur, & ſecundum eorundem indolem à ſolius fideicommittentis voluntate dependet intra animum ſe cuiquam vel ad quidquam obligandi, hincque etiam pro arbitrio revocabile eſt

l. 32. §. 3. de donat. int. vir & uxor. l. 4. de adim. legat.

ad Fideicommiſſum conventionale conſtituendum autem requiritur conſenſus tum illius qui illud conſtituit, tum eorum, qui illo gravantur.

arg. l. 1. ff. de pact. l. 55. ff. de oblig. & act. Cenſal. *in addit. ad Peregrin. de fideicommiſſ. art. 51. verſ. Tertio obſerv.* ibi: *Requiritur conſenſus partis utriusque.*

13 Poſſe vero ejusmodi quaſi fideicommiſſum, moribus præſertim noſtris, Pacto vel conventione inter vivos conſtitui, celeberrimi Germaniæ, Hiſpaniæ, Galliæ & Jtaliæ JCti paſſim teſtantur,

vid. Klock. *tom. 2. conſ. 17. n. 7.* Brunneman. *cent. 1. dec. 12. n. 5. & conſ. 23. n. 7.* Knipſchild *de fideicommiſſ. fam. nobil. cap. 6. n. 25. ſeqq.* Stryck. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſp. 8. cap. 9. §. 6. ſeqq. & in uſu moderno Pandect. tit. de Pact. th. 21.* Richter *dec. 26. n. 30.* poſt Tillemann. de Benign. Knichen. *de veſtit. pact. part. 1. cap. 3. n. 50.* Pruckman. *lib. 1. conſ. 1. per tot.* Joh. del Caſtillo *controv. lib. 3. c. 19.* Fontanell. *de pact. nupt. clauſ. 4. gloſſ. 25. n. 1. ſeqq.* Giurba. *dec. 108. n. 16. Peregrin. de fideicommiſſ. art. 51.* ibique Cenſalius Petr. Anton. de Petra *de fideicomm. qu. 4.* Gratianus *diſcept. forenſ. 247. n. 1.* Hect. Capyc. Latro *Dec. 2.* ibique in obſerv. *n. 1. ſeqq.* Honded. *vol. 2. conſ. 42. n. 1.* aliique innumerabiles adducti à Dn. Collega D. Harpprechto *pecul. Diſp. de Fideicommiſſ. convent. th. 12.* ubi receptiſſimam hanc inter doctos ſententiam quotidiano uſu fori comprobari dicit, & contrariam ad antiquas plane fabulas & leguleicas ineptias non immerito relegare Cardinalem de Luca ait

in Theatro verit. & juſtit. tom. 6. Diſc. de Fideicommiſſ. 213. n. 17. & Diſc. 240. n. 3.

refert quoque infinita præjudicia & deciſiones ſupremorum Tribunalium, quibus talia fideicommiſſa conventionalia ſint firmata & valida pronunciata, quibus omnino acquieſcendum eſſe tandem concludit, ne ſi contra Fori uſum ſcholaſticè diſputemus, condolendum nobis dicant, quod, quæ quotidiana, non didiceremus, & jus, in quo verſamur, ignoremus. 14

Cothman *conſ. 78. n. 176.* Mev. *ad Jus Lubec. part. 2. tit. 1. n. 103.*

Poſito nunc hoc, **daß dieſe L. Erb-Einigung ein** Negotium inter vivos ſey, **und ein** Fideicommiſſum Familiæ ſub pactionis alicujus figura ordinatum **in ſich halte, ſehen wir keine Urſach, warum nicht auch dieſe von den Oersbeckiſchen herkommende der L. S.** Familiæ **in der mit den B. getroffenen Erbtheilung** per ſortem **zugefallene Güter, auf welche die Freyherrn von B. ſich gegen die L. S.** Familie **alles Erb-Rechts, ſo ſie krafft der Gülichiſchen und Bergiſchen Rechts-Ordnung darauff** prætendiren **können und mögen,** expreſsè **kräfftigſt verziehen und begeben, mit Einraumung vollkommener Macht und Gewalt, daß ſie Herren von der L. von ſolchen, wie von übrigen ihren vorhin gehabten eigenthumlich zuſtändigen Gütern frey** diſponiren, **und damit nach Belieben und Gefallen ſchalten und walten mögen, ungehindert ihr der Herren von B., hätten ſollen und können mit Beſtand Rechtens in diß** Pactum **gezogen, und mit dem** Fideicommiſſo conventionali **dergeſtalt afficirt werden,** tum quod cuilibet juri ſuo quæſito, & multo magis quærendo, in ſui 15 16

favorem constituto, renunciare integrum sit,

l. pen. C. de pact. c. 5. X. de renunc. cum similibus Barbos. *lib. 16. cap. 31. ax. 2.*

ad semel renunciata autem non detur regressus

l. 17. §. 1. ff. de acquir. hered. l. 14. §. 9. ff. de ædil. edict. cum similibus txx.

quia renunciatione semel facta variare, & ad ea recurrere non licet, imò satis absurdum esset, redire quem ad hoc cui renunciavit

l. 11. C. de reb. cred. l. 29. C. de pact. l. ult. §. ult. C. de temp. appell.

& renuciatione sponte facta amittit quis jus suum

c. accepta. 3. & seq. X. de restit. spoliat. Barbos. *locupl. d. l. 16. c. 31. ax. 3.*

17 Tum positò, daß, wann die Herren von B. auch gleich nicht einmahl ihrem drauff prætendirenden Erb-Recht renuncirt hätten, sondern es noch ihnen afficirte Erb-Güter wären, doch bekandt, daß ob gleich den Gülichischen und Bergischen Land-Rechten nach von dergleichen unbeweglichen in den Hertzogthümern gelegenen Erb-Gütern dem Besitzer derselben zu testiren nicht erlaubet, sondern solches expressè verbotten

tit. 69. pr.

18 Demnach dessen ungehindert ein jeder, der seines Gewalts, dieselbe verschencken, verkauffen, permutiren und alio quocunque titulo inter vivos auff andere transferiren könne, ausser wann deren Verschenckung unter Eheleuthen in stehender Ehe geschicht

Gül. und Bergisch. Rechts-Ordnung tit. 102.

Ubi in terminis quoque ita docet

Melch. Voets. Duc. Jul. & Mont. Consiliar. intimus & Vice-Cancell. nec non Judicii Aulici Dusseldorp. Commissar. *in Histor. Jur. Civil. Juliac. & Montens. pag. 35. n. 72. seq. pag. 45. num. 119. pag. 71. n. 178. seq. pag. 77. num. 201. & in tr. de Jure revolut. cap. 11. num. 2.*

19 Quod licet testamenti factio de bonis immobilibus hereditariis in Ducatibus Juliæ & Montium sitis sit prohibita, extra dubium tamen sit, quod quisque suæ potestatis eadem valide aliis inter vivos donare, vendere, permutare & alio quovis titulo alienare possit, provocans ad quotidianam experientiam; in tantum, ut donationem talium bonorum immobilium hereditariorum valere pronunciet, etsi donans ante lapsum anni & diei moriatur &c.

Laud. Dn. Voet. *in Histor. pag. 71. num. 178. seqq.*

Daher bey uns durchaus kein Zweiffel waltet, daß nicht diese Güter quæstionis validè omnino hätten sollen, können und mögen von den Herren von der L., S. Linie in die mit ihrem Vettern Abend. Linie auffgerichtete Erb-Einigung und getroffenes Majoris authoritatis & firmitatis gratia von Kayserl. Majestät allergnädigst confirmirtes Pactum Familiæ gezogen, und diesen Fideicommisso conventionali afficirt werden, in krafft dessen sie jetzund darinn von Rechtswegen succediren mögen, ohnerachtet, daß in der Gülichischen und Bergischen Rechts-Ordnung *tit. 88.* disponiret, daß die Erb-Güter fallen und erben sollen, hinter sich an die nächste Erben, daher sie kommen.

Nam quomodo accipi debeat consuetudo, daß die Güter hinter sich an die nächste Erben, daher sie kommen, fallen und erben sollen, ibi firmata satis declarat

Prælaudatus Dn. Voet. *tr. de Jure revolut. cap. 5, ad quem remisisse sufficiat.*

Ex cujus traditis satis superque patet consuetudinem illam ibidem firmatam dictique *tit. 88.* dispositionem minime Dnn. de L., in Jure successionis in bonis quæstionis fideicommisso conventionali Pacto inter vivos ordinato ipsis affectis, obesse.

Dessen nicht zu gedencken, daß diese Güter Quæstionis keineswegs von den B. herkommen, sondern ursprünglich Oersbeckische Güter gewesen, anjetzo aber per Pactum illud Familiæ L. Stock- und Stamm-Güter worden, deßwegen so lang Männliche Erben von der L. Familie im Leben seyn, auff keine andere als auf dieselbe verfallen können.

Welches wir zu Supplirung unsers vorigen Consilii dienstlich anfügen, und mit unser Facultæt gewöhnlichen Insiegel gleicher gestalten behörig bekräfftigen wollen.

Actum in Collegio nostro d. 1. Octobr. Anno 1705.

CON-

CONSILIUM CXXX.

CUJUS

Quæstio Prima: De Donatione à Patre Filio, summam 500. solidorum excedente, absque insinuatione licet, nihilominus tamen valide facta: Secunda: De Testamento, Notarii, omniumque Testium ut & Executorum morte non attenta, firmo manente: Tertia de ultima defuncti voluntate ab hæredibus semel agnita ipsoque facto approbata - nec non Quarta de Donatione à Patre Filio inter vivos facta, ab hæredibus non amplius impugnanda, agit.

SUMMARIA.

Facti species à num. 1. usque 13.

14. Donationes inter patrem & Filium sunt nullæ, ob rationes hic allegatas.

15. Donatio quingentos solidos excedens actis insinuari debet, alias non valet.

(*) Solidi quomodo hodie æstimandi?

16. Subintellige quoad excessum.

17. Rationes insinuationis hujus adducuntur.

18. Hæc insinuatio ab omnibus promiscuè personis requiritur.

19. usque 22. Quid in substrato dicendum explicatur.

23. Liberi quomodo & quando hodiè pro emancipatis habeantur?

24. Ratio cur donatio inter patrem & filium in substrato valeat.

25. Item, quod, non obstante omissa donationis hujus insinuatione, illa nihilominus sit firma & valida.

26. Quod semel placuit amplius displicere nequit, nec audiendus qui ad renunciata redire vult.

27. Nec error, nec ignorantia, nec fragilitas sexus hanc donationem licet non insinuatam, impugnare potest.

28. Ex rātione hic subjuncta.

29. & 30. Testamentum, in casum si unus vel alter vel omnes ex numero testium ante sigilli & subscriptionis recognitionem sint mortui, an corruat?

31. Quod recte negatur, ex ratione hic subjuncta.

32. Modo de subscriptionibus & sigillis eorum alias constet.

33. 34. & 35. Hinc plures à contraria supra allegata sententia & quidem recte recedunt.

36. & 37. Id circò in proposito, ex ulteriori hic allata ratione, pro validitate Testamenti, non attenta testium & Executorum testamenti morte pariter pronuntiandum.

38. Agnita semel & approbata ultima defuncti voluntate, ex post facto frustra impugnatur.

39. Quod Testamentum non cantat nec nos cantare debemus.

40. Ratio cur donatio in substrato facta, pro donatione inter vivos sit habenda.

SPECIES FACTI.

1 NAchdeme Sempronius und Martha seine Haußfrau ihre 3. mit einander erzeugte Kinder Claram, Tulliam und Sejum ehrlich verheurathet, und nun wegen ihres beederseits herein gebrochenen Alters schon Anno 1665. mit allen gewöhnlichen Solennitæten ein Testamentum reciprocum auffgerichtet, mithin disponirt, wie es nach einsen oder des andern Tod und Absterben sowohl zwischen dem überlebendem, und denen hinterlassenen Kindern, als auch nach beeder Eltern Ableiben unter denen Kindern selbst solte gehalten werden, unter anderm aber §. 14. expressè darinnen versehen, 2
„und vorbehalten worden, da auch eines
„oder das andere unter denen Testiren-
„den durch einen oder mehr von ihrer
„beeden oder einsen allein eignen Hand
„geschriebenen und unterschriebenen,
„oder in andere beglaubte Weg bekund-
„schafften Zettul diesem ihrem Testa-
„ment beylegen oder sonst hinterlassen
„würden, worinnen sie beede oder ei-
„nes allein, etwas weiters verordnen

„werden, deme solle gleich ihrem Te„stament Vollziehung geschehen, und „von allen ihren Kindern und Encklen, „wie auch dero Erben und Nachkom„men bey Vermeidung einverleibter „pœnæ privationis, geleistet werden.

3 Und damit diese letzte Willens Verordnung desto nachdrücklicher seye, haben beede Testirende Theil Titium und Cajum zu ihren Testaments-Executoren erkieset, deren der Erstere zwar noch ohngefehr 2. Jahr vor beeden Testirenden gestorben, an dessen Stell kein anderer gesetzt worden.

4 Nun hatte Sempronius nicht gar lang vor seinem Tod eine neue Handlung angerichtet, und seinen einigen Sohn Sejum in selbiger mit sich zu gleichen Theilen zu associiren, resolvirt; Dieweilen aber dieser nicht so bemittelt ware, daß er die Helffte des Handels-Capitals ex proprio völlig darlegen konte, erklährte sich Sempronius desselben Abgang von seinen eignen Mittlen aus freyem und gutem Willen zu ersetzen, wie er dann solchen an seinem Capital ab- und ihme Sejo herentgegen an dem Handels-Conto auf seinem Geheim-Buch mit eigner Hand „und diesen Formalien (Adj. 15. April, „Anno 1675. per Capital Conto „schreibe an diesem Conto so viel ab, „wegen meines Sohns Seji, so ich ihme „um seine Capital und Antheil zu er„gäntzen, gut thue, damit es eine
5 „Gleichheit seye) gut geschrieben, auf daß aber diese ansehnliche Verehrung bey beeden Töchtern der Claræ und Tulliæ nicht allzu scheele Augen causiren möchte, ist Sempronius mit Martha seiner Haußfrauen zu Rath gegangen, und hat beschlossen, jeder derselben ungefähr halb so viel als er seinem Sohn geschen-
6 cket, gleichfalls als eine Verehrung anzuweisen, welche er doch wegen seines hohen Alters und mehr und mehr abnehmenden Kräfften, nicht mehr selbsten, wie er bey Sejo gethan, auf seinem Buch ihnen überschreiben können, doch ist solches nach seinem bald darauf erfolgten Tod von seiner verwittibten Hausfrauen der Martha, dem Sejo ihrem Sohn zu bewerckstelligen, mithin jeder Tochter ihre Vätterliche Verehrung zuzueignen anbefohlen worden.

7 Da nun gedachte Martha auch bald verschieden, und ihre 3. Erben zu der Abtheilung der Vätterlich- und Mütterlichen Verlassenschafft geschritten, wurde eine von Sempronii Hand verfertigte Copie deß in Anno 1665. gemachten Testaments gefunden, nach welcher sogleich unterschiedliche darinn enthaltene Legata ordentlich entrichtet wurden, und weilen man den völligen Inhalt desselben daraus ersehen, auch alles friedlich und schiedlich unter ihnen zertheilt und gerichtet worden, wurde das Original-Testament selbst uneröffnet gelassen;

8 Nach Verfliessung einiger Jahr haben sich zwischen der Clara und Sejo grosse Mißhelligkeiten hervor gethan, da dann jene erst 27. Jahr nach der Eltern Tod, binnen welcher Zeit die unterschriebene Testaments-Gezeugen sambt dem Notario gleichfalls erstorben, vorgemeldt verehrte und von Sempronio selbsten an seinem Capital abgeschriebene Post, und zwar unterm Vorwand sambt selbige Sejo nur vorgestreckt, oder als ein profectitium peculium wäre gegeben worden, so doch nach der Eltern Tod wiederum müßte eingeworffen werden, anfechten wollen, es wäre dann Sach, daß er solche Verehrung durch eine ordentliche und gültige letzte Willens-Disposition der Eltern darzuthun, und zu behaupten wüßte.

Entstehen demnach hieraus folgende rechtliche Fragen:

I.

9 Ob nicht obangeregte Verehrung, weilen sie Sempronius eigenhändig an seinem Capital ab, an dem Handels-Conto aber dem Sejo gut geschrieben, auch beede Töchtern, damit sie nicht scheel darzu sehen mögen, gleichfalls beschencket worden, an und vor sich selbst bestehe?

II.

10 Ob nicht das Testament, ungeachtet nunmehro alle Gezeugen sambt dem Notario, auch Titius als Executor Testamenti noch vor beeden Testirenden gestorben, auch dessen Stelle mit keinem andern ersetzt worden, bestehe?

III.

11 Ob nicht das biß dato verschlossene Testament, gestalten man solchest in Abführung der Legata beobachtet, wann es auch jetzo eröffnet würde, dannoch seine Krafft noch habe? und mithin

IV.

12 Offtgedachte Verehrung, als wodurch die legitimæ portiones filiarum hereditariæ keineswegs beschädiget worden, durch oballegirten §. 14. Testamenti corroborirt und bestättiget werde?

Dem-

13 DEmnach uns Decano und andern Doctoribus der Juristen-Facultæt bey gemeiner Hochfürstl. Würtembergischen Universitæt Tübingen vorstehende Species Facti zugesandt worden, um darüber unser Rechtliches Gutachten zu erstatten, und in Schrifften zu communiciren, so haben wir nicht ermangelt, solche reifflich zu erwegen, und uns in darüb gepflogener Consultation dahin verglichen, wie bey einer jeden derselben angehengten Frage mit mehrerm gedacht, und annotirt zu finden. Und zwar bey der

Ersten Frage:

Ob nicht obangeregte Verehrung, weilen sie Sempronius eigenhändig an seinem Capital ab, an dem Handels-Conto aber dem Sejo gut geschrieben, auch beede Töchter, damit sie nicht scheel darzu sehen mögen, gleichfalls beschencket worden, an und vor sich selbst bestehe?

14 Haben wir einmüthig dafür gehalten, daß die dem Sohn Sejo vom Vatter Sempronio geschehene Verehrung zu recht kräfftig und beständig sey. Denn ob wohl es das Ansehen haben möchte, ob wäre dieselbe ungültig, und hätte zu recht keinen Bestandt, wohlerwogen 1.) zwischen Vatter und Sohn keine gültige Donation und Verehrung geschehen kan.

per l. 25. C. de donat. int. vir. & uxor. l. 11. l. 17. C. de donat.

indem Vatter und Sohn fictione juris pro una persona gehalten werden, consequenter ist es gleich, als wann ihm einer selber was geschenckt hätte.

Debet enim inter donantem & donatarium esse differentia.

arg. l. 56. §. 1. ibi Cujac. *ff. de fidejussor.*

Pater autem & filius una, eademque persona esse censentur.

l. ult. C. de impub. & aliis substit.

Et vox Patris vox Filii appellatur.

§. si quis. Inst. de inut. stipulat.

Unde sic Pater sibi ipsi donaret.

Schneidwin. *ad §. alia. Inst. de donat.*

15 2.) Ist bekandt, daß wann die Verehrung von einem grossen Werth ist, und sie nominatim 500. Ducaten übersteiget, solche nicht anders gültig sey, als wann dieselbe actis insinuirt und Gerichtlich confirmirt ist.

(*) Requirunt enim Jura nostra ad donationis quingentos solidos, (quibus hodie respondent 500. aurei Ungarici in Saxonia præsertim.

Teste Wesenbec. *ad tit. ff. de donat. n. 6.* Richtero *dec. 22. n. 59.* Carpzov, *p. 2. c. 12. d. 14.* Philippi *in usu Pract. Instit. lib. 2. Eclog. 37. num. 3. & ad dec. Elect. Sax. 26. Obs. 3. n. 1.*

Alibi & consuetudine vel statuto solidi æstimandi sunt. Sic Jure Prov. Prutenico per solidum florenus Polonicus, qui facit 8. Grossos Saxonicos, intelligitur, ita ut donatio 500. Flor. Polonicos excedens insinuatione indigeat. Jure nostro Provinciali Wirtembergico per solidum florenus Imperialis 60. crucigeros valens intelligendus venit vi (*)

Jur. Prov. Wirtemberg. *p. 2. tit. 18. §. Wann einer dem andern &c.* ubi simul illa summa ad 200. flor. reducta, quam excedens donatio rei mobilis insinuanda, sicut & donatio immobilium omnis sine ullo respectu quantitatis aut æstimationis B. D. Lauterbach. *in Differ. Jur. commun. & Würt. Disp. 2. th. 28.*

Excedentis validitatem, ut eadem à partibus Judici intimata fuerit, quo majoris authoritatis, firmitatis atque solennitatis gratia actis publicis inseratur, sive in tabulas publicas referatur.

l. 27. l. 34. §. 3. 4. l. 35. §. 3. l. 36. §. ult. C. de donat.

Quâ insinuatione omissâ donatio pro ea 16
parte, quâ 500. solidos excedit, inutilis est.

l. 35. §. 3. l. pen. §. ult. C. de donat.

Insinuationis autem hujus ratio triplex à 17
Dd. traditur: 1.) ut intra donationem & ejus insinuationem possit deliberare donans, an sibi expediat donationem perficere, nec ne.

arg. Nov. 23. c. 1. vers. ut liceat.

2.) ut iteratio actus, (quæ fit per insinuationem.) ostendat atque declaret perseverantiam mentis ipsius donatoris, sicuti dicitur de actu geminato in

l. 32. ubi Glossa & Dd. *ff. ad SCt. Trebell.*

3.) ut tollatur omnis suspicio fraudis, falsisque occuratur probationum modis.

arg. l. 37. C. de donat. & l. fin. C. de fideicommiss. Anton. de Canaro *tr. de insinuat. part. 1. q. 9. n. 18.* Bocerus *de donat. cap. 3. n. 57.*

Et hæc insinuatio quoque in donatione 18
ab ascendente descendenti facta requiritur.

l. 25. C. de donat. int. vir. & uxor. l. 27. C. de donat. ibi Brunnemann. *n. 4. 5.*

Weil nun diese von Sempronio seinem 19
Sohn Sejo geschehene Verehrung Zweiffels

ohn über 500. Ducaten gewesen, in Facti specie aber nichts davon gedacht, daß selbe insinuirt worden seyn solte, sondern allein gesagt wird, daß Sempronius die Summa ihm ab, und seinem Sohn zugeschrieben, so scheinet dieselbe wenigst so weit, als selbe 500. Ducaten excedirt, unkräfftig und unbünig zu seyn.

que & seperatam œconomiam instituerunt, quin & peculiarem negotiationem exercent, pro emancipatis habeantur, & sui juris esse censeantur, prout hoc integra peculiari Disputatione statuminat

Dn. Collega D. Harpprecht. *de separatione liberorum familias ab œconomia Paterna. per tot.*

20 So ist doch hergegen pro validitate dieser von erwehntem Sempronio seinem Sohn Sejo gethanen Verehrung, durch Uberschreibung einer gewissen Summa von seinem in die neuangefangene Handlung gebrachten Capital zu ihrer Gleichstellung, zu erwegen, daß so wenig in donante etwas an dem voluntate ac facultate donandi, eben so wenig auch in donatario ichtwas weder an der facultate noch an dem voluntate donationem acceptandi deficiret, auch weder in subjecti habilitate, noch an dem Objecto einiger Defect oder Mangel gewesen, consequenter weil alle causæ, die ad donationem validam constituendam requirirt werden, unmangelhafft zugegen gewesen, können wir nicht finden, warum die Donation solte vor ungültig und unkräfftig erachtet werden.

Daher auch die unitas personæ, quæ fi- 24
ctione juris inter Patrem & filiumfamilias in illius potestate patria constitutum inducta est, hier cessiret hat, noch hinderlich gewesen, daß der Vatter Sempronius dem Sohn Sejo eine Verehrung thun mögen. Denn unsere Rechte nicht simpliciter verbiethen, daß kein Vatter seinem Sohn etwas schencken möge, sondern es ist allein die Donatio inter Patrem & Filiumfamilias in Patris potestate adhucdum constitutum ob unitatis personæ fictionem verbothen, und davon redet die erste dubitandi ratio, die hier also nicht anschläget, weil wir hier keinen filiumfamilias, sondern einen filium emancipatum haben, dem die Donatio à Patre valide geschehen, und habile subjectum recipiendi donationem gewesen.

21 Denn wie Sempronius freye Hand und Macht gehabt, mit dem Seinigen zu thun, was er gewolt, also hat er den voluntatem donandi filio illam quantitatem, quam ipsi adscripsit, anugsam dadurch bezeuget, daß er ex nullo debito, sondern ex mera liberalitate & paterna affectione, da er den Sohn in die neuauffrichtende Handlung pro socio recipirt und er nicht so viel im Vermögen gehabt, daß er dem Vatter ein gleiches Capital in die Handlung stellen können, ihm von seinem Capital so viel ab, und dem Sohn hergegen zugeschrieben, daß er ihm im Capital gleich worden;

Die andere dubitandi ratio ist von meh- 25
rerm Nachdencken, und hätte ob omissam insinuationem diese von Sempronio dem Sejo gethane Donation von Seji Geschwistrigen Anfangs wohl angefochten werden können, nachdem sie aber nach des Vatters und der Mutter Todt bey vorgenommener Abtheilung der hinterlassenen Vätterlichen und Mütterlichen Vermögenschafft darwider nichts movirt, sondern dieselbe eo ipso ratificirt, daß sie die ihnen nach des Vatters Willen zu ihrer Satisfaction dagegen destinirte und auff der Mutter Geheiß zugeschriebene Verehrung einmahl willig dafür angenommen, massen sie selbige jetzo wohl gelten lassen, und können darwider nicht mehr kommen, und sie impugniren oder anfechten.

22 Ingleichem hat sich bey Sejo voluntas acceptandi donationem à Patre sibi factam, anug dadurch hervor gethan, daß er von der Zeit die ihm vom Vatter zugeschriebene Summa des Capitals für sein gehalten, den Profit davon gesucht, und aus der Handlung würcklich empfangen, auch nach des Vatters Todt in illius compensationem seinen beeden Schwestern jeder halb so viel von des Vattern übrigen Verlassenschafft dargegen zugeschrieben, de facultate acceptandi aber ist auch nicht zu zweifflen, weil Sejus dazumahl schon verheurathet gewesen, seine eigene Oeconomie und Handel geführt, also nicht mehr pro filiofamilias sondern pro Emancipato zu halten gewesen, indem bekandt,

Quod enim semel placuit, amplius displi- 26
cere non potest ac debet

c. 21. de regul. jur. in 4.

Nec audiendus, qui ad hoc redire vult, cui semel renunciavit. Reprobant namque Jura levitatem & in rebus gerendis sive contrahendis vanitatem & inconstantiam tanquam Reipublicam pernitiosam eorum, qui chamæleontis colorem mutantis, nunc-que se nigrum, nunc pallidum, nunc alio colore mixto se exhibentis instar polypi mentem tenent, aliud stantes, aliud sedentes volunt, de toga ad pallium transeunt, & mox de his pœnitent, de quibus paulo ante constituerunt.

23 quod hodie plerubique locorum liberi ætate majores, qui contracto matrimonio est patria domo familia exierunt, propriam-

Und

27 Und ob man gleich sagen möchte, daß Clara und Tullia des Seji Geschwistrige bey Theilung der Elterlichen Erbschafft die Sejo geschehene Verehrung aus Irrthum passiren lassen, und die ihnen dagegen destinirte Satisfaction angenommen, auch ex ignorantia & errore juris die Theilung darauf dergestalt getroffen, weil sie als fœminæ juris ignaræ nicht gewußt, noch considerirt, daß zu dergleichen Verehrung Validität die Insinuation de jure erfordert werde, deßwegen ihnen nichts im Wege zu stehen scheinet, daß sie nicht noch comperto errore die beschehene Theilung und ex errore agnoscirte Verehrung retractiren könnten.

arg. *l. 4. C. de juris & fact. ignor.* ubi notabilis hic continetur casus, quod Juliana defuncti Sempronii filia cum Titio testamentum producente, in quo ipse una cum ea heres scriptus, Patris hereditatem actu diviserit, post factam vero divisionem testamenti vitium emerserit atque in lucem prodierit, quæritur ergo: An filia comperta testamenti infirmitate non obstante actuali divisione hereditatis facta solidam successionem petere & obtinere peractamque ex errore divisionem retractare queat? Respondent Impp. Diocletianus & Maximianus in *d.l.* Si post divisionem factam testamenti vitium in lucem emerserit, ex his, quæ per ignorantiam confecta sunt, præjudicium tibi non comparabitur. Ostende igitur hoc testamentum vel fide veri deficere, vel juris ratione stare non posse, ut infirmata Scriptura, quæ testamenti vice prolata est solidam successionem obtineas.

28 So ist doch dagegen zu erwägen, daß es hier einig und allein unter Kindern zu thun gewesen, da *in alleg. l. 4. C. de jur. & facti ignor.* die Töchter es mit einem Extraneo zu thun gehabt, 2. haben hier die Töchter bey der Theilung Zweiffels ohne ihre Beystände und Curatores ad litem gehabt, mit deren Genehmhaltung sie die vätterliche dem Sejo geschehene Verehrung passiren lassen, und dagegen die ihnen geschöpffte Satisfaction angenommen, darauf die fernere Theilung getroffen, und nichts weiters prætendirt, mithin omni querelæ læsionis tacitè renuncirt. Und weil sie 3. hierinn den klaren Willen ihrer Eltern, den sie billig veneriren und vor heilig halten sollen, vor sich gehabt, die es nicht ohne guten Vorbedacht also Zweiffels ohne, ob utiles Patri à filio præstitas in societate operas, haben wollen, daß der Sohn vor den Töchtern ein Voraus haben, und diese gegen die dem Sohn gethane Verehrung mit dem ihnen dagegen assignirten quanto vergnügt seyn sollen, und solchem Elterlichen Willen ex filiali obsequio gefolgt; So können sie sich dem einmal agnoscirten Elterlichen Willen de sic dividendo ipsorum bona, aus prætexirten errore nicht mehr widersetzen, weil sie dessen aus des Vatters Hand und mütterlichen Declaration genugsam versichert gewesen, den sie demnach genehm zu halten ex reverentia beatis Parentibus debita schuldig seyn.

arg. *l. 16. l. ult. C. famil. ercisc.* ibi Brunnemann. & alii Dd.

Die andere Frage:

Ob nicht das Testament, ungeachtet nunmehr alle Gezeugen samt dem Notario, auch Titius als Executor testamenti noch vor beeden Testirenden gestorben, auch dessen Stelle mit keinem andern ersetzt worden, bestehe?

belangend, so wollen zwar die Dd. communiter, daß wann auch nur ein oder ander Testaments-Zeug vor der recognition seiner Hand Unterschrifft und beygedruckten Siegel gestorben, die Krafft, Würckung und fides des Testaments falle. 29

Dauth. *de testament. num. 453.* Grass. *§. testamentum. q. 80.* Barry *de succes. lib. 11. tit. 1.* Vasquius *de succes. resolut. §. 9. num. 108.*

Wie vielmehr scheint denn solches zu asseriren seyn, da nicht nur ein oder ander, sondern alle Gezeugen, wie hier mit Tod abgegangen. 30

Requirunt enim Dd. communiter ad testamenti validitatem & subsistentiam, ut vel ante vel post testatoris mortem illius testamentum aperiatur & publicetur, citatis à Magistratu competente heredibus ac omnibus, quorum interest, nec non testibus testamentariis, qui se subscripserunt & sigilla sua apposuerunt, ut hi suas subscriptiones & sigilla recognoscant.

Roland. à Valle *lib. 1. Cons. 36. n. 13.* quo non facto testamenti fidem intercidere, & illud irritum reddi dicunt

Roland. à Valle *d. Cons. 36. n. 15.* & dd. Autores.

Allein geschiehet in Jure nostro nirgend einige Meldung dieses modi, ein zu Recht gültig aufgerichtetes Testament zu entkräfften, und wird die Inspectio testamenti & recognitio testium ac quod hi superstites propterea esse debeant, nicht ut formalis aliqua testamenti solennitas ad ejusdem validitatem irgendswo erfordert, sondern man nimmt solche bloß vor ad certiorem voluntatis probationem. 31

Si ergo de essentia & veritate testamenti aliàs constat, neque dubium movent hi, quorum interest, de ejus validitate non est dubitandum, sive testes recognoverint subscriptiones & sigilla, sive mortui fuerint. Perinde ut chirographum debitoris etiam post mortem ejus & testium, si qui subscripserint

pserint, valet, cum heres debitoris illud agnoverit.

Schilterus *Exerc. ad Pand. 38. th. 173.*

32 Et sufficit igitur, si alias constet de subscriptionibus & sigillis testium, quæ non minus ut scripturæ etiam post mortem probant, si vero eorum fides vacillet, aliis argumentis & conjecturis quoque confirmari potest, nam manus alicujus subscriptio & sigillum pluribus nota esse possunt.

33 Deßwegen à communi illâ Doctorum, fidem testamenti, mortuo uno vel altero teste ante testamenti aperturam & publicationem, intercidere asserentium, sententiâ nicht unbillig recediren.

Duarenus *ad tit. ff. quemadm. testam. aperiant. cap. 4.* Anton. Faber *6. de Error. Pragmat. 2. seq.* Vinn. *ad §. 7. Inst. de testam. ordin.* Colleg. Jur. Argent. *lib. 29. tit. 3. th. 5.* Viglius *ad d. §. 7. Inst. de testam. ordin.* Eckolt. *ad d. t. ff. quemadm. test. aper. §. 4.* Schilter. *d. Ex. 38. th. 173.* Joh. Adam Rhomenser *pecul. Disp. de apertur. testam. th. 23.* Struv. *Ex. 34. th. 42. ibi Müllerus in Addit.*

34 veriusque esse statuunt, testamentum omnino subsistere & firmum manere, nec concidere, licet unus ac alter testium tempore aperturæ mortuus sit, imò etsi omnes quoque testes jam tùm decesserint, modo alias de testium subscriptionibus & sigillis constet, aut illa in dubium non vocentur ab iis, in quorum præjudicium testamentum conditum, v. gr. ab his, qui alias ab intestato successuri erant; frustraque objici dicunt *c. 2.* x. *de fid. instrum.* ceu quod non de testamentis, sed de aliis scripturis privatis loquitur.

Eckolt. *d. §. 4.* Rhomenser *alleg. th. 23.* Horumque sententia indubitato procedit, si testamentum inscriptis adhibito Notario publico factum, & in præsentia illius à testibus subscriptum ac subsignatum fuerit, idque Notarius in fine testamenti expresserit, tunc enim illud sine alia probatione vel publicatione perpetuò fidem plenam facit ac retinet, etsi testes omnes fuerint mortui ante ejus solennem aperturam & publicationem, quia hoc testamentum publicatione alia coram Judice haud indiget, cum statim sua confectione publicum sit ob adhibitum Notarium, qui est persona publica, publica authoritate & potestate Instrumenta publica h. e. plenam fidem facientia de quibusvis coram ipso gestis negotiis conficiendi, ab ipsomet Imperatore vel vices hujus explente Comite Palatino instructa.

Ord. Imp. *de Anno 1512. von Notarien. §. 16. seqq.* junct. *l. 17. C. de fid. Instr. Nov. 44. in præfat. Nov. 47. pr.* ex quibus probatur, quod etiam JCivili instrumenta à Tabellionibus conscripta sint publica, Hahn. ad Wesenb. *parat. ff. quemadm. testam. aper.* Kirchov. *tom. 3. Cons. 25. n. 21.*

Quod indigitat Eckolt. *d. l. §. 2.* cum scribit: 35 *Moribus hodiernis rarior est solennis publicatio testamentorum, cum plerumque testamenta coram Magistratu vel Notario fieri soleant, ut proinde non opus sit publicatione, quippe cum statim sua confectione publica sint, nisi quod utilis sit ad cautelam & ob periculum amissionis, ex mente & sententia.*

Brunnemanni *ad l. 4. ff. quemadmod. testam. aper. n. 5. & ad l. 1. ac l. 2. C. eod. num. 7.* Conf. Lauterbach. *ad d. tit. ff. quemadmod. testam. aper. §. 8.* Müller *ad Struv. Ex. 34. th. 43.*

Nun gedenckt die Frage selbst des Notarii, 36 der zu Aufrichtung des Testaments hier adhibirt worden sey, indem referirt wird, daß derselbe so wohl als die Zeugen bereits gestorben. Weil dann ohn allen Zweiffel in dessen Gegenwart bey der Solennisation des Testaments die adhibirte Zeugen werden subscribirt und ihre Siegel beygedruckt haben, und solches in fine des Testaments vom Notario gemeldt seyn wird, so waltet kein Zweiffel, daß die Subscriptiones & Sigilla gleich bey der Aufrichtung oder Solennisirung des Testaments von den Zeugen recognoscirt, mit in das Testament damahls auch gleich publicirt worden sey, consequenter keiner andern publication weiter vonnöthen gehabt, sondern ex illa, quæ conditi testamenti tempore geschehen, perpetuam & plenam fidem erlangt, den es also noch hat und behält, obschon die adhibirte Gezeugen alle sammt dem Notario gestorben. Weniger aber benimmt der Krafft und Gültig- 37 keit des Testaments ichtwas, der Tod der constituirten und nicht wieder ersetzten Executorum, denn es ist bekandt, daß in dem tausendesten Testament vom Testirer keine besondere Executores constituirt werden, also deren constitution gar von keiner Nothwendigkeit sey. Wie demnach, wann vom Testatore keine ernennet seyn, und die Erben sich in Vollziehung des Verstorbenen letzten Willens fahrläßig bezeugen, der Obrigkeit und Amtleute Pflicht erfordert, daß sie die Execution des Testirers letzten Willens verrichten oder jemand dazu constituiren, also kan solches gleichfalls geschehen, wann wie hier, die vom Testatore Ernennete gestorben, und in deren locum von ihm keine andere substituiret seyn, argumento eorum, quæ tradit

B. D. Lauterbach & Joh. Ulr. Zellerus *Disp. de Executoribus ultimar. voluntat. cap. 4.*

Aus welcher der andern Frage Erörterung sich von selbst

Die

Die dritte Frage:

Ob nicht das bis dato **verschlossene Testament, gestalten man solches in Abführung der** Legaten **beobachtet, wie mans in** Copiis **von** Sempronii **eigener Hand gehabt, wann es auch jetzo eröffnet würde, dennoch seine Krafft noch habe?**

38 affirmativè resolvirt, **um so mehr, als man solches bereits** agnoscirt **und** approbirt, **indem man nach Maßgab dessen die darinn verschaffte** Legata **abgeführt, daher hier anschlagen.**

l. 16. §. 1. C. de testamentis. l. 1. l. 2. l. 23. C. de fideicommiss. & inde deducta conclusio: Testamentum, etsi alias invalidum, ex approbatione semel expresse vel tacite facta, valet, nec improbari amplius potest. Quam conclusionem pluribus statuminat, per exempla, ampliationes & limitationes illustrat & declarat Collega noster D. Schweder *Disp. de Agnitione & approbatione ultimæ voluntatis defuncti per tot.*

Was endlich die

vierte Frage:

Ob offt gedachte Verehrung, als wodurch die legitimæ portiones filiarum hæreditariæ **keines Weges beschädigt worden, durch ob** allegirten §. 14. testamenti corroboriret **und bestättiget werde?**

39 **belanget, so können wir zwar nicht erachten, daß obgedachte Verehrung durch den** allegirten §. 14. testamenti corroborirt **und bestättiget werde, weil solcher** §. 14. **sich auf die künfftig dem Testament beylegende oder einschiebende** Schedas testamentarias **oder Testaments-Zettel beruffet und selbige** confirmirt, quales schedæ testamentariæ nil aliud sunt, quam codicilli scripti testamento expresse confirmati, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, definiente sic eas

B. D. Bardili *Disp. pecul. de Schedatestamentaria. th. 4.*

Vor dergleichen obgedachte Verehrung nicht 40
gehalten werden kan, als die eine donatio inter vivos facta **gewesen,** quæ suam perfectionem statim ante mortem Patris accepit, **so bald der Vatter** Sempronius **sich erklärt, daß weil der Sohn** Sejus ex propriis **nicht vermogte zu der neu aufrichtenden Handlung so viel darzulegen, als er** Sempronius, **er aus freyem und guten Willen ihm den Abgang von seinem** Capital **ersetzen oder ergäntzen wollte, und solchem zu Folge, was ihme** Sejo **gemangelt, an seinem** Capital **ab: hergegen ihm** Sejo **an dem Handels-**Conto **in seinem Geheim-Buch mit eigener Hand zugeschrieben, damit unter ihnen eine Gleichheit wäre,** Sejus **aber dasselbe zu schuldigem Danck angenommen und darauf beyde den gemeinen Handel angefangen: doch ist gedachte Verehrung, wann zumal** legitima filiarum **dadurch nicht lædirt noch** minuirt **wird, vor sich kräfftig und gültig** per deducta ad 1. quæstionem.

Welches wir, salvo quorumvis meliori judicio, **zu verlangter Rechtlichen Nachricht dienstlich nicht verhalten wollen.** Actum in Collegio nostro d. 11. Octob. 1706.

CONSILIUM CXXXI.

DE

Donatione à Patre filio inter vivos validè insimulque ex mera liberalitate, & singulari patris affectione simpliciter & propriè facta, absque reliquis patris hæredibus, per hæreditatis divisionem, ipso facto, agnita & approbata.

SUMMARIA.

Præmittitur Species Facti à num. 1. usque 6.

7. & 8. Ratio cur donatio à patre filio facta in substrato valeat.

9. Donatio uni liberorum facta eo ipso magis talis præsumitur, quando reliquis liberis in compensationem hujus pariter aliquid donatur.

10. Ultima defuncti voluntas ipso facto approbata, ex post impugnari nequit.

11. & 12. Filio per emancipationem consuetudinariam à patria potestate liberato à patre valide donatur.

13. Valet donatio, cum legitima liberorum sit salva.

14. Donatio à patre in substrato filio fa-

cta pro peculio profectitio non est habenda?

15. Ratio.

(α) *Peculium profectitium citra administrationem filio nil juris tribuit.*

(β) *Pater sui proprii commodi causa illud filio concedit.*

(γ) *Pater plenum illius dominium retinet.*

(δ) *Quæcunque filius illius occasione acquirit patri etiam ignoranti cedunt.*

16. & 17. Filiusfamilias profectitium peculium unde saltem detinet.

18. Pro lubitu pater, modo bona fide fiat, illud revocat.

19. Mortuo Patre filius hoc peculium, adhuc habens confert.

20. Per separationem ab Oeconomia paterna filio profectitium peculium non datur.

21. Absque ingratitudinis causa Pater donationem filio in substrato factam revocare non potuit.

22. Nec filius ad illius collationem, ex ratione hîc adducta, erat obligatus, juxta communem Ddrum sententiam.

23. Ut & dispositionem Jur. Prov. Wirtemb.

24. Ratio, quod ipse pater noluerit, ut filius donationem factam conferat.

25. Donatio de qua quæstio est, ex mera liberalitate & singulari affectione paterna facta præsumitur.

26. Donatio sub modo quid?

27. Donatio sub conditione quid?

28. Qualis verò donatio præsens haud est.

FACTI SPECIES.

1 Es hat Sempronius nicht gar lang vor seinem Tod eine neue Handlung angericht, und Sejum seinen einigen Sohn, der bereits verehlichet war, mit sich zu gleichen Theilen zu associiren resolvirt, dieweilen aber dieser nicht so bemittelt ware, daß er die Helffte des Handels Capitals völlig ex proprio darlegen konnte, erklärte sich Sempronius dessen Abgang von seinen eigenen Mitteln, aus freyem und gutem Willen zu ersetzen, wie er dann solchen an seinem Capital ab, und ihme Sejo herentgegen an dem Handels-Conto auf seinem Gehaim-Buch mit eigener Hand und diesen Formalien [Adj. 15. April 1675. p. Capital-Conto schreibe an diesem Conto so viel ab, wegen meines Sohns Seji, so ich ihme um sein Capital und Antheil zu ergäntzen, gut thue, damit es eine Gleichheit seye:)

2 gut geschrieben; Auf daß aber diese ansehnliche Verehrung bey Clara und Tullia Sempronii beeden gleichfalls verehlichten Töchtern nicht allzu scheele Augen causiren möchte, ist Sempronius mit Martha seiner Hauß-Frauen zu Rath gegangen, und hat beschlossen, jede derselben ohngefähr halb so viel als er seinem Sohn geschencket, gleichfalls als eine Verehrung anzuweisen, welche er doch wegen seines hohen Alters und mehr und mehr abnehmenden Kräfften nicht mehr selbst, wie er bey Sejo gethan, auf seinem Buch ihnen überschreiben können, doch ist solches nach seinem bald darauf erfolgten Tod, von seiner verwittibten Haußfrauen Martha dem Sejo, ihrem Sohn zu bewerckstelligen, mithin jeder Tochter ihre vätterliche Verehrung zuzueignen anbefohlen worden; Da

3 nun gedachte Martha auch bald darauf verschieden, ist die väter- und mütterliche Verlassenschafft zwischen dem Sejo und seinen beyden Schwestern, auch deren Ehvogt und Curatorn in gutem Frieden und Verständniß zertheilt worden.

4 Nach Verflieſſung einiger Jahre haben sich zwischen der Clara und Sejo grosse Mißhelligkeiten hervor gethan, da dann jene erst 27. Jahr nach der Eltern Tod vorgemelte Verehrung und von Sempronio selbst an seinem Capital abgeschriebene Post, wodurch sie doch an ihrer legitima keines Wegs lædirt worden, und zwar unterm Vorwand, samt selbige Sejo nicht simpliciter wäre geschencket, sonder ob causam, ut scil. negotiationem exercere possit, mithin nur als ein peculium profectitium wäre gegeben worden, welche nach der Eltern Tod von ihme wiederum hätte eingeworffen werden sollen, anfechten wollen, es wäre dann Sach, daß er solche Verehrung durch eine ordentliche und gültige letste Willens Disposition der Eltern darzuthun und zu behaupten wüßte.

Entstehet demnach hieraus

die Rechts-Frage:

5 Ob nicht obangeregte Verehrung, weilen sie Sempronius eigenhändig an seinem Capital ab, an dem Handels-Conto aber dem Sejo gut geschrieben, auch beyde verehlichte Töchter, damit sie nicht scheel darzu sehen mögen, gleichfalls beschencket worden, an und vor sich selbst bestehe? Oder ob selbige, weilen sie Sejo nicht simpliciter sondern ob causam sc. ut negotiationem exercere possit, seye gegeben worden, nicht vielmehr als ein peculium profectitium, so er nach der Eltern Tod wiederum hätte einwerffen sollen, anzusehen seye?

Als

6 ALs Uns Ends Subsignirten die præmittirte Facti Species nochmals zugesandt worden, um unser Rechtliches Parere über die deroselben angehengte Frage auch zu ertheilen, und mit nächster Gelegenheit schrifftlich zu communiciren; So haben wir, unsere Dienst-Begierde zu bezeugen nicht verhalten sollen, daß wir in versammletem Collegio davon nach Nothdurfft deliberiret und den einhelligen Schluß gefaßt, wie folget

Die vorgelegte Frage ist:

Ob nicht obangeregte Verehrung, weilen sie Sempronius eigenhändig an seinem Capital ab: an dem Handele-Conto aber dem Sejo gut geschrieben, auch beyde verehlichte Töchtern, damit sie nicht scheel dazu sehen mögen, gleichfalls beschencket worden, an und vor sich selbst bestehe? oder ob selbige, weilen sie Sejo nicht simpliciter, sondern ob causam scil. ut negotiationem exercere possit, sey gegeben worden, nicht vielmehr als ein Peculium profectitium, so er nach der Eltern Tod wiederum hätte einwerffen sollen, anzusehen sey?

7 Welcher Frage Ersteres Membrum wir bereits in vorigem Responso affirmative dahin resolvirt, daß in allwege die von Sempronio seinem Sohn Sejo durch Uberschreibung einer gewissen Summa von seinem in die neu aufgerichtete Handlung gebrachten Capital auf des in Societatem zu gleichen Theilen recipirten Sohns Seji eingelegtes Capital zu ihrer Gleichstellung gethane Verehrung, an und vor sich kräfftig und beständig sey, weil Sempronius freye Hand und Macht mit dem Seinigen zu thun, was er gewollt, und also potestatem & facultatem donandi indubitato gehabt, den voluntatem filio Sejo quantitatem illam, quam ipsi de bonis suis adscripsit, donandi gnugsam dadurch zu erkennen gegeben, daß er ex nullo plane debito, sondern ex mera liberalitate & singulari paterna affectione, da er ihn Sejum in die neu aufrichtende Handlung pro socio aufgenommen, und er nicht so viel im Vermögen gehabt, daß er ein so starckes Capital in die Cass legen oder bringen können, als der Vatter, dieser ihm von freyen Stücken mit eigener Hand von seinem Capital so viel ab: und hergegen dem Sohn zugeschrieben, daß er ihm in sorte societati illata gleich worden, hisce formalibus: Adj. 1675. per Capital Conto schreibe an diesem Conto so viel ab wegen meines Sohns Seji, so ich ihm um sein Capital und Antheil zu ergäntzen gut thue, damit es eine Gleichheit seye,
8 welche nicht anders als eine donation inferiren, die hier so eher zwischen Vatter und Sohn ob proximum sanguinis vinculum & nexum kan præsumirt werden, zumalen intuitu der vom Sohn in der neu aufgerichteten Handlung præstirenden operarum ad lucrum in commune faciendum deßwegen der Vatter den Sohn in societatem recipirt, weil er alt und unvermögend gewesen, also der Handlung nicht mehr recht nachkommen können, daher die præstirende operæ meistens auf den Sohn angekommen.

arg. *l. 26. ff. de probat.* ibi Gothofred. & Brunnemann. *j. l. 44. ff. de negot. gest. l. 29. de donat. l. 82. de reg. jur.* Struv. *Ex. 40. th. 5.*

Und zeuget de hac donandi voluntate so mehr 9
das consequens, da nemlich Sempronius, damit diese dem Sohn Sejo gethane Verehrung bey seinen beeden ebenmäßig schon verehlichten Töchtern Clara und Tullia nicht allzu scheele Augen causiren möchte, mit seiner Haußfrauen Martha zu Rath gegangen und beschlossen, jeder derselben halb so viel, als er dem Sohn geschenckt, gleichfalls als eine Verehrung anzuweisen, so er aber seines hohen Alters und mehr und mehr abnehmenden Kräfften halber nicht mehr selbst auf seinem Buch ihnen überschreiben können, doch solches noch nach dessen Tod auf der Mutter Befehl von dem Sohn und respective Bruder Sejo bewerckstelliget und jeder Tochter ihre vätterliche Verehrung zugeeignet werden müssen. Worauf auch nach bald dar- 10
auf erfolgten Tod der Mutter die Vertheilung der vätter- und mütterlichen Verlassenschafft zwischen Sejo und seinen beeden Schwestern mit Beystand deren Ehvogt und Curatorn also würcklich geschehen, mithin von ihnen beeder Eltern Wille durchaus wissend, wohlbedächtig und willig agnoscirt und approbirt worden. Den voluntatem donationem à Patre sibi factam acceptandi hat Sejus dadurch erklärt, daß er von der Zeit die ihm vom Vatter zugeschriebene Summ des Capitals für sein gehalten, den Gewinn davon gesucht und aus der geführten Handlung würcklich empfangen, auch nach des Vatters Tod in illius compensationem seinen beeden Schwestern nach des seel. Vatters Willen, auf der Mutter Befehl, jeder halb so viel von des Vatters übrigen Verlassenschafft dagegen für eigen zugeschrieben und in der Theilung hinweg nehmen lassen der Eltern Willen zu adimpliren, so sie auch willig angenommen, und damit zufrieden gewesen, weil es beederseits Eltern Wille also gewesen. So 11
hat Sejus auch nicht weniger facultatem donationem sibi à Patre factam acceptandi gehabt, weil er schon verheyrathet gewesen, gemeine Oeconomie und Handel geführt, consequenternicht mehr Filiusfamil. inter quem & Patrem alias donatio non subsistit regulariter.

l. 11. l. 17. C. de donat. l. 25. C. de donat. inter vir. & uxor. Struv. *Ex. 40. th. 7.* ubi aliquot exceptiones refert.

sondern als ein Filius emancipatus anzusehen gewesen, inmassen es nicht nur in foro Saxonico

juxta Berlich. *p. 2. concl. 11. n. 22.*

und Ducatu nostro Würtembergico,

F. Würt. Landr. p. 2. tit. 18. & tit. 28. vvürden auch schon. p. 3. tit. 2. §. und vvievvohl. & tit. 23. §. da auch ein Vatter, nec non *part. 4. tit. 9. §. vvas aber denen Kindern*, &c. ibi *so albereit verheyrathet.*

sondern fast in gantz Teutschland, ja bald bey allen Europäischen Völckern

teste B. D. Lauterbach. *in Differ. Jur. Comm. & Würt. Disp. 2. th. 30.* Joh. Balthas. *Pract. Resol. tit. 3. resol. 2. n. 4.* Joh. Philippi *in Usu Pract. Inst. lib. 1. Eclog. 77. n. 4.*

12 per inveteratam consuetudinem eingeführt, daß die Kinder, so ihre mannbare Jahre erreichet und über 25. Jahr ihres Alters seyn, sich verheyrathet, und nicht mehr in ihres Vatters Zucht und Unterhaltung seynd, sondern von dem Vatter mit Anstellung eigener Haushaltung sich abgesondert, ihre eigene Haußhaltung und Handthierung oder Handlung führen und haben, pro emancipatis und von vätterlicher Gewalt befreyet gehalten werden.

In qualem à Patria familia separatum Filium à Patre collata donatio omnino subsistit, ita, ut revocationi minimè obnoxia sit, nisi ex causis ingratitudinis in legibus notatis

Chassan. *ad Consuet. Burgund. rubr. 6. §. 3. n. 3.* Dn. Collega D. Harpprecht. *Disp. de Separat. liberor. fam. ab Oecon. Pat. th. 42.* B. Dn. Lauterbach. *ad Jus Prov. Würt. p. 2. th. 30.*

13 Dem ab omissa insinuatione hergenommenen dubio ist in unserm vorigen Responso auch zur Gnüge begegnet, und weil es gleichmäßig richtig ist, daß durch diese dem Sohn gethane Verehrung der Tochter legitima nicht minuirt, so sehen wir nochmahls durchaus keine causam, warum so thane von Sempronio seinem Sohn Sejo beschehene Verehrung nicht an und vor sich bestehen sollte, sondern lassen es nochmals bey voriger resolution schlechter Dinge bewenden, und beantworten jetzo das

andere Membrum Quæstionis:

Ob selbige, weilen sie Sejo nicht simpliciter, sondern ob causam scil. ut negotiationem exercere posset, gegeben worden, nicht vielmehr als ein peculium profectitium, so er nach der Eltern Tod wiederum hätte einwerffen sollen, anzusehen sey?

14 Und zwar negativè: Denn es kan diese von Sempronio dem Sejo seinem Sohn gethane donation nicht als ein peculium profectitium, quod est quasi patrimonium filiifamilias, quod citra militiæ causam ex re patris vel ejus occasione ad filiumfamilias pervenit voluntate patris, & ab ejusdem rationibus quoad nudam administrationem separatum est,

§. 1. Inst. per quas person. cuique acquir. arg. l. 4. pr. §. 2. l. 8. ff. de pecul.

post mortem patris conferendum.

juxta *l. 12. C. de Collat. l. 13. C. fam. ercisc.*

15 angesehen werden, weil Sejus tempore ipsi factæ donationis kein filiusfamilias mehr, sondern, um willen er bereits seine mannbare Jahre erreicht und mündig, darzu verheyrathet, und von des Vatters Familie separirt gewesen, seine eigene Haußhaltung, Handthierung und Handel gehabt, ex communi consuetudine pro Emancipato & à patria potestate liberato zu halten gewesen. Dergleichen peculium profectitium aber können allein Filiifamilias, qui adhuc in sacris paternis sunt constituti, haben, non attenta sexus vel ætatis ratione

d. §. 1. Inst. per quas person. cujus acquir. l. 1. §. 2. 3. & 4. ff. de pecul. C. I. A. *ad tit. ff. de pecul. th. 6.*

16 qui, (quoniam hoc ipsum peculium à patre (α) profectum & ejusdem voluntate à paternis rationibus tantum quoad administrationem separatum est, ut dictum

per *l. 7. pr. ff. de donat. l. 46. ff. de pecul.* quam Pater filio sui proprii commodi magis, quam filii gratia concedit. (β)

l. 3. §. 4. ff. de minor. Bachov. *ad d. §. 1. Inst. n. 3.*

Ipse autem Pater peculii hujus & possessionem & plenum dominium retinet. (γ)

pr. *Inst. quib. non est permiss. fac. testam. l. 49. §. 1. ff. de acquir. & amitt. possess.*

hinc quicquid filiusfam. ratione hujus peculii apprehendit & acquirit, illius & possessio & dominium statim patri, etiam ignoranti, cedit. (δ)

l. 1. §. 5. l. 4. ff. de acq. vel amitt. possess.)

peculium hoc nude saltem detinent 17

l. 93. de reg. jur.

& administrant, nihil verò de illo sine expressa vel tacita patris voluntate donare valet, etiamsi libera ejusdem administratio ipsis concessa sit.

l. 7. pr. & §§. seqq. ff. de donat.

Pater autem iis hoc peculium libere quocunque tempore rursus adimere potest, modo hoc fiat bona fide & non in fraudem creditorum. 18

arg. l. 4. pr. l. 8. l. 21. pr. ff. de pecul.

Patre verò mortuo filii peculium hoc ipsis non ademptum conferre tenentur. 19

d. l. 12. C. de collat. l. 13. C. fam. ercisc.

Dieses

20 Dieſes alles aber kan de hac à Sempronio Sejo, als Filio emancipato & à patria poteſtate per ſeparationem ejus ab Oeconomia Patris liberato facta donatione nicht geſagt werden, ſondern dieſe iſt dem Sejo pleno jure quoad dominium, poſſeſſionem & uſumfructum acquiriret, hat davon liberè tam inter vivos quam per ultimam voluntatem diſponiren können.

per ea, quæ notarunt Petr. Gregor. *Synt. Jur. univerſ. lib. 11. cap. 10. num. 10.* Perez *ad tit. Cod. de emancipat. num. ult.* Berlich. *p. 2. concl. 11. num. 72.* Chriſtinæus *vol. 4. Dec. Belg. 186. n. 11.* Vinn. *ad §. ult. Inſt. quib. mod. jus patr. poteſt. ſolv.* Dn. Collega D. Harpprecht. *d. Diſp. th. 29. 43. 44.*

21 Und hat à patre absque cauſa ingratitudinis nicht können revociret werden, ad præcedens membr. hujus quæſt. jam dictum & probatum. Weil es auch eine vera, abſoluta & ſimplex donatio, ex mera liberalitate & ſingulari paterna affectione facta geweſen, iſt Sejus nicht ſchuldig geweſen, ſelbige in der Erbtheilung einzuwerffen und zu conferiren.

22 Conſtat enim ex veriori in Praxi recepta ſententia hoc, quod liberis, ſive in patria poteſtate conſtitutis, ſive emancipatis, ſimpliciter ex mera liberalitate donatum eſt, non conferendum eſſe, niſi duobus duntaxat in caſibus 1. nim. quando pater expreſſe ea lege ac conditione donavit, ne res donata præcipua poſt mortem patris apud filium permaneat, 2. quando unus liberorum donationem propter nuptias vel dotem, alter vero donationem ſimplicem accepit, ſicut expreſſe ſancitum eſt

in *l. 20. §. 1. C. de collat.* ubi hi duo caſus ſpeciales, ut in iis fiat collatio donationis ſimplicis, excipiuntur, ſicque firmant regulam in caſibus non exceptis, quod ſcil. extra relatos caſus donatio ſimplex non conferenda: atque ita quoque à JCtis Jenenſibus judicatum eſſe refert Arumæus *part. 2. dec. 8* Probant eandem ſententiam Perezius *ad Cod. tit. de collat. n. 16. 17.* Brunnem. *ad d. l. 20. n. 8. ſeqq. & ad l. 13. C. eod.* Hahn. *ad Weſenbec. ff. de collat. dot. n. 2.* Struv. *Ex. 37. th. 28.* ubi ampliat, quod nec emancipatus ſimpliciter ipſi donatum fratri in poteſtate patria retento conferre teneatur. arg. *d. l. 20. §. 1. l. 25. de inoff. teſtam. l. 18. C. fam. erciſc. l. 39. §. 1. ff. eod. l. 2. C. de inoff. teſtam.* Idem *in FPrud. Rom. Germ. lib. 2. tit. 32. th. 10.* B. D. Bardili *Concl. Theor. Pract. Ex. 12. th. 16.* Nemans. *de collat. q. 1. n. 5.* Chriſtinæus *Vol. 5. Dec. Belg. 178. n. 12.* Bachov. *vol. 2. D. 17. th. 5. lit. G.* quos refert ac ſequitur B. D. Lauterbach. *ad ff. tit. de collat. §. 17.* add. Vinn. *de collat. cap. 15. n. 1. ſeqq.* C. I. A. *ad tit. ff. de collat. th. 8. n. 19.* Ludwell. ad Weſenbec. *tit. ff. de collat. dot. n. 2.* ubi egregie hanc ſententiam firmat & ad contraria ſolide reſpondet.

Wie ſolches alles in unſeren Fürſtl. Land-Rechten dieſes Hertzogthums ex Juris analogia klar beſtättiget zu finden. 23

p. 2. t. 18. §. Es mægen, &c. ibi: *da aber die Kinder aus vätterlichem Gevvalt kommen, vvelches auch dann zumal beſchicht, vvann die Kinder ihre manbare Jahr erreicht und von dem Vatter mit Anſtellung eigner Haushaltung ſich abſondern, oder auch vom Vatter nicht mehr unterhalten vverden, iſt der Vatter ſolche Vergabung ohn Urſach zu vviederruffen nicht befugt, das Kind auch, ſo zur Zeit der Vergabung nicht in vätterlicher Gevvalt gevveſen, das vergabte Gut in der Erbtheilung einzuvverffen nicht ſchuldig.* Dn. Collega D. Harpprecht. *cit. Diſp. de Separat. liberor. ab Oeconom. Patris th. 42.*

Daß auch Sempronius nicht gewollt, daß Sejus dieſe Donation ſollte conferiren und in der Theilung wieder einwerffen, hat er ja gnugſam damit zu erkennen gegeben, daß er einer jeden Tochter halb ſo viel, als er dem Sohn geſchenckt, gleichfalls anzuweiſen gewillet geweſen, und ſolches mit ſeiner Haußfrauen abgeredet, weil er aber von dem Tode übereilet, es nicht zu Werck gerichtet, daſſelbe doch noch auf der Mutter Befehl vom Sohn nach des Vatters ſeel. Willen exequirt worden. 24

Ubi autem Parentes vel expreſſe vel tacite ſignificant ſe nolle, aliquid conferri debere, meritò ceſſare debet collatio, ceu quæ à Parentum voluntate & arbitrio maximè dependet.

per l. fin. C. de Collat. ibi Brunneman.

Und mag öffters beſagte Sejo gethane Donation nicht pro donatione impropria ob cauſam facta ausgegeben und gehalten werden, maſſen dieſelbe à Sempronio dem Sejo ex nullo debito, ſondern ex mera liberalitate & ſingulari paterna affectione geſchehen, deßwegen ſie eine vera, abſoluta & ſimplex donatio iſt, und erkennen unſere Rechte pro impropria & relata donatione allein diejenige, quæ reſpicit vel cauſam præteritam, ut eſt Remuneratoria, vel cauſam finalem futuram, qualis eſt donatio propter nuptias & donatio mortis cauſa, vel denique modum aut conditionem futuram. Donatio autem ſub modo eſt, quando quid donatur eum in fi- 25 26

nem (non simpliciter occasione cujusdam quod quis fieri vult *l. 2. §. fin. ff. de donat.* ibi Giphan. uti hîc Sempronius filio suo Sejo hanc donationem fecit saltem occasione ineundæ societatis certæ negotiationis exercendæ causa,) ut rursus aliquid fiat, v.g. ut donatarius donatori alimenta præbeat.

l. 1. C. de donat. quæ sub modo. l. 3. C. de condict. ob caus.

27 Donatio verò sub conditione est, quæ fit ita ut tum demum donatio effectum habeat, cum ista conditio secuta fuerit.
l. 4. l. ult. C. de donat. quæ sub mod.

28 Unter welche donationes die donatio quæstionis à Sempronio Sejo geschehen mit Fug nicht referirt werden kan, bleibet dahero, daß sie simplex & propria donatio sey, folglich auch nach deren Rechte zu æstimiren und zu judiciren, nemlich, daß sie à revocatione & collatione exempt sey.

Welches wir, salvis melioribus, zu behöriger weiterer Rechts-Belehrung verlangter massen dienstlich anfügen wollen mit Anwünschung aller selbst desiderirter Prosperität zu dem antrettenden Neuen Jahre und deren nach GOttes Willen noch viel folgenden.

Actum in Collegio nostro d. 30. Decembr. Anno 1706.

CONSILIUM CXXXII.

DE

Uxore Mariti fugitivi, ad manifestationis juramentum, ratione status Bb. non adstringenda. De Exceptione rei judicatæ, ob deficientia ipsius requisita, non competente. De uxore, ad rationum residuum, (vulgò Rechnungs-Rest.) solvendum non obliganda, sed ad renuntiationis, ac quæstus conjugalis beneficium admittenda.

SUMMARIA.

Succincta casus ex actis relatio à num. 1. usque 29.
30. ad indagandam bonorum debitoris quantitatem, manifestationis juramentum exigi solet.
31. Jus Provinciale Würtembergic. à conjuge superstite hoc ipsum juramentum non requirit.
32. usque 35. Rationes adducuntur, ob quas uxor mariti fugitivi ad corporale manifestationis juramentum non sit adstringenda.
36. Exceptio rei judicatæ ut competat quænam requirantur?
37. & 38. In substrato, ob rationes adductas non competit.
39. 40. & 41. Adducuntur dubia quædam, quæ renunciationi uxoris aliqualiter obstare videntur.
42. & 43. Uxor ab ære alieno ab utroque conjugum societatis gratia contractum, lucris socialibus renuncians, se non liberat de Jure Civili.
44. Quod de jure Würtembergico aliorumque locorum moribus secus.
45. Æs alienum non sociale ex solius mariti, ab ipso contractum, bonis solvendum.
46. & 47. Quid de residuo rationum (einem Rechnungs-Rest.) in genere dicendum.
48. & 49. Quid in substrato dicendum.
50. Testimonium ob proprium Interesse suspectum.
51. 52. & 53. Quæ non probantur, non attenduntur.
54. Ad conjugalem bonorum societatem conjugum cohabitationem Dd. requirunt.
55. Etiam constante matrimonio societas ista solvi potest.
56. Uxor in substrato ad renunciationis beneficium admittenda, ipsique omnia in natura extantia in concursu Credit. separationis jure sunt adjudicanda.
57. Ea, quæ durante matrimonio, licet uxoris pecunia, sunt emta, acquæstui imputentur.
58. Hinc uxor, quæ renunciavit, in iis nil proprii prætendere valet.
59. & 60. Sumtus in concursum facti præ omnibus Creditoribus solvendi.
61. & 62. Piis Corporibus in Ducatu Würtembergico jus prælationis est concessum.
63. Sententia.

Aus

1 AUs fleißiger Verlesung deren uns vor einiger Zeit um Ertheilung unsers Rechtlichen Gutachtens übersandter Actorum in Sachen der Hochfürstl. Visitation und Oesterlinischen Wittib, Klägern Eines; Entgegen und wider den Gerichtl. constituirten Curatorem bonorum des ausgewichenen und in fuga verstorbenen Geistlichen Verwalters zu Weinsperg, Johann Jacob Oesterlins, Beklagten andern Theils,
2 haben wir mit mehrerm ersehen, was massen den 14. Decemb. Anno 1705. Hochfürstl. Befehl ergangen, daß über des entwichenen Verwalters Johann Jacob Oesterlins, Vermögen eine formale Ganth vorgenommen, und zu dem Ende alle dessen Creditores zur Liquidation ihrer Anforderungen edictaliter citirt werden sollen, dem zu Folg zwar auff
3 den 22 Febr. 1706. durch ausgelassene Edictal-Citation ein Liquidations-Tag angestellt, niemand mehr von Creditoribus aber erschienen, als der Geistliche Verwalter zu Weinsperg, Georg Gedeon Fulda, im Nahmen Hochf. Visitation mit dem ihm zugeordneten Advocato Licent. Golthern von Vayhingen, und die Oesterlinische Wittib, da
4 jener forderist darauff gedrungen, daß ein Curator bonorum constituirt werden möchte, der alle zur Massa gehörige Mobilia & immobilia unter seine Hand und getreue Admini-
5 stration nehme; So die Wittib zwar geschehen zu lassen sich erklärt, doch gebeten, daß die von Immobilibus einig verhandene Behausung ihro nicht entzogen, noch sie davon verstossen werden möge, weil sie sonst nicht wüste, wo sie sich samt den Ihrigen über Nacht auffhalten sollte, deßwegen Herr Joh. Georg Koch des Raths zum Curatore bonorum
6 mittelst Angelobung constituiret worden. Und darauf Herr Verwalter ferner Gerichtlich fürtragen lassen, daß wie sonst bey den Gant-Processen zu Erlernung der Gant-Massæ nothwendig erfordert werde, daß wo debitor obæratus nicht zu gegen, desselben Eheweib und Kinder mit ihren Curatoribus die verhandene Vermögens Substantz mit leiblichem Ayde an-
7 zeigen sollen; Also erfordere solches auch allhier die Nothdurfft, weil die Oesterlinische Verlassenschafft bey vormahls geschehener Inventur nicht völlig, sondern nur generaliter eröffnet, und viel Stuck und Sachen ausge-
8 lassen worden, beneben erweißlich, daß die Oesterlinische Ehefrau nach ihres Manns Ausweichen ein gemästetes Rind und fettes Schwein ins Haus geschlachtet, auch Gäste darüber geladen, und insonderheit in Anno 1701. unterschiedliche Füderlein Wein a 50 fl. verkaufft, ja so gar ihrem ausgetretenen Mann
9 zu seiner Subsistence Geld hinaus getragen oder zugeschickt, dahero er gebeten, Interloquendo zu erkennen, daß die Oesterlinin neben ihrem vormahligen Curatore und ihrer Tochter zu Erlernung der völligen Gant-Massæ übet gewisse Punct das Juramentum Manifestationis abzuschwehren schuldig seyn sollen.

Auf welchen Vortrag die Oesterlinische 10
Wittib generaliter geantwortet, daß so viel das bey beschehenem Ausweichen ihres verstorbenen Manns zu gegen gewesene Vermögen betreffe, selbiges dazumahl bey vorgenommener Inventur mittelst erforderter und gegebener Hand-Treue an Aydesstatt getreulich von ihm angezeigt, und das wenigste hinterhalten worden, dahero sie hoffe und bitte, bey vormahls 11
erstatteter Pflicht gelassen, und darüber weiter weder sie, noch ihre Tochter die damahlen gleichsam noch ein Kind gewesen, und vom verhandenen Vermögen, so wohl als der Kriegs-Vogt die wenigste Wissenschafft gehabt, mit weitern Gelübden nicht beschwehrt zu werden. Belangend das nach ihres Manns 12
Ausweichen geschlachtete Rind und Schwein, sey sie dessen zu Fortführung der Haushaltung und Feld-Geschäffte bedürfftig gewesen, und kein Ubermaß dabey vorgangen, wie solches Herr R. Gerichts-Verwandter, der es geschlachtet, wisse und bezeugen werde, den verkaufften Wein anbelangend, sey, was an 13
dergleichen, bey Ausweichung ihres Manns, zugegen gewesen, ordentlich im Inventario einkommen, der ex postfacto und in nachgefolgten Jahren durch GOttes Seegen aus ihren eigenthumlichen Weinbergen erbauete und erhaltene Wein könne in die Gant-Massam mit andern ihrer Güter Ertrag nicht gezogen werden, weil solche allein nach der Beschaffenheit, wie sie zur Zeit ihres seel. Manns Ausweichen gestanden, nicht aber nach der Hand sich erst gezeiget, zu considériren und anzusehen sey. Wegen des an sie, ihre Tochter und 14
Curatorem geforderten Juramenti manifestationis hoffet sie damit verschonet zu werden, weil der mehrere Theil der Puncten, worüber es abzuschwehren verlangt wird, durch die bey der Inventur geleistete Pflicht zur Genüge dargethan und beantwortet, theils oben erleutert, theils aber Sachen und Puncten seyn, deren sie sich nach Verlauff so vieler Jahren nicht mehr erinnern könne; Ubrigens aber be- 15
kand sey, daß die suchende güldene Ringe, Kleinodien, Muster, silberne Müderhacken, Preyß-Ketten und dergleichen von ihrem ausgewichenen Mann ihro Zeit gewährter Ehe nicht erkaufft, sondern sie von ihren Eltern gehabt und ererbt, Krafft ihres Theil-Zettels, und also ihr eigenthumlich zugehört. Bittet dannenhero, sie in diesen Puncten ferner nicht zu beschwehren, sondern davon Rechtlich zu absolviren. Worüber sie noch ferner 16
hinc inde mündlich recessirt, und nach dem endlich der Richter darüber zu bescheiden Bedacht genommen, hat Herr Golther in puncto liquidationis vorgetragen, daß dem Hrn. Gant-Richter von selbst bekandt sey, was gestalten der ausgewichene Geistl. Verwalter, Johann Jacob Oesterlin; Nachdem auf Seiten der Hochfürstl. Visitation desselben Rechnung von Georgii 1695. biß dahin 1699 in loco Weinsperg abhören zu lassen, gnädigst resolviret worden; Und zu solchem Ende der 17

Herr Commissarius würcklich anhero kommen, die Rappiaten, Heischbücher, Urkunden und zur Rechnungs Abhör benöthigte Documenta an denselben gefordert, unvermuthender Dinge flüchtigen Fuß gesetzt, worauf dann in Untersuchung seines Haußhaltens sich ergeben, daß derselbe an Frucht, Wein, Geld, an gesetzten Straffen, auch auffgeloffenen Com-
18 missions- und Process-Kosten 1987. fl. 35. kr. 3. Hel. im Rest verblieben, alldieweil nun der ausgewichene Debitor neben diesem Rechnungs-Rest noch viel andere Passiv-Schulden laut Inventarii hinterlassen, hingegen desselben Vermögen zu Bezahlung aller Creditorum nicht sufficient seyn dörffte, darneben heylsamlich versehen sey, daß in specie die Geistliche Verwaltung und andere dergleichen Pia corpora in bonis Administratorum ratione residui ab ipsis debiti eines absoluti & singularis prælationis privilegii sich zu erfreuen haben, Krafft dessen dieselbe und zwar in prima Classe vor allen andern Creditoribus bezahlet, ja dem Fisco selbsten vorgezogen werden sollen.

F.W.L. *p. 1. tit. §. 75. Wo ein Kasten* ibi Lauterbach. *p. 1. th. 94.* Dn. Colleg. D. Harpprecht *Cons. 69. n. 19. 20.*

19 Gelange dannenhero an den Hrn. Gant-Richter des Hrn. Geistl. Verwalters, dienstrechtliche Bitte, definitive zu erkennen, daß die dermahlen ihm gnädigst anvertrauete Geistl. Verwaltung ratione ihres auf die Gant-Massam zu erfordern habenden Rests, Straffen und andern Unkosten gleichbalden in prima Classe zu lociren, Conseq. Curator bonorum gedachte Geistl. Verwaltung mit dem angeforderten Rest vor all andern Creditoribus zu bezahlen schuldig seyn solle, cum refusione expensarum & Implor. Nob. Off. judicis.

20 Hierwider ist die Oesterlinische Wittib nach gebetener und erhaltener Abschrifft mit einer Exception-Schrifft eingekommen, vorstellend, daß sie forderist hoffe, weil sie hiebevor schon Hand-Treu an Aydesstatt von sich geben, und die Dispositio Juris Provincialis von ihr mehrers nicht fordere, sie werde dabey gelassen, noch mit dem Juramento manifestationis weiter gravirt, auch andere, die mit dem Process nichts zu thun haben, ebenmäßig
21 damit verschont werden. Ubrigens habe gegenseitiger Herr Procurator gebeten, zu erkennen, daß die Geistl. Verwaltung ratione ihres an die Massam zu erfordern habenden Rests, Straffen und andere Unkosten gleichbalden in prima Classe zu lociren, Conseq. Curator bonor. gedachte Geistl. Verwaltung deßwegen vor all andern Creditoribus zu bezahlen
22 schuldig seyn solle. Wann aber dieses Residuum schon per Processum geloffen, vor dem Herrn Remissions-Richter zu Stuttgardt pro & contra ventilirt, per sententiam für die Fr. Oesterlinin decidirt, und ob gleich ex altera parte davon appellirt, dennoch in beeden mahlen gesprochen worden, daß sie der Hochfürstl. Visitation um ihre gethane Klag nichts zu thun schuldig, sondern davon zu absolviren, und die Unkosten zu compensiren seyn; Als erhelle daraus, daß es eine geurtheilte und ausgemachte Sache sey, welche die angestellte Klage auslösche und gäntzlich auffhebe.

per J. P. W. *p. 1. tit. 20.*

nam ex re judicata competere actionem & exceptionem rei judicatæ quæ litis finitæ sit.

Struv. *Ex. 44. th. 13.*

Und wann gleich den ungestandenen Fall ge- 23
setzt die Hochfürstl. Visitation ex nova causa agiren könnte, so wäre doch bekandt, quod mulier in hoc Ducatu Würt. renuncians acquæstui conjugali & hereditati mariti a debitis socialibus a solo marito contractis, sese liberare queat, falls sie an ihres Manns Verderben ohnschuldig

J. P. W. *p. 1. tit. 76. §. nicht weniger.* Lauterbach. *de ære alien. in societ. conjug. contract. solvend. §. 71.* D. Harppr. *de renunc. acq. conj. §. 101. seq.*

Da nun in applicatione nichts verhanden, 24
welches sie von der Weibl. Freyheit ausschliessen könnte, so werde das jenige, so noch in natura von ihrem Zubringen verhanden, ex massa bonorum zu separiren, und ihro zu restituiren seyn, wegen des übrigen aber hoffentlich sie propter hypothecam legalem cum tempore illationis inchoantem præferiret werden.

l. fin. C. de pact. convent.

Denn ob wohl die Hochf. Disposition ein 25
absolutum prælationis jus prætendire, und ex §. *wo ein Kasten &c. p. 1. t. 75. J. P. W.* den Vorzug suche, so seyn doch daselbst die geistl. Verwaltere nicht exprimirt, quod autem statutum non dicit, nec nos dicere debere, nec illud ultra personas in eo expressas extendi posse. Und ob gleich der §. sich auf die Kasten-Ordnung beziehe und daselbst versehen, daß die Amt-Leut den Geistl. Verwaltern, Spithal und Kasten-Meistern an Hand gehen sollen.

Kasten-Ordn. *§. Es sollen auch &c. fol. 350.*

So sey es doch nur auf gewisse Fälle restrin- 26
girt und bekandt, quod omnis exceptio in non exceptis regulam confirmet, der *§. wo aber &c. fol. 352.* nur von Kasten- oder Spitahl-Meistern redet, cujus particulæ adversativæ aber natura est, præcedentibus adversarii in Jure & facto, sicque denotat diversum casum & quid amplius importat. Bey wel- 27
cher Beschaffenheit der Fr. Oesterlinin und ihres Hrn. Curatoris demüthigste Bitte ist, sie bey denen in prima & secunda instantia ausgesprochenen

sprochenen Urtheilen zu conserviren und gegenseitigen Hrn. Gewalthabern sein Begehren abzuschlagen, oder allenfalls ihro das Jus Separationis in bonis extantibus, und jus prælationis in consumptis cum refusione expensarum angedeyen zu lassen, Implorato Nob.
28 Jud. Officio. Auf dieses hin hat Herr Verwalter replicirt, die Wittib duplicirt, mithin ad sententiam submittirt.

29 Hierüber nun unsere beywohnende Rechtliche Gedancken zu eröffnen, so ist förderist zu erörtern:

Ob die Oesterlinische Wittib samt ihrer Tochter und alten Kriegs-Vogt anzuhalten, das verlangte Juramentum Manifestationis **abzuschwehren, oder jene bey ihrer erstatteten Hand-Treu und**
30 **Gelübd zu lassen?** Da zwar nicht ohne, daß sonsten ad indagandam quantitatem bonorum debitoris das Juramentum manifestationis pflegt exigirt, und so wohl von ihm selber als dessen Ehefrau würcklich præstirt zu werden.

Coler. *de Process. Execut. p. 1. c. 10. n. 341.*
Valent. Franc. *de fide juss. cap. 5. n. 320.*
Stryck *de benefic. Excuss. cap. 3. n. 25. &c. 5. n. 16.* Joh. Franc. Balthas. *Pract. resol. tit. 14. resol. 1. n. 69.* vers. *Secundo si ipse met. debitor. juret. &c.*

31 Weil aber unser Fürstl. Landrecht *p. 4. tit. 3. §. und sollen die verordnete &c.* in Beschreibung und Inventirung der Güter von dem verhanden seyenden Ehegemächt mehr nicht denn Hand-Treu an Aydesstatt alles treu und redlich anzuzeigen, und nichts zu verschweigen, zu unterschlagen, und zu entziehen, erfordert, es seyen denn graves suspiciones und præsumptiones verhanden, daß das gegenwärtige Ehe-Gemächt in Anzeig der Güter nicht redlich zugehe, sondern betrüglich handele, da man alsdann von selbigem das solenne Juramentum exigiren kan.

Besold. *ad J. P. W. p. 4. tit. 3. th. 9.*

32 Und man in Anno 1699. bey Auffrichtung des Inventarii über des ausgewichenen Verwalters Oesterlins Vermögen mit seiner Ehefrauen erstatteter Hand-Treu an Aydesstatt vergnügt gewesen, auch keinen Argwohn wider sie gehabt, daß sie oder ihr Kriegs-Vogt betrüglich was hinterhielte, oder verschwiege, und nicht redlich alles anzeigte, was zu des entwichenen Mannes Vermögen gehörete; So dann seit deß nichts beständiges hervorgekommen, daß sie oder ihren Kriegs-Vogt eines begangenen Betrugs oder hinterlistigen Unterschlagung einiger zu des Manns Vermögen gehörender Stücke überführete, sondern sie in den angebrachten Puncten gnugsam relevirende Erläuterung gegeben, daß ihro nemlich Zeit gewährter Ehe das wenigste von güldenen Ringen, Kleinodien, Rustern, (ausser einem geringen Agtstein Ruster,) silbernen Müderhacken, Preysketten, und dergleichen, von ihrem Mann erkaufft worden, sondern was an dergleichen zugegen, sie von ihren Eltern bekommen, wie solches dero Theil-Zettul zur Gnüge verificire, also ihr eigenthumlich zuständig, und unter sein Vermögen nicht gehörig; So 33
dann sie durch des Manns Ausweichen in den miserablen Stand gesetzt worden, daß sie aus Mangel der Baarschafft und Abgang der Aetzung das verhanden geweßte geringe Rind und Schwein zu Fortführung der Haußhaltung und Bauung der Güter unumgänglich schlachten müssen, und solches um so freyer gethan, als ihr derentwegen die geringste Inhibition nicht geschehen, der Rest noch nicht am Tage gewesen, und sie dazumahl noch nicht gewußt, daß es mit ihres Manns Rechnungs-Sach eine so schlechte und betrübte Bewandtniß habe, darzu das Fleisch meisten theils von dem Rechnungs-Probatore Weylern, welcher der durch Hrn. Expeditions-Rath Andlern vorgenommenen Inquisition beygewohnt, und hernach ihres Manns Rechnungen vorgenommen; Zu dem Ende 4 Wochen lang in ihrer Kost gewesen, verzehrt worden. Der damahls verhandene Wein sey ins Inven- 34
tarium gebracht worden. Der gefolgter Zeit nach des Manns Ausweichen aus ihren eigenthumlichen Gütern erbaute und erhaltene Frucht und Wein-Ertrag könne nicht zu des Manns Vermögen oder ad acquæstum gezogen werden, sondern gehöre ihro dominii jure zu.

arg. *l. 25. §. 1. de usur.* ibi: *Porro bonæ fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis prædiorum tributum est l. 48. pr.* verbis: bonæ fidei emptor quod ad fructus attinet loco domini pene est *ff. de acquir. rer. dom. l. 136. de reg. jur.*

Societate bonorum conjugali per malignam mariti fugam solutâ

arg. eorum, quæ tradit B. D. Lauterbach. *de societ. bonor. conjug. cap. 6. §. 3.*

Ihre Tochter auch zu der Zeit noch gar jung 35
von Jahren gewesen, daher die wenigste Wissenschafft vom verhandenen Vermögen gehabt, noch mit einigen Suspicionibus gravirt; So mögen sie nach Verfliessung so vieler Jahren, nicht erst itzo mit würcklicher Abstattung des Juramenti manifestationis beschwehret und beladen werden, sondern ist billig die Wittib bey der dazumahl geleisteten Hand-Treue an Aydesstatt zu lassen, und die mittelst deren damahls von ihr gethane Anzeige ihres Manns Verlassenschafft pro fide digna anzunehmen.

Hiernechst ist zu erwegen: **Ob die Oesterlinische Wittib sich mit der** opponirten Exceptione rei judicatæ **wider diesen erregten Gant-Process und der Hochfürstl.** Visitation **gemachte Forderung schützen könne?** Welches unsers Erachtens schwehrlich wird können gesagt und behauptet werden, denn ad hoc, ut Exceptio rei judicatæ competat, wird erfordert,

1.) ut idem sit corpus, seu res, quantitas 36
eadem, & idem jus, quod in judicium prius

deductum, seu ut in posteriori judicio de eodem agatur, de quo in priori actum fuit.

l. 12. l. 13. de except. rei jud.

2.) ut sit eadem causa petendi

l. 14. pr. d. t.

eandem causam facit origo petitionis sive causa proxima actionis.

l. 11. pr. §. 3. 4. 5. ff. de except. rei jud. l. 27. eod.

non igitur nocet exceptio rei judicatæ, si ex alia causa ante res, licet eadem, petita fuerit.

l. 14. §. fin. l. ult. ff. d. t.

3.) ut inter easdem personas eadem quæstio revocetur

l. 3. §. 4. l. 7. §. 4. l. 14. pr. l. 27. ff. de except. rei jud.

37 Hie fehlet es aber nicht nur an dem andern, sondern auch dem dritten requisito, denn vorhin agirte die Hochf. Visitation condictione ex stipulatu wider die Oesterlinin wegen der von ihr vor ihren Mann mit præstirter Caution und Fidejussion; Sie ist aber von der Klag absolvirt worden, weil sie dem Beneficio Authent. *Si qua mulier. C. de SCt. Vellej.* nicht wie geschehen sollen, mittelst Angelobung an Gerichtsstab an statt leibl. Ayds prævia certioratione gebührend renuncirt gehabt, und also
38 inutiliter vel nulliter cavirt. Anitzo aber agirt die Hochfürstl. Visitation ex alia plane causa wider des in fuga mortui debitoris Curatorem bonorum, und bittet, daß derselbe in dem formirten Gant-Process die Hochf. Visitation oder Geistl. Verwaltung wegen ihres an die Gant-Massam zu erfordern habenden Rests in Krafft der derselben in bonis Administratoris competirenden hypotheck cum absoluto & singulari plane privilegio prælationis, vermög dessen sie gleichbalden in prima classe zu lociren, vor all andern Creditoribus und consequenter auch vor der Wittib zu bezahlen schuldig seyn solle, deswegen die opponirte Exceptio rei judicatæ nichts operiren kan.

Demnach itzo ferner zu sehen, wie weit Hochfürstl. Visitation oder die Geistl. Verwaltung in ihrem gesuch fundirt sey?

39 Dabey 1.) zu consideriren vorkommt: Ob des Debitoris Ehefrau per renunciationem acquæstus conjugalis von deren a marito constante matrimonio gemachten Schulden, und in specie des gesetzten Rests Bezahlung sich loßwürcken möge? Welches die Geistl.
40 Verwaltung negiren wollen, weil sie an ihres Manns Verderben nicht gar ohnschuldig, so daraus 1.) zu sehen, daß sie nach des Manns Ausweichen in ihre geringe Haushaltung noch ein Rind und Schwein geschlachtet, da ihr doch billig dazumahl, als sie das Elend schon vor Augen gesehen, und nur ein einiges Töchterlein und Magd zu versorgen gehabt, der Appetit nach so vielem Fleisch vergangen seyn, und getrachtet haben sollte, daß durch Verkauffung der beyden Stücke etwas an dem nahmhafften Rest entrichtet worden wäre, und 2.) noch klährer dargethan werde durch den unterthänigsten Bericht sub Lit. A. von Hrn. Landschafft Einnehmern Pfitzen seel. erstattet, deßwegen sie sich per renunciationem acquæstus Conjugalis von solch ihres Manns Rest, da solcher in specie in die gemeine Haushaltung verwendet worden, wie aus des Debitoris Oesterlins Geld und Frucht Auffnahm erhelle, sich desto weniger loß würcken möge, als sie die im Inventario beschriebene Activ-Schulden ziemlicher massen eingenommen, und die Passiva dagegen bezahlt, die Inventirte Wein verkaufft, und das Geld in ihren Nutzen verwendet, der von ihres Manns ergriffenen Flucht an biß hieher gemachten Güter Ertrag der ad acquæstum Conjugalem gehörig, cum Curatore vor ihr Eigenthum prætendirt, noch Rechnung davon thun will, und die geschlachtete beede Stück Vieh, das Rind und Schwein, bey der Inventur dolose hinterhalten, sich also damit des Beneficii Renunciationis Theils tacite begeben, Theils unfähig gemacht. 41

argum. traditorum a Dn. Collega Harpprechto *de renunciat. acquæst. conjug. §. 138. & 142.*

Dessen allen jedennoch unerachtet wir im geringsten nicht zweifflen, daß des Debitoris Ehefrau sich per factam renunciationem acquæstus conjugalis nicht sollte liberiren von Bezahlung deren von ihrem Mann durante conjugio gemachten Schulden, und nominatim dieses bey seinem Dienst gesetzten Rests. 42

Nam licet, si æs alienum durante conjugio ab utroque conjugum societatis gratia contractum sit, uxor acquæstui & lucris socialibus renuncians ab æris illius alieni ab utroq; contracti solutione se non liberet, nec propter renunciationem allata sua & propria bona integra auferre queat, sed in defectu acquæstus dimidiam istius æris alieni partem ex propriis suis bonis solvere cogatur, quia jus creditori quæsitum eidem invito renunciatione sua auferre nequit 43

l. 11. ff. de reg. jur. l. 25. C. de pact. B. D. Lauterbach. *de ære alien. in societ. conjug. contracto solvend. th. 58.* Dn. Collega D. Harpprecht *de renunc. acquæst. conjug. th. 96.*

Attamen non hujus tantum Ducatus, sed multorum etiam aliorum locorum Moribus Uxor lucris socialibus renunciando ab ære alieno a solo marito constante matrimonio societatis causa quoque contracto sese omnino liberare potest, ita, ut dotem & cætera sua bona repetere, sibique integra servare valeat. 44

Bb. Antecessores ap. Besold. *vol. 3. Cons. 92. n. 5. seqq.* ubi dicunt hanc communem esse traditionem, quod in casu statuti, vigore cujus lucra & damna Conjugalia dividentur, nihilominus soluto matrimonio uxor abstinere a lucris constante matrimonio

matrimonio habitis poſſit, ita, ut tunc nec ad debita ſocialia a marito conſtante matrimonio contracta teneatur. Huc facere videtur J. P. W. *p. 1. tit. 76. §. nicht vveniger &c.* Beſold. *ad J. P. W. Diſp. 4. th. 26.* Wibel. *de contract. mulier. c. 5. n. 132. ſeq.* Chriſtin. *vol. 1. dec. Belg. 206. n. 13.* Joh. Grivell. *dec. 13. n. 2.* Schepliz *ad Conſuet. March. p. 3. tit. 2. §. 3. n. 3.* Chaſſan *ad conſuet. Burg. rubr. 4. §. 12. 13. & 19.* verb. *faire la renunciation.* ubi addit hoc fieri poſſe etiam marito vivente. B. D. Lauterbach. *de ære alien. in ſoc. conj. contract. ſolv. th. 71.* Dn. Collega D. Harpprecht *de renunc. acq. conjug. th. 101. ſeq.*

45 Ja es ſtehet dahin, ob dieſes Reſts halber eine Renunciation nöthig, und ob die Oeſterlinin nicht, ohnerachtet ſie den lucris ſocialibus gleich nicht renunciret, doch von dieſes Reſts Bezahlung befreyet ſey, dieweil dergleichen Rechnungs-Reſt kein debitum ſociale iſt.

Si vero æs alienum a marito conſtante matrimonio contractum non eſt ſociale, tunc neque ex communi acquæſtu, neque ex propriis utriusque Conjugis bonis æqualiter, ſed ex ſolius mariti bonis propriis ſolvendum eſt, neque uxor illius nomine ad aliquid obliqatur.

J. P. W. *p. 4. tit. 4. §. vvo aber ſelbigen Schulden &c.*

46 Hinc judicatu facile eſt, quid de tali reſiduo rationum mariti in officio publico conſtituti, von einem ſolchen Rechnungs-Reſt, cenſendum, an pro ære alieno ſociali ab utroque conjugum ex acquæſtu vel in illius defectu ex communibus bonis ſolvendo, vel non ſociali debito ex propriis illius bonis, qui illud contraxit, ſolvendo habendum ſit. Si enim maritus officium ſibi commiſſum & negotia ratione illius expedienda non ex fide, ſed doloſe vel etiam ſegniter & negligenter geſſerit & adminiſtraverit, pecuniamque publicam fidei illius concreditam non in uſum debitum impenderit, ſed prodigaliter bacho, venere, ludo, luxu in cibo & potu vel veſtibus conſumpſerit, atque inde reſiduum rationum enatum ſit, illud ſane pro ære alieno ſociali haberi neutiquam poterit

arg. *l. 52. §. fin. l. 59. §. 1. ff. pro ſoc.*

47 Quod ſi vero nihil horum fecerit, ſed pecuniam adminiſtrationi ſuæ commiſſam in communem familiæ ſuæ ſuſtentationem & utilitatem impenderit, aliud forte dicendum, & reſiduum illud æri alieno ſociali annumerandum erit.

arg. J. P. W. *p. 4. tit. 4. §. Da nun von des Manns & §§. ſeqq. arg. l. 55. ff. pro ſoc.* B. D. Lauterbach *de ære alien. in ſoc. conj. contract. ſolv. th. 46. 48.*

48 Geſetzt alſo es könnte dargethan werden, daß dieſes alles, was er Gnädigſter Herrſchafft ſchuldig geblieben, in ſeiner Haußhaltung verwendet, ſo doch zu probiren vielleicht ſchwehr fallen wird, ſo iſt doch kein Zweiffel, daß ſich ſeine Frau per renunciationem lucrorum conjugalium nicht ſollte wie von anderen von dem Mann in wehrender Ehe gemachten Schulden, alſo auch von dieſer von ihm geſetzten Reſts Bezahlung frey und ledig machen können, weil ſolches in Ducatu noſtro & alibi ein gemeines Beneficium mulierum debitorum obæratorum iſt, wovon keine Ehefrau conſequenter auch die Oeſterlinin nicht zu excludiren, auſſer wann Rechts begnügt könnte erwieſen werden, daß ſie zu ſeinem Verderben durch ihr üppiges, verthuniſches, prächtiges Leben und Weſen geholffen, ſo aber hierfalls nicht dargethan oder erwieſen, denn I. ſolches nicht probiret, die Schlachtung des 49
Rindleins und Schweins, ſo nach des Manns Ausweichen geſchehen, geſtalten was es damit vor eine Beſchaffenheit bereits oben angezeigt, nemlich daß es geſchehen, 1.) ehe ſie noch gewußt, daß er ſo einen ſtarcken Reſt geſetzt. 2) aus Noth, weil ſie keine Mittel gehabt, die Haushaltung fortzuführen, und die Güter bauen zu laſſen, 3.) ohn einige ihr gethane Inhibition, 4,) ſie und die ihrige das wenigſte davon genoſſen, ſondern das meiſte auf den Rechnungs-Probatorem gangen, denn ſie 4. Wochen lang im Hauß und Koſt halten müſſen, 5.) beede Stück kaum 15. oder 16. fl. werth geweſen, u. weggethan werden müſſen, wegen abgangener Aetzung, 6.) die Mäſtung durchaus nicht von Herrſchafftlichem Kaſten, ſondern von ihrer eignen Güter Ertrag genommen worden. II. Probiret ſolches 50
auch nicht der unterthänigſte Bericht des Landſchafft Einnehmers Pfitzen ſeel. denn ſelbiges ein teſtimonium ſuſpectum ob proprium Intereſſe, in ſcriptis, ſine prævio juramento datum, quod nullius valoris ac efficaciæ per tradita.

Mevii *part. 5. dec. 12. n. 3.* add. Hunn. *Encyclop. Jur. Univerſ. p. 2. tit. 19. cap. 4. & cap. 6. n. 1.*

III. Widerſpricht ſie die Auffnehmung und 51
Verwendung des ermanglenden Gelds und Früchten in gemeine Haußhaltung, welche in Actis auch nicht probirt, wie ſich zu Recht gebührt, ingleichem contradicirt ſie IV. daß ſie die 52
im Inventario befindliche Activ-Schulden eingefordert oder eingenommen, und damit paſſiva bezahlt, item daß ſie die inventirte Wein verkaufft, und das erlößte Geld in ihren Nutzen verwendet, alſo der Renunciation ſich tacite begeben, oder deren unfähig gemacht, und weil das Contrarium nicht erwieſen, noch ſie Rechtlich überführet, daß ſie an des Manns Verderben ſchuldig, ja ſich ihres habenden guten Gewiſſens deßhalber auf die gantze Stadt berufft, darinn kein Menſch ſolches von ihr ſagen werde, als mag ſie von dem gemeinen den Ehefrauen indulgirten beneficio ſich von der vom Mann in wehrender Ehe gemachten Schulden zu liberiren nicht excludiret werden, ſondern genüßt deſſen von Recht und Billichkeit wegen. Daß ſie ſich 53
deſſen auch eo ipſo nicht unwürdig oder unfähig gemacht,

gemacht, daß sie nach ihres Manns Ausweichen die auf ihren eigenthumlichen Gütern gebauete und erwachsene Frucht und Weingefäll vor sich eingezogen, und in ihre Haußhaltung wie eigen gebraucht, oder sonst davon wie von eignen Sachen disponirt, ist oben bereits angezeigt, weil sie daran als auf ihren vor sich gebaueten Gütern erwachsene Früchte billiche Ansprach gemacht, und ihr von Rechtswegen dominii jure zugehört, ad acquæstum conjugalem aber keines weges mehr gezogen werden können, indem die societas bonorum conjugalis mit der maligna fuga und Entweichung des Manns auffgehöret, ob gleich das vinculum matrimoniale dadurch nicht dissolviret ist.

54 Cum Dd. ad conjugalem bonorum societatem conjugum cohabitationem requirant, & quidem ejus temporis, quo lucra facta sunt,

Garsias *de acquæst. Conjug. n. 52.* Didac. a Segura *in repetit. l. 67. §. 5. de legat. 2. n. 24. seqq.* allegatus Lauterbachius *de societ. bonor. conjug. cap. 6. th. 3.* ubi ex Lopez & Bocrio testatur hoc mores Hispanorum amplecti & apud Gallos communiter observari, sæpiusque ita in Parlamento Parisiensi judicatum esse.

55 & societatem istam solvi posse constante etiamnum matrimonio idem tradit

d. *cap. 6. §. 1.*

56 Bleibet also dabey, daß sie Oesterlinin des gedachten Beneficii renunciationis lucrorum conjugalium fähig sey, und sich mittelst dessen von den a marito in wehrender Ehe gemachten Schulden frey und loß würcken möge, consequenter den von ihm gesetzten Herrschafftl. Rest zu bezahlen nicht gehalten sey, sondern neben ihren Kleidern, Kleinodien und was zu ihrem Leib gehörig, alles was von ihren in die Ehe gebrachten und in derselben von ihren Eltern und Geschwistrigten Ererbten noch würcklich in natura verhanden und zugegen ist, jure dominii vindiciren, und jure separationis extra concursum vor der Gnäd. Herrschafft hinwegnehmen könne, Krafft

Landrecht *p. 1. tit. 76. §. nicht vveniger.* Wibel *de jure prælat. art. 2.* Richter. *de jurib. & privil. credit. cap. 3. sect. 1. n. 108.* Berlich. *p. 1. concl. 64. n. 18.*

57 darunter aber nicht zu rechnen, was wehrender Ehe erkaufft, oder sonst auf dergleichen Weiß acquirirt worden, denn solches ad acquisita gehört, ob es gleich pecunia uxoris erkaufft und comparirt ist.

Besold. *ad J. P. W. p. 4. §. 15.*

58 Quando autem uxor tanquam creditrix tali in casu, quo maritus bonis cessit, allata repetit, ipsa in bonis constante conjugio acquisitis nihil proprii juris prætendere potest cum acquæstui renunciavit.

59 Wann nun sein Debitoris Oesterlins hinterbliebenen Ehefrauen Zugebrachtes und Ererbtes so noch in natura verhanden, und zugegen, separiret ist, so werden von dem übrigen Vermögen forderist die billichmäßige und gebräuchliche Gant-Kosten, darunter Consulenten und Schreibgelder begriffen, bezahlet.

Usu enim fere omnium judiciorum, præ- 60
sertim vero hujus Incluti Ducatus, hujusmodi sumptus præ omnibus aliis creditoribus de Massa bonorum exsolvendos esse refert

Wibelius *de Jure prælat. credit. pag. 10.*

Idque etiam Praxis quotidiana sic observat.

teste Mullero *ad Struv. Ex. 44. th. 47. lit. d.* Dn. Collega D. Harpprechti *vol. 5. Consil. 69. n. 5.*

Hierauf folgt die Hochf. Visitation, oder die 61
Geistl. Verwaltung, wegen des von dem defuncto debitore, als gewesenen Geistl. Verwaltern, in seiner übel geführten Administration gesetzten Rests, so viel dessen gebührend, liquidiret, vi

J. P. W. *p. 1. tit. 75. §. Wo ein Kasten oder Heiligen-Pfleger &c.* junct. Kasten-Ordnung *§. vvo aber der Kasten &c.*

darunter in dubitato auch die Geistl. Verwal- 62
tere, so bey administrirender Geistl. Verwaltung einen Rest setzen, nicht per interpretationem extensionem, sed comprehensionem begrieffen seyn,

Constat enim ex præcedentibus sequentia suam recipere declarationem & interpretationem

Barbosa locuplet. *lib. 14. c. 52. ax. 2.* ibique alleg.

Cum igitur *§§. Es soll den Geistlichen &c. p. 349. §. Es sollen auch die Ambtleut. p. 350.* der Kasten-Ordnung, expresse mentionem faciant der Geistlichen Verwaltere, indubium est, quin hi quoque comprehendantur sub §. seq. wo aber der Kasten- u. Spithalmeister &c. *pag. 352.* & huic correspondente *§. vvo ein Kasten- oder Heiligen- Pfleger oder Spithal-Meister &c.* J. P. W. *p. 1. tit. 75.* qui se ad illum refert. Adeoque ibi den Kasten- und Spithälen concessum absolutum jus prælationis in bonis administratorum suorum ratione residui ab ipsis debiti competet etiam der Geistlichen Verwaltung in des Geistlichen Verwalters, den Klöstern und andern Piis Corporibus in ihrer Pfleger und Verwalter Gütern, wann sie durch übele Verwaltung und Administration einen Rest gesetzt.

B. D. Lauterbach. *ad J. P. W. p. 1. t. 75. th. 94. n. 6.* Wibel. *de prælat. creditor. p. 24.* Dn. Collega D. Harpprecht. *d. vol. 5. Cons. 69. n. 20.*

Wann nun die Massa bonorum so weit langen möchte, so käme nach der Geistlichen Verwaltung die Ehefrau wegen ihres übrigen Zugebrachten und Ererbten, so nicht mehr in natura verhanden, und also ihr nicht mehr in specie restituirt werden kan, zu contentiren, weil aber die Vermögens Substantz sich so weit nicht erstreckt, ist unnöthig, viel Wort davon zu machen.

Und wäre solchem nach folgende Urtheil zu publiciren, und mittelst deren dieser Sach ein Endschafft zu geben.

Urthel

Urthel.

63 IN der Creditor-Sach, weyland Johann Jacob Oesterlins, gewesenen Geistl. Verwalters allhier zu Weinsperg angegebene Schuld-Glaubiger, benanntlich Georg Gedeon Fuldä, itzigen Geistl. Verwalters zu Weinsperg, und Anna Elisabetha Oesterlinin, Klägern Eines; Entgegen und wider Johann Georg Kochen, des Raths, als Gerichtl. constituirten Curatorem bonorum Beklagten andern Theils, erkennet ein ehrsam Gericht auf alles Gerichtl. Vor- und Anbringen, nach gethanem Rechtsatz, genommenem Bedacht, und gehabten Rath, mit Urtheil zu Recht, daß von des ausgewichenen und verstorbenen Johann Jacob Oesterlins Vermögen forderist seiner hinterbliebenen Ehefr. Kleider, Kleinodien, Nuster und was zu ihrem Leibe gehörig, nicht weniger alle ihre zugebrachte und von ihren Eltern und Geschwistrigten ererbte eigenthumliche Haab und Güter, so annoch würcklich in natura verhanden und zugegen seyn, separiret und deroselben restituiret; So dann alle und jede übrige Haab und Güter auf einen offentlichen Auffschlag best-möglichst verkaufft, und von dem draus erlösenden Geld bezahlt werden sollen, 1.) Forderist die Gant-Kosten, so dann 2.) die Geistl. Verwaltung wegen des von dem Oesterlin in seiner Administration gesetzten Rests, so viel dessen gebührend liquidiret ist, und bezahlt werden kan, auf solchen Fall auch da das Vermögen so weit reichete, 3.) die Oesterlinin wegen ihres Zugebrachten und Ererbten, was würcklich nicht mehr in natura verhanden.

Welches wir salvo semper melius sentientium judicio zu verlangter Rechtlichen Nachricht nicht verhalten wollen.

Actum in Collegio nostro d. 23. Augusti 1707.

CONSILIUM CXXXIII.

DE
Satisfactione Stupratæ.

SUMMARIA.

Casus a num. 1. usque 10.

11. Actiones in judicium deductæ recensentur.

12. & 13. Quæ in puncto impregnationis in eodem libello valide cumulantur.
(*) Propria confessio omnium probationum regina.

14. 15. & 16. Exceptiones Rei adducuntur.

17. Naturalia quæ personæ vel rei naturaliter insunt, inesse semper præsumuntur.

18. Pro virginitate semper stat præsumtio.

19. Id quod melius & honestius est, præsumitur.

20. Ut & quilibet bonus & honestus.

21. Duæ contrariæ præsumtiones si extant, delicti exclusiva amplectenda semper venit.

22. Puella pro virgine honesta tamdiu habenda, donec contrarium probetur.

23. Et sic etiam ille, qui concubitum confitetur, pro patre tamdiu habendus, donec contraria fiat probatio.

24. & 25. Terminus legitimi partus, a quo est septimus mensis.

26. Terminus ad quem mensis decimus, & initium mensis undecimi.

27. & 28. Sufficit si puella stuprata tempore perpessi stupri, extra id honesta fuit, quo casu stuprator, ad satisfactionem, etiam absque prævio stupratæ juramento, præstandam obligatur.

29. & 30. Si vero urgens contra stupratam subsit præsumptio, tunc utique, juramentum prius præstet, necesse est.

31. Reus exceptiones suas debet probare.

32. Etiam juramenti judicialis delatio in effectu pro specie probationis in jure habetur.

33. Ratio hujus.

34. Cuilibet permissum, fundamentum exceptionis suæ adversæ partis conscientiæ committere.

35. Si super proprio facto jurandum, referri juramentum non potest.

36. Nec distinctio hoc in casu, admittitur.

37. Juramenti delatio quem in finem sit inventa.

38. Juramentum deferens, prius de Calumnia jurare tenetur.

39. Interlocutoria ratione præstandi juramenti Calumniæ.

40. De Calumnia jurare recusans alter liberatur.

41. Definitiva in casu præstiti ab Actrice juramenti.

42. Definitiva in casu ab Actrice recusati juramenti.

Hoch-Edel, Vöst, Hochgeehrte, Wohl-Ehren-Veste, Fürsichtige, Ehrsame, und Wohlweise, Insonders Großg. Hoch- und Vielgeehrte Herrn und Freunde.

1 DJe von denselben mir ohnelängst zu Abfassung und Ertheilung eines Rechtlichen Gutachtens überschickte, hiebey wieder zurückkommende, zwischen Agnes Eckhartin von Weyl im Schönbuch, mit Beystand des Jhro ad hunc actum pro Curatore ad litem adjungirten Hanß Michel Löfflers, Burgers daselbst, Klägerin Eines; Entgegen und wider Hanß Brennenstuhl, mit und neben seinem Vatter Martin Brennenstuhl, Beklagten andern Theils, ausgeübte Acta habe mit gebührendem Fleiß durchlesen,
2 reifflich erwogen, und befunden, daß forderist ermeldte Agnes Eckhartin wider besagten Hanß Brennenstuhl klagend angebracht, daß nachdem er geraume Zeit zuvor sie auf allerhand Art und Weiß zugewinnen gesucht, endlichen im Frühling Anno 1705. dahin beredt, daß sie seinem bösen Willen und Begierden ein Genügen zu leisten ferner nicht habe widerstehen können, sondern sich mit ihm fleischlich vermischt, welches hernach noch zu unterschiedlichen Zeiten zum öfftern widerhohlet, so daß sie endlichen davon schwanger worden, wie sie dann drey Wochen vor Palmarum Anno 1706. eines Kindes
3 genesen, an statt nun, daß Beklagter sich seines Fleisches und Bluts hätte annehmen, und dahin trachten sollen, daß er Kind und Mutter möchte zu Ehren bringen, habe er sich, aus Trieb seines bösen Gewissens, mit der Flucht salviret, und erst nach 22 Wochen, da das Kind gestorben, wieder gekommen, deßwegen Klägerin dienstrechtl. gebeten, zu erkennen, daß Beklagter schuldig und verbunden seyn solle, als
4 Vatter des von ihr zur Welt gebrachten Kinds, die Unkosten, so auf dessen Geburt, Erhaltung, so lang es gelebet, Artzney und Begräbniß gegangen, mit 25. fl. zu erstatten, und sie wegen beschehener defloration entweder zu heyrathen, oder ihro vor das Kräntzlein 100 fl. samt den auffgehenden Proces- und andern Kosten zu bezahlen, cum Imploratione Nob. Officii Judicis.

5 Worauf beklagter Brennenstuhl litem qualificate contestando angeführt, daß er zwar nicht in Abrede seyn könne, daß er die Klägerin den 14 Maji 1705. als er gantz berauscht zu ihr gekommen, auf ihre verführische Reitzungen beschlaffen habe, daß sie aber von ihm schwanger worden seyn sollte, und das von ihr zur Welt gebohrne Kind von ihm hergekommen sey, werde constantissime widersprochen, so damit besteiffet, und der Klägerin Vorgeben, daß sie von Reo schwanger worden sey, mit dem widerleget werden wollen, daß sie von dem 14 Maji 1705. anzurechnen, nicht, wie insgemein a prima vice uterum gestantibus zu geschehen pflegt, in der 40 oder vor der 40 Woche, sondern drey gantzer Wochen hernach, des anderwerts auffgeraspelten Kinds niederkommen sey. Und ob wohl er der Im- 6
prægnation halber verdächtig gehalten werden möchte, weil er sich zum Beyschlaff bekenne, und also der Klägerin Intention einiger massen bescheinet und gegründet erachtet werden könnte; So sey es doch ein Flecken-kündige Sach, daß sich Klägerin mit allerhand Mannsbildern sehr gemein und verdächtig gemacht, benebens von einer solchen Arth und Geschlecht sey, darunter sich eine grosse Zahl ihres Gleichen befinde, dahero vorige Præsumption durch diese weit stärckere, daß sie wegen ihres verdächtigen Wandels den Partum anderwärts auffgeklaubet habe, allerdings vernichtet werde, liege also Klägerin ob, anders als biß dato geschehen, zu erweisen, daß sie von R. schwanger sey, und daß er sie nicht nur ein- sondern mehrmahl beschlaffen habe, welches sie itzo würcklich vorgebe, da sie vorhin bekandt, nicht mehr als einmahl von ihm beschlaffen worden zu seyn. Der Weitläuffigkeit des Processes, und besonders dem 7
etwa zu beeden Theilen nöthig habenden Beweiß aber vorzukommen, wolle R. der Klägerin das Juramentum Judiciale hiemit in bester Form Rechtens dahin deferiret haben, daß sie durch dessen Abschwöhrung behaupten solle, daß sie Klägerin weder vor, noch nach da der Beklagte sie den 14 Maji 1705. beschlaffen gehabt, mit keiner andern Manns-Person sich dergestalt fleischlich vermischt habe.

daß

daß daraus das zur Welt gebohrne Kind hätte entspringen können, und daß sie tempore stupri cum Reo commissi annoch eine ohnverletzte Jungfrau gewesen sey; welches sie schwerlich mit gutem Gewissen werde abschwöhren
8 können, weßfalls er weder die Geburths, Kindbett, Artzney und Begräbniß-Kosten, die ohne dem nicht 25. fl. sondern 2. oder 3. fl. anlauffen würden, noch das pretium virginitatis, so inter viles & rusticas personas nicht 100 fl. sondern 10. oder 12. fl. pflegt taxirt zu werden, zu erstatten schuldig seyn werde, so weniger als Klägerin selber zum stupro Ursach gegeben, und freymüthig bekennet, sie sey schuld daran, bey welcher Bewandsame, er
9 dienstrechtlich gebeten, forderist Interlocutorie zu erkennen, daß Klägerin das angemuthete Juramentum Judiciale in forma delata abzuschwöhren schuldig sey, und ihme darauf definitive von angestellter Klage mit Wiederkehrung aller bißher verursachter und weiters verursachender Kosten zu absolviren. Implorato Nob. Off. Jud.

10 Auf welches hin Klägerin repliciret, Beklagter dupliciret, und beede Theil nachgehends beschlossen, und ad sententiam submittiret.

11 Hierüber nun meine Rechtliche Gedancken verlangter massen kürtzlich zu eröffnen, so erhellet aus dem in libello conventionis beschehenem petito, daß klagende Agnes Eckhartin wider beklagten Hanß Brennenstuhl forderist intentirt, 1.) Condictionem ex Novella Constitutione Würtembergica *l. §. 5.* indem sie gebeten zu erkennen, daß Beklagter sie entweder heyrathen oder für das entzogene Ehren-Kräntzlein 100 fl. bezahlen, also sie damit zu dotiren schuldig und verbunden seyn solle. 2.) Actionem præjudicialem de partu agnoscendo & refundendis sumptibus, qui in ejusdem, quousque vixit, alimentationem, conservationem & medicamenta, ac deinde in sepulturam impensi sunt; in dem sie gebeten zu sprechen, daß er als Vatter des Kinds, dessen sie von ihm geschwängert worden, und 3 Wochen vor Palmarum Anno 1706 genesen, schuldig seyn solle, die Unkosten, so auf dessen Erhaltung, allweil es gelebt, auff Artzney und Begräbniß gegangen mit 25 fl. zu erstatten; 3.) utilem negotiorum gestorum actionem mit obgedachten beeden juris remediis conjungiret, weil sie ferner gebeten, daß er auch condemnirt werden möge, ihro die Kind-Bett Kosten zu ersetzen, samt den auffgewandten
21 Process-Kosten. Inmassen diese drey Remedia in dergleichen Imprægnations-Fällen gemeiniglich uno eodemque libello also pflegen cumulirt und instituirt zu werden, veluti de quotidiana Praxi testatur

13 Bocerus *cl. 4. Disp. 2. th. 30. lit. d.*
& sæpius ipsemet observavi, indeque de licentia & facultate eadem conjungendi & cumulandi non dubitandum, daher mich dabey nicht länger auffhalten, und mit weitläuffiger Rechtlicher Ausführung solches besteiffen will, sondern nur gleich sehen, ob, weil Klägerin das Fundament ihrer instituirten dreyen Remediorum und actionum, den unehrlichen Beyschlaff nemlich/ durch des Beklagten eigene freywillige Bekandtniß, (quæ omnium probationum optima & perfectissima est, imo probationum Regina dicitur, (*)

Wurt. Landr. *p. 1. tit. 33. pr.* ibi: Die beste und stärckeste Beweisung. Reincking. *de Reg. sec. & Eccles. lib. 1. cl. 2. cap. 2. n. 3.* post Wesenbecium, Gailium & Ummium B. D. Lauterb. *de Confess. part. 2. th. 41.*

ceu quæ infringit omne aliud probationis genus, etiam per testes vel Instrumenta factum, ipsa vero nullis contrariis infringitur probationibus.

Surd. *dec. 10. n. 2.* Hunn. *Encyclop. Jur. Univ. p. 2. t. 16. c. 3. n. 8. 9.*)

gnugsam erwiesen, Bekl. aber excipirt, daß sie keine reine ohnverletzte Jungfrau mehr gewesen 14
zu der Zeit, da er sich mit ihr fleischlich vermischt, sie auch von seinem Beyschlaff des Kinds, so sie zur Welt gebohren, nicht geschwängert worden sey, sondern selbiges von andern, mit denen sie in Unehren zu thun gehabt, empfangen und auffgegabelt, zu dieser seiner Exception Besteiffung zwar anführt, daß er sie mehr nicht denn einmahl, nemlich den 14 Maji 1705. beschlaffen, von dem einigen mahl sie nicht würde gleich schwanger worden seyn, wann sie noch eine reine Jungfrau gewesen wäre, auch von solcher Zeit anzurechnen, weder vor noch in der vierzigsten Woche deß Kinds genesen, wie den Erstgebährenden zu geschehen pflege, sondern dreyer gantzen Wochen hernach erst des Kindes niederkommen, daher folge, daß sie solches nicht aus seinem Beyschlaff, sondern anderwärts 15
aufgeklaubt haben müsse, so sey es Fleckenkündig, daß sich Klägerin mit allerhand Kerls und Mannsbildern sehr gemein und verdächtig gemacht, darzu von einer solchen Arth und Geschlechte sey, darunter viel ihres Gleichen seyn, jedoch selbst wohl erachtet daß diese seine angeführte Præsumptiones vor keine vollkommene Rechtliche Beweisung seiner opponirten Exception würden angenommen werden, und er mit anderwärtiger Probation nicht wohl aufzukommen getrauet, deßwegen der Klägerin das Juramentum Judiciale dahin deferiret, daß sie schwöhren solle, daß sie zu der Zeit, da Beklagter sich mit ihr fleischlich vermischt, noch eine ohnverletzte Jungfrau gewesen, und damahls mit keiner Manns-Person sonst zu thun gehabt, daß daraus das im Frühling Anno 1706. von ihr gebohrne Kind hätte entspringen können, ob, sage ich, Klägerin dieses ihro deferirte Juramentum 16
Judiciale abzulegen schuldig sey, oder ob Beklag-

ter ut confessus gleich könne condemnirt werden? Da es dann gewiß ein sehr starckes Ansehen hat, daß Klägerin nicht gehalten sey zu beschwöhren die Puncta, worauf ihr das Juramentum deferiret, sondern Beklagter gleich ut confessus stuprator zu condemniren.

17 Communis enim 1. Dd. conclusio est, naturalia, seu quæ personæ vel rei naturaliter insunt, semper inesse præsumi, donec contrarium probetur.

Alciat. *de præsumpt. part. 3. reg. 1.* Sichard. *ad l. 16. C. de probat. n. 12.* Cothman. *vol. 2. Resp. 54. n. 109.*

18 Cum ergo Virginitas sit qualitas naturalis, pro ea semper stat præsumptio, atque hinc puella quælibet tamdiu virgo præsumitur, donec defiorata probetur, qui igitur negat puellam a se cognitam Virginem inventam esse, hoc probare tenetur, si obtinere velit.

Gilhaus. *arb. jud. Civil. part. 7. c. 6. §. 183.* Menoch. *lib. 6. præs. 89.* Alciat. *de præsumpt. reg. 3.*

19 Secundo regula juris est: Id quod melius & honestius est semper præsumi, omnemque præsumptionem in meliorem partem fieri debere.

arg. *l. 56. de reg. jur.* Cardin. Tusch. *tom. 6. concl. 616.* Gail. *2. O. 97. n. 2.* Sixtin. *vol. 3. Cons. Marp. 8. n. 35.*

20 Inde ergo quilibet præsumitur bonus & honestus, delictique expers, donec probetur itidem contrarium,

l. 51. ff. pro soc. Gail. *2. O. 110. n. 6.* Schrader. *de feud. part. 9. sect. 12. n. 9.*

21 adeo, ut quando duæ extant contrariæ præsumptiones, quarum una honestatem, altera vero turpitudinem præ se fert, una delictum excludit, altera vero delictum includit, semper amplectenda sit prior præsumptio, & posteriori præferenda.

Gabrielius *lib. 1. comm. concluf. tit. de criminib. Concl. 2.* Portius *vol. 2. Cons. 95. n. 20.*

22 Dem zu Folge anders nicht gesaget werden mag, als daß ein Mägdlein, consequenter auch die Klägerin, so lang pro honesta virgine zu halten, biß das contrarium, daß sie ab alio vorhin deflorirt sey, von dem Stupratore, der sich schuldig gibt, daß er sie beschlaffen, erwiesen, und das
23 zu rechter Zeit zur Welt gebrachte Kind so lang vor dessen Kind zu halten, der den Beyschlaff gesteht und bekennet, biß er erweise, daß ein ander des Kindes Vatter sey, und nicht er, ob er gleich bey ihr geschlaffen, welches Beklagter hier zu thun, sich nicht getrauet, noch unterwunden. Drittens so gestehet Beklagter den Beyschlaff, und daß er sich den 14. Maji Anno 1705. mit Klägerin fleischlich vermischt, darauf sie drey Wochen vor Palmarum Anno 1706. des Kinds niederkommen, so in den 10 Monath fällt, ein Tag sechs vor dessen Ausgang, welche Zeit vor die rechte Geburths-Zeit gehalten wird, massen
24 bekandt ist, daß deren terminus a quo der septimus mensis sey.

juxta *l. 12. ff. de stat. hom.* Alphons. a Caranza *de partu natur. & legitimo. cap. 10.*

adeo, ut etiam in principio septimi mensis die 25 nempe centesimo & octuagesimo secundo, (qui singulis mensibus 30. diebus assignatis, est secundus dies septimi mensis, a cohabitatione,) editus, naturalis & vitalis judicetur partus.

l. 3. §. fin. ff. de suis & legit. hered. Caranza *d. l.* Ammann. *in Medic. Crit. cas. 45.* ubi exhibet Respons. Facult. Med. Lips. pro partu septimestri Carpz. *p. 4. c. 27. d. 13.* ubi adducit. Resp. Scabinor. Lips. pro partu Septimestri.

Der terminus ad quem aber decimus mensis & initium undecimi mensis sey. 26

l. Gallus 29. pr. ff. de liber. & posthum. verbis: *decem mensibus proximis a morte mea natus. l. fin. ff. de fideicomm. libert.* ibi: *intra decem mensis natus nat ave &c. l. ult. C. de posthum. hered. inst.* ibi: *intra decem mensium spatium.* & ibi: *intra decem menses proximos mortis meæ. Nov. 33. c. 2.* Caranza *d. tr. cap. 13. & c. 14.* Beyer. *ad Schulzii Synops. Instit. Imper. lib. 3. tit. 5. pag. 490.* Gamma *dec. 325.* Carpzov. *p. 4. c. 27. d. 15. & lib. 5. Resp. 111. n. 11.* Richter. *dec. 89.*

Und stünde ich meines Orts durchaus nicht an, 27 Beklagten schlechter Dingen zu condemniren, auf solche seine gethane Confession, und freywillige Geständniß des d. 14 Maji 1705. beschehenen Beyschlaffs, und mit Klägerin vorgangener fleischlichen Vermischung, ohne sie Kl. mit dem deferirten Jurament zu beschwehren, wann sie vormahls wohl und eingezogen gelebet, in keinem bösen Ruff gestanden, und keinen verdächtigen starcken Zuwandel von Bauren-Kerls oder Soldaten gehabt, ohnerachtet dessen, daß sie itzo zum andern mahl gekommen, und sich wieder von ihrem Meister, bey dem sie gedienet, imprægniren lassen,

quia satis est, puellam stupratam tempore 28 perpessi stupri extra id fuisse honestam, nam si post stuprum meretriciam agat vitam, ducenda quidem non est a primo stupratore, tametsi sub promissione matrimonii in stuprum consenserit, dotanda tamen est,

post Bajardum, Berlichium, Speidelium B. D. Bardili *de satisfact. stuprat. membr. 3. n. 26.*

Wann sie aber vorher und dazumahls, als 29 Bekl. mit ihr zu thun gehabt, keinen guten Namen und einen starcken verdächtigen Zuwandel von Mannsbildern gehabt, so dem Hrn. Richter am besten bekandt seyn wird, oder von ihm leicht wird können erkundiget werden, so kan sie Kl. wohl angehalten werden, das ihr von Bekl. deferirte Juramentum judiciale abzulegen, non obstante spontaneâ illâ, Rei confessione de concubitu d. 14 Maji 1705 cum eâ consummato factâ.

Nam

30 Nam licet Reus copulam carnalem fateatur, ſi tamen deferat actrici juramentum judiciale ſuper Virginitate & graviditate ex ſe oriundâ, actrix, etſi præſumptionem juris pro ſe habeat, tenebitur nihilominus juramentum judiciale ipſi delatum præſtare, ſi qua urgens contra ipſam ſubſit præſumptio in contrarium, & Reus paratus ſit ſubire ac præſtare juramentum calumniæ, quod nempe non calumnioſſe requirat ab actrice juramentum illud judiciale ſuper virginitate & graviditate ex ſe aut cohabitatione ſua orta.

B. D. Bardili *d. Diſp. de ſatisfact. ſtupratæ membr. 3. n. 25.* Petr. Franc. Lingloiſ. *ad 50. Deciſ. Juſtin. ex lib. 4. Cod. dec. 9. q. 6. n. 2.* Speidel. *in Obſerv. voc. Kinds-Schwängerung.*

31 Und iſt es zwar an dem, daß Bekl. weil er excipirt, daß Kl. keine ohnverletzte Jungfrau mehr geweſen, da er ſie beſchlaffen, noch ſie das Kind quæſt. von ihm, ſondern von einem andern habe, dieſe ſeine Exception, ob generalem præſumptionem honeſtatis, die Klägerin für ſich hat, von Rechts- wegen probiren müſſe, wann er obteniren, und damit durchdringen will.

l. 1. ff. de probat. ibi Brunneman.

32 Es iſt aber dabey wohl zu conſideriren, daß auch die delatio Juramenti Judicialis in effectu pro ſpecie probationis in Jure noſtro gehalten werde.

vi *l. 5. §. 2. ff. de jurejurand.*

33 Deferens enim illud adverſarium in propria cauſa teſtem ſimul & Judicem facit.

l. fin. C. de fideicommiſſ.

34 Permiſſum ergo cuilibet Jure Publico eſt, cui onus probationis incumbit, ſive actor, ſive reus ſit, intentionis vel exceptionis ſuæ fundamentum conſcientiæ partus adverſæ committere, eique juramentum judiciale deſuper deferre, ac ſic mediante illo intentionem vel exceptionem ſuam probare, atque is, cui illud defertur, jurare, vel deferenti id referre tenetur, quod ſi jurare nolit, nec etiam deferenti delatum ſibi juramentum referre, cauſa cadit, inquit JCtus

in *l. 34. §. ait Prætor. 6. l. 38. ff. de jurejur. l. 9. C. eod.*

35 quod ſi vero reſpiciat proprium factum illius, cui delatum eſt, ut in præſenti noſtro caſu, præciſe ab eo, cui delatum, præſtandum eſt, nec deferenti illud referre licet.

arg. *l. 34. §. 8. ff. de jurejur. l. 11. §. 1. §. fin. l. 13. ff. rer. amot.* Carpzov. *p. 1. c. 12. d. 40. & c. 14. d. 10. 11.*

36 Neque in Legibus noſtris diſtinguitur; utrum deferens intentionem vel exceptionem ſuam aliquo modo jam tum probarit, aut nihil adhuc præſtiterit, & num, qui juramentum hoc defert conatus ſit intentionem vel exceptionem ſuam aliter probare, in probatione vero defecerit, aut non ſit; Unde nec noſtrum erit diſtinguere, ſed cum legibus generaliter loquentibus generaliter loqui, & indiſtincte delato juramento locum facere, circumſtantiis id exigentibus.

arg. *l. 8. ff. de publ. in rem. act. junct. d. l. 34. §. 6. l. 38. ff. l. 9. C. de jurejur. l. 35. pr. ff. eod.* ibi: omnibus probationibus aliis deficientibus &c, *l. 25. §. pen. de probat. l. pen. pr. C. de reb. cred. l. ult. §. 10. C. de jur. delib.*

maxime cum eum in finem juramenti delatio 37
inventa & approbata fuerit, ut probationum defectus hoc modo ſuppleatur.

c. *2. X. de probat.* vid. omnino Vinn. *lib. 1. qu. ſelect. c. 42.* Henr. Nebelkræ *dec. 12.* Ant. Teſſaur. *dec. 93.* B. D. Lauterbach. *de Jurament. §. 4. n. 79.*

Et in terminis, quod in materia defloracionis & imprægnationis etiam locus ſit huic juramento, tradunt

Mev. *ad Jus. Lub. p. 4. tit. 5. art. 1. n. 18.* ubi addit hoc cum Caſpar cui delatum vel præſtari vel referre cogi Anton. Teſſaur. *in addit. ad Deciſ. ſui Patris Ant. Teſſauri dec. 3.* Ant. Faber. *Cod. Sabaud. lib. 9. tit. 7. d. 6.* qui ut de delatione ejus reo facta loquuntur, ſic de eodem Actrici deferendo aguntLinglois *dec. 9. q. 6.* Speidel. *voc. Kindsſchwängerung.* & B. D. Bardili *de ſatisfact. ſtupratæ membr. 3. n. 25.*

Welchem nach alſo, wann Klägerin vor und 38
zu der Zeit, da Beklagter mit ihr zu thun gehabt, auch von andern ledigen Burſchen einen verdächtigen Zuwandel gehabt, und deßwegen berüchtiget geweſen, kan forderiſt nach Maßgab Fürſtl. Würt. Landrechts,

p. 1. tit. 27.

von Beklagten der Ayd der Boßheit auffgenommen werden, daß er nicht aus gefährlichem und böſem Fürſatz, ſondern allein aus erheiſchender Noth der Sachen von Klägerin den ihr deferirten Ayd erfordere, ſo dann Klägerin darauf angehalten werden, das ihr von Beklagten deferirte Juramentum judiciale zu præſtiren und abzulegen, zu dem Ende folgende Interlocutoria zu publiciren.

Interlocutoria.

In Sachen Rechtens ſich haltend, zwiſchen 39
Agnes Eckhartin von Weyl im Schönbuch, mit Beyſtand ihres Kriegs- Vogts, Hanß Michel Löfflers, Klägerin Eines; Entgegen und wider Hanß Brennenſtuhl daſelbſt, mit Beyſtand ſeines Vatters, Beklagten andern Theils, iſt hiemit der Beſcheid, wird Klägerin, jedoch auf des Beklagten vorabgelegten Ayd der Boßheit darſtehen, ihre Hand-Treu geben, und darauff einen leiblichen Ayd zu GOtt dem Allmächtigen ſchwöhren, daß ſie noch eine reine ohnverletzte Jungfrau geweſen, als ſie ſich mit Beklagten fleiſchlich vermiſcht, auch ſonſt mit keinem andern zu ſchaffen gehabt, daraus diß im Frühling Anno 1706. gebohrne Kind entſpringen mögen, ſoll ſolches gehöret werden; Sie thue nun dieſes oder nicht, ſoll nichts deſto weniger geſchehen und ergehen, was recht iſt.

Vor würcklicher Abſchwöhrung dieſer Ayde iſt beeden Theilen ernſtlich und beweglich das

Gewissen zu schärffen, die zeitliche und ewige Straffe des Meineyds nach Gnüge zu erklären, und sie wohl zu erinnern, ihnen solche nicht durch falsch schwöhrenden Ayd über den Hals zu ziehen.

40 Wägerte sich nun Beklagter den Ayd der Boßheit abzulegen, wäre auch Klägerin nicht schuldig den ihr deferirten Ayd zu præstiren, per *l. 37. de jurejur.* vi cujus legis quippe hoc Actrici delatum juramentum pro præstito habendum foret Carpz. *p. 1. c. 12. d. 28. & in Proceſſ. tit. 12. art. 1. n. 54. ſeqq.*
leget er ihn aber unerschrocken ab, so muß sie gleichfalls den ihr sub ista conditione injungirten Ayd abschwöhren, wann sie es anderst mit gutem Gewissen thun kan, und da es würcklich geschehen, so wird in beeden diesen Fällen folgende Definitiva, (in deren priori casu nur die Worte: abgelegten Ayd, auszulassen) darauf publicirt.

Definitiva in casu præstiti ab A juramenti.

41 In vorgemeldter Sache zwischen ernandten Partheyen ist auf Klage, Antwort, abgelegten Ayd, und all ander Gerichtliches Fürbringen, nach gethanem Rechtsatz, genommenem Bedacht und gehabtem Rath, mit Urtheil zu Recht erkandt, daß Beklagter als Vatter des von Klägerin im Frühling des 1706ten Jahrs gebohrnen Kinds, der Klägerin die Unkosten, so auf die Kindbett, Erhaltung des Kinds so lang es gelebet, gebrauchte Artzney und Begräbniß gegangen, mit 10 fl. zu ersetzen, so dann ihr für das Kräntzlein 20 fl. samt den auffgewandten Gerichts-Kosten auf Richterliche Mäßigung zu bezahlen schuldig und verbunden seyn soll.

Falls aber Klägerin aus Trieb bösen Gewissens, den ihr deferirten Ayd nicht ablegen könnte noch wollte, weil sie keine reine Jungfrau mehr gewesen, und mit andern auch zu thun gehabt, daß sie also nicht wüste, von wem das Kind eigentlich hergekommen, wäre Beklagter zu absolviren durch nachstehende Urtheil,

Urthel in casu recusati ab A. juramenti.

In vorerwehnter Sache zwischen 42
ermeldten Partheyen ist auf Klage, Antwort, deferirt und verwägerten Ayd, auch all ander Gerichtliches Fürbringen, nach gethanem Rechtsatz, genommenem Bedacht, und gehabtem Rath, mit Urtheil zu Recht ferner erkandt, daß Beklagter von der wider ihn erhobenen und angestellten Klag zu absolviren, inmassen wir ihn denn davon hiemit absolviren und entbinden, die beyderseits auffgeloffene Gerichts-Kosten aber gegen einander compensiren und vergleichen.

Welche Urtheile ich, salvo melius sentientium judicio, nach Beschaffenheit der Sachen und Unterscheid der Fälle, Ablegung oder Verweigerung des per Interlocutoriam bestättigten Juraments, den Rechten und der Billichkeit gemäß zu seyn erachte, und dieses meinen Hoch- und vielgeehrten Herrn und Freunden, zu verlangter Rechtlichen Nachricht dienstlich anfügen, mithin nechst Göttlicher Schirms-Empfehlung verharren wollen

Meiner Hoch- und viel-geehrten Herrn und werthen Freunde

Tübingen den 30. Sept. 1707

Dienstwilligster
Gabr. Schweder, D.

CONSILIUM CXXXIV.

DE

Re deposita citra Depositarii ad minimum latam culpam amissa, per consequens ad illius restitutionem ipsum non obligando.

SUMMARIA.

Introitus sub num. 1.
2. Ratio dubitandi prima.
3. Culpam satis magnam committit, qui rem magni valoris suæ fidei concreditam in arcam haud bene clausam reponit.
4. Ratio dubitandi secunda.
5. Ratio dubitandi Tertia.
6. Ratio dubitandi quarta.
7. Ratio dubitandi quinta.
8. Deponens in substrato mediante juramento se potest liberare.
9. Depositarius ad doli & latæ culpæ præstationem solummodo tenetur.
10. Ratio hujus.
11. Lata culpa juxta Nervam quid?
12. Juxta præcedentem definitionem culpa lata in concreto intelligenda est.
13. Ratio cur depositarius in præsenti adrei depositæ, deperditæ restitutionem haud teneatur.
14. & 15. Depositarius an etiam ad levis culpæ præstationem sit obligatus.
16. 17. 18. & 19. In casu proposito levis culpa non attenditur.
20. Factum absque prævia negligentia & culpa non committitur.
21. Amissio rei depositæ pro casu fortuito suo modo tali hic habetur.
22. Respondetur ad contraria superius adducta & quidem ad primum.
23. Secundum.
24. Tertium.
25. Quartum.

1 ALs uns Decano und übrigen Doctoribus der Juriſten-Facultæt bey gemeiner Hochfürſtl. Würtembergiſchen Univerſitæt Tübingen vorſtehende Species Facti mit Beylagen von Lit. A. biß N. zugeſandt worden, um unſer Rechtliches Gutachten darüber zu erſtatten, und ſchrifftlich zu communiciren; So haben wir nicht ermangelt, dieſelbe obhabenden Pflichten gemäß mit gebührendem Fleiß zu durchleſen, reifflich zu erwegen, und in verſammletem Collegio ſorgfältig nach Nothdurfft davon zu deliberiren, da wir dann in gepflogener Conſultation einmüthig dafür gehalten, daß die gantze Sache hauptſächlich darauff beruhe:

Ob Herr Hauptmann B. als Depoſitarius für das ihm von Herrn Lieutenant Salomon S. ceu deponente anvertraute Säcklein mit Geld, darinnen bey 700. fl. geweſen zu ſtehen, und nachdem es verlohren gangen, und hinweg gekommen, deſſen Erſtattung zu thun ſchuldig und verbunden ſey?

2 Welches primo intuitu zu affirmiren ſeyn ſcheinet, erſtlich weil Herr Hauptmann darinn kein geringe culpam committirt zu haben beſchuldiget wird, daß er das ihm anvertraute Geld in eine Truch gethan, die nicht zum beſten verwahrt geweſen, indem er zwar zwey Schlöſſer davor gelegt, die aber ein Schlüſſel wie geſperret, alſo geöffnet, und nach der zur Inſpection adhibirten beyder Schloſſer Ausſage gar leicht können auffgemacht werden, wie ſolches durch fremde Schlüſſel in Gegenwart obbeſagter zwey Schloſſer probirt, und ausfündig gemacht worden.

3 Culpam enim haud levem, ſed ſatis magnam committere videtur, qui rem magni valoris cuſtodiæ ac fidei ſuæ concreditam reponit in arcam vel ciſtam haud bene clauſam & munitam, ſed quæ facili negotio clave quavis reſerari ac effringi poteſt.

Gravetta *Conſ. 953. num. 3.* Pruckman. *vol. 1. conſ. 41. num. 14.*

4 Und 2.) die Kiſten nicht, wie er ſonſten in Gewohnheit gehabt, obſignirt und verpitſchirt, ſondern unverpitſchiret fortgeſchickt, ſo weit und lange Zeit, nemlich erſtmahls zwey, und hernach auf die acht Wochen herum ſchleppen laſſen, daher man nicht wiſſen kan, ob ſie geöffnet, und das Geld heraus genommen worden ſey oder nicht, da er, wann er fürſichtig handlen wollen, ſeiner Gewohnheit nach die Truch hätte obſigniren und verpittſchiren ſollen, ſo hätte man ſehen können, ob ſie wäre geöffnet worden.

5 3. Iſt es keine geringe ſondern zimlich groſſe Negligenz, daß da die geflehnte Baga-

ge und dieſe Truche erſtmahls den 3. Junii bey Schorndorff fortgeſchickt worden, und den 17. Ejusd. bey Barcken wieder zuruck gekommen, Herr Hauptmann dem Lieutenant nichts davon geſagt, noch ehe er ſie das andere mahl den 22. Junii bey Ickingen wieder fortgeſchickt, ihne gefragt, ob er ſein Geld wieder zu ſich nehmen, oder wiederum mit fortgehen laſſen wolle, ſondern ohnangefragt das Geld wieder mit fortgeſchickt, wofern es nicht geſtohlen worden ehe die Truch das andere mahl fortgeſchickt worden, wie wir allerdings den Argwohn haben.

6 Noch eine gröſſere Negligenz wird 4. Hrn. Hauptmann deßwegen imputirt, daß ehe das andere mahl die Truch fortgeſchickt worden, er ſelbe ſo offt in Gegenwart anderer verdächtiger Leuthe ausgepackt, und des Lieutenants Beutel mit dem Geld neben den Kleidern und weiſſen Zeug auf dem Tiſch und Bette herum liegen gehabt, da data occaſione leicht des Lieutenants Beutel mit dem Geld entfremdet werden können. Geſtalten der Fourier Buch lit. A. num. 7. deponirt, daß da Herr Hauptmann den 21. Junii ihm des Lieutenants Beutel mit dem Geld gezeiget, und aus ſeinem eignen Geld-Beutel 60. Louis d' Or heraus genommen, habe er zwar durch den Fourier-Schützen ein Liecht bringen laſſen, ſeinen Sack oder Beutel wieder zu verpitſchiren, auch ſelbigen obſignirten in die Kiſten gethan, und ſelbe beſchloſſen, als er aber Abends um Liecht-Zeit wieder zum Herrn Hauptmann gekommen, hab er geſehen, daß indem er mit ſeinem Fourier-Schützen Weygandt des weiſſen Zeugs halber gezancket und geſchmählet, die Compagnie-Bücher ſambt dem Geld-Beutel und dem Kleid aus der Truch wieder auf dem Tiſch gelegen, worüber er Fourier fortgangen und nicht geſehen, wie oder wann die Truch wieder eingepackt worden, und ob des Lieutenants Beutel mit dem Geld wieder hinein gekommen oder nicht. Und dieſer Fourier-Schütz Weygand, mit dem Herrn Hauptmann den Diſput und Zanck des weiſſen Zeugs halber gehabt, habe des andern gefolgten Tags deſertirt, daher ein groſſer Argwohn entſtehe, daß ſelbiger das Depoſitum ſubtrahirt haben möchte, zumahlen da Hannß Michel R. Herrn Hauptmanns von H. Reut-Knecht an Eydes-ſtatt deponiret, daß der Fourier-Schütz Weygandt des Tags vorher, ehe er deſertirt, als er ihm zugemuthet, ſie wollen ein Glaß Wein mit einander trincken, zur Antwort gegeben, er habe kein klein Geld, ſondern nur Gold bey ſich, er habe bey einem Muſquetirer wollen wechſeln laſſen, ſo habe er nicht gewollt, auff befragen, wo er ſolches hergenommen, habe Fourier-Schütz geantwortet, er habe es auff dem Marche Beuth gemacht, des gefolgten Tags habe er vernommen, daß der Fourier-Schütz Weygand durchgegangen ſey, wodurch der

der Argwohn, daß dieser Fourier-Schütz, dem Herrn Hauptmann wegen vor zwey oder drey Jahren bey ihm gefundener Dieb-Schlüssels oder sogenandten Diedrichs ohne dem nicht viel getrauet, des Lieutenants Geld, ehe es auf die Kaletsch gekommen, worauff er die Truch selbst bringen helffen, entwendet habe, vergrössert worden, so daß Herr Hauptmann selbst, so bald er vernommen, daß er desertiret, auf den Argwohn gefallen, und gemeldt, der Kerl werde ja nicht über seine Kisten gekommen seyn, besagt Lit.

7 H. Welche Entwendung bey den Umständen 5.) so leichter durch den Fourier-Schützen oder sonst jemand geschehen können, wenn wahr wäre, daß der Herr Hauptmann zimlich betruncken gewesen, und dieselbige gantze Nacht ein verdächtige Person bey sich im Zelt gehabt hätte, wie er beschuldiget wird. So er aber beedes negirt, und nicht auf sich kommen lassen will, gleich wie er auch durchaus nicht will gestehen, daß er den 21. Junii nachdem er in Beyseyn des Fouriers Buch die Kiste beschlossen gehabt, selbige nochmahls Abends um Liecht-Zeit geöffnet, und etwas heraus gethan, sondern beständig vorgiebt, daß um selbige Zeit allein der Mantel-Sack geöffnet, und der weisse Zeug aus selbigem heraus gethan worden.

8 Allein kan Herr Hauptmann sich von der ihm in diesen Stücken imputirten Schuld per Juramentum worzu er sich allenfalls eventualiter selbst offeriret, purgiren, wann er mit abgeschwohrnem leiblichen Ayde erhärtet, daß er des Lieutenants doppelt verpitschirtes Geld-Säcklein wie er es den 21. Junii Nachmittag dem Fourier Buch gezeiget, gewisen in die geflehnte Truchen hinein gethan, nachgehends auch dieselbe den Tag und vor der Abfuhr nicht mehr geöffnet, oder da er sie gleich nochmahls geöffnet, doch auch zum andern mahl unfehlbar das Säcklein wiederum hinein gethan, und die Kisten oder Truch recht wieder beschlossen, und biß sie auf die Kaletsch gebracht worden, im Zelt wohl verwahret, und wann er diß per Juramentum erhält, so sehen wir nicht, wie Herr Hauptmann schuldig erkannt werden könne, vor das ihm von Hrn. Lieutenant anvertrauete Säcklein mit Geld zu stehen, und weil es verlohren worden, und hinweg kommen, den Verlust und Schaden zu ersetzen angehalten wer-

9 den möge. Denn er ceu Depositarius weiter nicht als ad dolum & latam culpam præstandam gehalten.

Natura enim contractus depositi ad nihil aliud adstringit depositarium, quam ad dolum & latam culpam,

§. 3. Inst. quib. mod. recontrah. oblig. l. 1. §. fin. l. 32. ff. depos. l. 1. C. eod.

10 quia depositum regulariter solius deponentis gratia, ut res ipsius custodiatur, contrahitur, depositarius autem nullum commodum inde sentit; Quoties verò contractus solius dantis causa celebratur, accipiens saltem de dolo & lata culpa tenetur.

l. 5. §. 1. ff. commod. lit. 23. ff. de reg. jur.

hinc depositarius ultra non tenetur, quam si dolo & lata culpa ejus aliquid factum fuerit.

d. l. 1. §. fin. l. 32. ff. l. 1. C. depos. cit. §. 3. Inst. qb. mod. recontrah. oblig. l. 23. ff. de R. I.

Lata autem culpa in hoc contractu ex de- 11
finitione Nervæ JCti in *d. l. 32.* est, quando non ad suum modum diligens est, h. e. non tantam in rebus depositis custodiendis diligentiam præstat, quantam in rebus propriis adhibet, cum salva fide minorem iis, quam suis rebus diligentiam adhibere nequeat.

Wesenbec. *in paratit. l. ff. depos. num. 14.*

Culpa enim lata hic in concreto intelli- 12
genda est, ut si depositarius in rebus suis exactissimam diligentiam adhibeat, diligentissimus quoque esse debeat in custodiendis rebus depositis, sique se talem non exhibeat, levissimam quidem culpam committat in abstracto, latam tamen in concreto; econtrà in rebus depositis custodiendis ignavissimus excusetur, si eodem modo res suas tractet, licet eam diligentiam non adhibuerit quoque quam hominum natura in abstracto desideret.

dd. txx. Bachov. *vol. 1. Disp. 26. th. 2. lit. B. C. D.* Brunnemann. *in d. l. 32. num. 5.* Frantzk. *Ex. 9. q. 9. & ad Pandect. tit. depos. n. 70.*

Weil er Herr Hauptmann nun sein eigenes 13
ob gleich in der Summa wohl mehr ausmachendes Geld mit des Herrn Lieutenants ihm anvertraueten Geld in eine Truch gethan, und das seinige besser nicht dann dieses verwahret, sondern diß gleich dem Seinigen auffgehoben, so kan er deßwegen nicht gefähret, noch ihm so viel beygemessen werden, daß er dem Herrn Lieutenant den Verlust seines Gelds de suo proprio ersetzen müste.

Und obwohl in gewissen Fällen der Depo- 14
sitarius auch de levi culpa gehalten, und zwar in specie auch alsdann, wann er sich zum Deposito selbst offeriret.

C. 2. X. depos. l. 1. §. 35. ff. depos. ibi Brunneman.

Daher Herr Hauptmann Behringer gleich- 15
falls hier ad illam culpam obligirt zu seyn scheinen möchte, weil er dem Lieutenant S. im Lager bey Schorndorff bedeutet, daß er seine Kaletsch mit seiner Bagage hinweg zu schicken gesonnen, und angetragen, wann er etwas mit zugeben, könne ers mitschicken, welches er für bekannt angenommen, mit

Ver-

Vermelden, ſein Geld ſey ihm ohne diß zu ſchwehr im Sack zu tragen, und ihm darauff den 2. *Junii a. c.* als er commandiret worden, durch ſeinen Sous-Lieutenant ſein Geld *à 700. fl.* in einem ledernen Beutel verpittſchirt zugeſchickt.

16 So ſtehen wir doch ſehr an, ob dieſes pro tali oblatione gradum præſtandæ culpæ augente gehalten und angeſehen werden könne, denn Herr Hauptmann *Lit. L. & N.* ſich wohl dahin verantwortet: Daß er ſeinen beeden Herren Lieutenanten und Herrn Fändrich von dem Befehl der hohen Generalitæt Part geben, ſo wer mit der groſſen Bagage ſo fortgehen würde, etwas mitgeben wolte, es thun könnte, nicht deßwegen, und eo animo daß er ſich oder ſeine Bagage damit beſchwehren, und das ihrige in ſeine Verwahrung nehmen wolte, weil ein jeder von ſeinen Officiers zwey Pferdt vor ſich gehabt, daß ihre damit wohl fortzubringen; Als aber Herr Lieutenant S. ihn erſucht, ſein Geld in Verwahrung auffzunehmen, und zu dem Seinigen in ſeine Truchen zu thun, auch damit fort zuſchicken, habe er es ihm nicht abſchlagen können, und als ers ihm durch ſeinen Sous-Lieutenant geſchickt, es ſo gut als das Seinige verwahrt:

17 Habe ſich alſo zum Depoſito nicht offerirt der Jntention, daß er ihm davor reſponſabel ſeyn wolte, weiter nemlich, als er de jure davor zu ſtehen ſchuldig, geſtalten wann Herr Lieutenant dieſes von ihm begehret, er es auff dieſe Condition nicht angenommen haben würde, indem er ja ſein eigenes, ſo von mehrer Importance, über Land müſſen hazardiren, es ſey des Lieutenants Geld in der Kiſten bey dem Seinigen unter gleichen Schlöſſern gelegen, könne alſo nicht dafür, daß jenes per furtum ſubtrahirt worden, und das Seinige geblieben, es hätte ja können geſchehen, daß das Seinige wäre durch untreue Hand verruckt und entzogen worden, und dem Herrn Lieutenant das Seine geblieben, da er es auch hätte haben müſſen.

18 Es ſey nicht unter ſeinen Handen verlohren, noch ihm bekandt, durch wen oder wo es entwendet, es ſey die Truche zwey völliger Monath lang ob temporis injuriam drauſſen herum geſchleppet worden, habe fleißige Hüter und Wächter dabey gehabt, die darauff Achtung geben ſollen, und die de exacta ſua diligentia gute Atteſtata beygebracht, *lit. D. & Lit. F.* daß alſo das Furtum, wodurch des Lieutenants Geld auſſer der Truch entwendet worden, pro mero caſu fortuito zu halten, den er zu præſtiren nicht verbunden.

19 *l. 23. ff. de Reg. jur. l. 1. C. depoſ.* Carpzov. *lib. 5. reſp. 13. n. 2. 3.* ubi *n. 19.* in caſu non adeo diſſimili Scabini Lipſienſes ita quoque notanter reſponderunt: Hat ein hoher Kriegs-Officier, von welchem eure Frage meldet, *Anno 1636.* in einem verwahrten Kaſten etliche ſtattliche Fahrniß und Kleider, d. bey auch ein ſchwartz Säcklein mit 450. Ducaten geweſen, eurem Vatter aufzuheben gegeben, worüber er eine Deſignation derjenigen Stücke, ſo in den Kaſten gelegt worden, unterſchrieben, und ſich zu derer Reſtitution verbunden, darauff ſelbigen Kaſten in ſeine Schlaff-Cammer ſetzen laſſen, und ſolchen gleich andern ſeinen Sachen verwahrlichen enthalten. Als aber vorbenennter Officier den Kaſten wiederum eröffnet, iſt das Säcklein mit dem Gelde, nicht mehr vorhanden geweſen, dannenhero er ſolches von eurem Vatter als dem Depoſitario wieder erſtattet haben will. Ob nun wohl derſelbe laut vorberührter Deſignation ſich zur Reſtitution derer im Kaſten verwahrlich gelegter Stücken verobligiret, und dahero der Officier auf ſolchen Schein die paratam executionem zu Erſtattung des Geldes wider euren Vatter als Depoſitarium ſuchen thut. Dieweil es aber dennoch damit dieſe Beſchaffenheit hat, daß beſagtes Säcklein mit dem Gelde unzweiffelhafftig caſu fortuito hinweg genommen, und entfrembdet worden, geſtalt denn der Kaſten verſchloſſen, und mit des Deponenten Pittſchafft unterſchiedlich verſiegelt, die Schlöſſer und Siegel auch bey der Wiederöffnung richtig befunden worden, daraus nothwendig zu ſchlieſſen, auch von Deponente ſelbſt nicht verneinet werden mag, es müſte das Säcklein mit dem Gelde, entweder bey dem Einlegen in Kaſten unter Handen hinweg kommen, oder doch hernacher doloſe und fraudulenter geſtohlen worden ſeyn, in welchem Fall aber ein Depoſitarius, ehe und zuvor ſein eigner dolus oder culpa lata vom Deponente klar erwieſen, dafür zu hafften und des Schadens einige Erſtattung zu thun, zu recht nicht verbunden, ꝛc. So mag auch bey ſo geſtalten Sachen die ſchleinige Execution, wegen des verlohrnen Geldes wider euren Vatter nicht angeordnet, noch derſelbe zu Wiedererſtattung deſſen angehalten werden, es könnte und möchte denn mehrbeſagter Officier, wie recht, erweiſen und beybringen, daß aus eures Vatters hohen Nachläßigkeit oder Betrug obangeregtes Säcklein mit dem Gelde verlohren worden und hinweg kommen, inmaſſen ihm dann ſolchen Beweiß zu führen vor allen Dingen obliget: Auff ſelbigen Fall hätte ſich mehr bemeldter euer Vatter der Reſtitution nicht zu entbrechen von Rechtswegen.

20 Und obwohl das Furtum ein ſolcher Caſus iſt, qui non facile contingere ſolet absque prævia negligentia & culpa ejus, qui rem in cuſtodiam ſuam recepit

l. 52. §. 3. ff. pro soc.

So ist doch solches wo nicht gar de levissima, jedoch wenigstens de levi culpa ejus, cujus custodiæ res commissa, zu verstehen, welche Culpam der Depositarius nicht zu præstiren, sondern allein de dolo & lata culpa in concreto gehalten, wie oben angezeiget, davon aber ist Herr Hauptmann præstito prædicto Juramento frey, weil er des Lieutenants Geld so gut, als sein eigenes in einer Truch unter gleichen Schlössern verwahret, und hat er vorhin nicht gewußt, daß die Schlösser so leicht geöffnet werden können, wie sich ex postfacto gefunden, und durch die zur Inspection hernach gebrauchte beyde Schlosser probirt worden, zudem hat die Regul: Furtum præsumi fieri culpa custodis, zerschiedene Abfäll, in quibus pro mero casu fortuito habetur.

vid. Mascard. *de probat. concl. 829. n. 13.*
Menoch. *lib. 6. præsumpt. 61. n. 34.*

21 Darunter auch dieser suo modo wohl kan referiret werden, da die Truche unter zugegebener treuer Leuthe und Hüter Auffsicht so weit und lange Zeit ohn des Herrn Hauptmanns Verschulden herum geschleppet worden, daher wann Herr Hauptmann sich per Juramentum purgirt von der ihm imputirten Schuld, und jurato erhält, daß er die Truch, nachdem er sie den *21. Junii anni currentis* Nachmittags in Beyseyn der Fouriers, nach herausgenommenen 60. Duplonen von seinem Geld, beschlossen, nicht erst gegen Abend bey Liecht in Beyseyn des verdächtigen Fourier-Schützens Weygands geöffnet, und diesem oder andern verdächtigen bey sich gehabten Personen dadurch zur Entwendung Gelegenheit gegeben, so wird er billich von der Ersetzung des verlohrnen Gelds absolvirt, ohnerachtet obig angeführter Rationum Dubitandi.

22 Denn deren Erste nicht stringiret, weilen Herr Hauptmann die Truch vor wohl beschlossen gehalten, und nicht gewußt, daß die Schlösser so leicht zu öffnen, sonst er sein eignes Geld, so ihm so lieb als dem Lieutenant das Seine, und mehrers ausgetragen, nicht hinein gethan haben würde, darinn zu flehnen, daß er nicht darum käme, sondern würde im Fall er jenes gewußt, gewiß getrachtet haben, daß sie besser mit andern Schlössern versehen worden wäre, ehe er das Geld hinein gethan, indem er aber das Seine mehr ausmachende Geld, so wohl, als des Herrn Lieutenants Geld, darein gethan, kan ihm lata culpa in concreto considerata à depositario præstanda nicht imputiret, noch er deswegen ad amissæ pecuniæ restitutionem condemniret werden.

23 2.) Hat er nicht in der Gewohnheit gehabt, die Truche allemahl zu verpitschiren oder versiegelt, denn solches mehr nicht, als einmahl bey Streitwehr geschehen, und hätte die Sieglung die Entwendung nicht verhindern können, bey dem, der diese zu thun ihm fürgenommen, und darzu Zeit und Gelegenheit ausersehen, wie obiges Præjudicium bey dem Carpzovio solches bezeuget; So wird nirgends in Jure specialiter erfordert, cistam alias clausam in deposito obsignatam esse debere.

Pruckman. *vol. 1. cons. 41. num. 39.*

24 3.) So grosse Schuld Herr Hauptmann committirt, daß er bey der ersten Zuruckkunfft der Truchen den Herrn Lieutenant nicht gefragt, ob er sein Geld wieder zu ihm nehmen, und bey sich behalten, oder wiederum mit fort gehen lassen wolle, eben so grosse Schuld hat auch Herr Lieutenant begangen eo ipso, daß er nicht nach seinem Geld gefragt, denn wann er gleich nicht gehört hätte, daß die Bagage und die Truche bey Barcken wieder gekommen wäre, so ihm doch schwehrlich wird verborgen gewesen seyn, hätte er doch billich einmahl nach seiner Sache fragen sollen, wann er pro diligente Patrefam. hätte wollen angesehen und gehalten seyn, wird also culpa unius cum culpa alterius nicht unbillich compensirt.

arg. l. 39. ff. solut. matrim. dos quemadmod. repet.

25 Die 4.) ihm imputirte Culpa wird durch den abgelegten Ayd purgirt, und folgt also billich darauff des Herrn Hanptmanns Absolution. Könnte aber Herr Hauptmann in Güte disponiret werden, daß er dem Herrn Lieutenant von freyen Stücken wegen seines erlittenen mercklichen Schadens einige Ergötzlichkeit angedeyhen liesse, und sich engagirte, es ihn auch hinkünfftig geniessen zu lassen, damit er seines Schadens auf andere Weise nach und nach wieder einkäme, dagegen er mit dem sonst abzulegen habenden Ayde verschonet bleiben solte, und solcher gestalten die Sache durch gütlichen Verglich gehoben und beygeleget werden, würde solches zu Beybehaltung guter Verständnus nicht wenig cooperiren und dienen, deßwegen ein solcher Vergliech durch den Herrn Obristen oder andere deputirte Officier mit allem Ernst und Eyffer zu tentiren, in Entstehung dessen aber die Sache gleichwohl mittelst des von Herrn Hauptmann ablegenden Eydes zu entscheiden.

Welches wir zu verlangter Rechtlichen Nachricht dienstlich nicht verhalten, und dieses mit unserer Facultæt gewöhnlichen Insiegel bekäfftigen wollen.

Actum in Collegio nostro d. 2. Novembr. Anno 1707.

CON-

CONSILIUM CXXXV.

CUJUS

Quæstio Prima, De Monasterio, absque Domini Teritorialis consensu, immobilia privatorum bona emendi, facultatem non habente: Secunda, de Domo, contra alterius præjudicium & damnum, exstructa, iterum diruenda ac prosternenda: Tertia, de Ædificio suo, murali ambitu, ob publicum inde proveniens damnum, non vallando: Quarta, de Electione novæ protectionis, priorisque desertione Monasterio non permissa: Quinta, de solutione floreni Rhenani, juxta tenorem Catastri, à Monasterio annuatim præstanda: Sexta, denique de Recusata duorum florenorum Rhenan. ex bonis quibusdam immobilibus, Monasterio annuatim incumbente præstatione, & exinde a Domino quæsita prædiorum privatione.

SUMMARIA.

Introitus sub num. 1.

2. Monasterium absque consensu Domini Territor. bona privatorum immobilia emere nequit.

3. & 4. Prout expressa statuta prohibitiva extant.

5. Cujusmodi statuta quidam improbant.

6. Quamvis frustra.

7. & 8. Ratio, cur contractus Emt. vendit. in substrato non valeat.

9. Consensus sub conditione datus, hac non impleta, consensus non datus præsumitur.

10. Ratio hujus.

11. Nemo de data sibi injuria queri potest si habet, quod ipsi debetur.

12. & 13. Unicuique in solo suo pro lubitu ædificare permissum est.

14. & 15. Ratio cur prædicta regula in substrato locum non inveniat.

16. In ædificando nostro in alienum immittere nil debemus.

17. Inprimis animadvertendum est, ne publicis locis incommodum afferatur.

18. Ratio cur in proposito exstructa domus valide iterum dirui ac prosterni possit.

19. Interdictum quod vi aut clam quid.

20. Actio negatoria an in præsenti possit institui?

21. Ædificia sua securitatis gratia murali ambitu vallare concessum.

22. Cessat tamen regula hoc in casu.

23. Ex ratione hic subjuncta.

24. & 25. An subditi in alterius Domini protectionem libere se conferre possint?

26. & 27. Quod ex adductis hic rationibus rectius negatur.

28. Datur tamen exceptio.

29. Quid in substrato dicendum?

30. & 31. Qualis valor intelligendus, si, in instrumento quodam, floreni Rhenani simpliciter talis mentio fit, nec non quomodo & quid solvendum?

32. Quid econtrario dicendum, si florenus Rhenanus aureus ibidem reperiatur expressus?

33. In substrato catastrum inspiciendum.

34. Monasterium an possit privari bonis immobilibus, sub certa lege ipsi concessis, ob duorum florenorum Rhenan. renitentem annuam solutionem?

(*) *Feloniæ descriptio.*

35. Circa quam quæstionem notabilis distinctio adhibenda.

I ES uns Decano und übr'gen Doctoribus der Juristen-Facultæt bey gemeiner Hochfürstl. Würtembergischen Universitæt Tübingen beygehende Species Facti zugestellt worden, um unser Rechtliches Gutachten darüber, und die deroselben angehengte Fragen zu ertheilen; So haben wir nicht ermangelt, dieselbe in reiffe Deliberation zu ziehen, und nach sorgfältiger Erwegung aller Umbstände in versammletem Collegio den einmüthigen Schluß dahin gefaßt, wie bey jeder Frage absonderlich zu vernehmen.

Die Erste Frage ist:

Weil wieder das Vorgeben daß Beichtiger Hauß nicht auf den eingetauschten Platz aufferbauet, sondern berührter Platz ohnbebauet blieben, und ein Garten dahin gepflantzt, welcher Garten und Platz de facto mit einer Mauer von 13. Schuhen hoch, da jedoch die Erstere nur von 9. Schuhen hoch gewesen, umfangen worden, ob nicht der getroffene Tausch von Sempronio zu cassiren, bevorab, wann Sempronius erbiethig, das ausgelegt oder auffgegebene Quantum zu refundiren, und das Wesen in pristinum statum zu setzen?

2 Welche wir dahin resolviren und beantworten, daß wann wir præsupponiren, daß das Clösterlein nicht befugt, der Privatorum bona immobilia an sich zu erhandlen, es geschehe dann solches cum consensu des Jurisdictions-Herrn, als zu dessen offenbahren Præjudiz selbiges gereichen würde, wann das Clösterlein nach und nach seiner Unterthanen Güter an sich ziehen und bringen wolte, deßwegen sich der Jurisdictions-Herr gantz recht und billich darwider setzt und nicht zugibt, daß das Clösterlein seiner Unterthanen Güter ohn seinen Consens oder Ratification an sich ziehe, immassen vieler Orthen, so wohl in als ausser Teutschland, auf gleiche Weise per statuta prudenter cavirt, daß der Privatorum bona nicht sollen auf die Kirchen, Clöster, und dergleichen Collegia Clericorum aut Monachorum transferiret werden, wie dergleichen Statutum in den Gülichischen Landen ist, so
3 verbietet, ne subditi bona sua immobilia in Ecclesias vel Ecclesiasticos transferant vel iis obligent, quod 3. Octobr. Anno 1560. in Camera Imperii approbatum refert Klock. *de contribut. cap. 12. n. 89.*

4 De simili statuto civitatis Colonienſis vid. Besold. *vol. 6. cons. 278. n. 34.* ubi præced. *n. 33.* refert Carolum IV. Imper. privilegio singulari Reipubl. Francofurtensi cavisse, *daß die Geistl. vvas ihnen von Weltlichen verschafft vvorden, in Jahrs-Frist an einen Burger zu verkauffen schuldig seyn sollen.*

5 Und ob wohl einige seyn, die ejusmodi statuta tanquam Ecclesiarum & Clericorum libertati & favori contraria improbiren. *per cap. 1. & C. fin. de immun. Eccles. in 6. c. 7. c. 10. X. de constit.* Paris. *vol. 1. cons. 26. n. 6.* Schurff. *c. 1. cons. 69. num. 26.*

6 So behaupten doch hergegen deren Bestand und demonstriren pluribus, quod omninò valida sint ejusmodi statuta & Reip. proficua Muscul. *de success. convent. num. 119.* Arum. *Discurs. Jur. Publ. vol. 2. Disc. 2.* Klock, *de contribut. cap. 12. n. 89. seq.* Conf. Marci Anton. Peregrini Patavini, Marc. Ant. Othelii & Joachim. Scaini Responsa pro Decretis Reip. Venet. apud Goldastum *tom. 3. Monarchiæ Rom. pag. 340. seqq.*

Und habe daher gedachtes Clösterlein mit 7
Herrn Sempronii Unterthanen N. N. um seine nächst am Clösterlein gelegene Hofraithen, darauff ein Beichtiger Hauß zu bauen, auff Sempronii Ratification gehandelt, welcher in Ansehung des auff solchem Platz erbauenden Beichtiger Hausses den Contract ratificirt, und sonst darein nicht gewilliget haben würde, sich dessen auch klärlich vernehmen lassen, und also non nisi sub illa conditione, wann ein Beichtiger Hauß auf den Platz erbauet werden solte, in dem Contract consentiret, und selben ratificirt; So können wir anders nicht 8
erachten, als daß Herr Sempronius, weil er gleichsam hintergangen, und jetzo das Beichtiger Hauß wider das Vorgeben auf den eingetauschten Platz nicht aufferbauet, sondern ein Garten dahin gepflantzet, und derselbe mit einer 13. Schuh hoch gemachter Mauer umfangen, das Beichtiger Hauß aber auf einen andern Platz gebauet worden, wohl befugt den getroffenen Contract zu cassiren.

Cum enim consensum suum sub dicta 9
conditione dederit, conditione illa non impleta, haud datus intelligitur consensus, defectus enim conditionis, sub qua datus, facit, ut pro non dato habeatur.

arg. l. 11. §. 1. ff. qui pot. in pign. l. 8. §. 1. ff. de peric. & comm. rei vend.

datus quippe videtur ob certam causam, 10
qua deficiente non datus censetur vel datio certe revocatur.

l. 1. §. 1. ff. de cond. caus. dat. non sec.

& limitata causa non potest non limitatum producere effectum.

l. 63. ff. de contrah. empt.

Und kan sich so weniger das Clösterlein de 11
ulla sibi illata injuria beklagen oder beschweren, wann es wieder bekommt, was es ausgelegt oder auffgegeben, und das Wesen in pristinum statum wieder gesetzt wird.

Die andere Frage:

Ob nicht Sempronius befugt sey, und erlangt Recht habe, den Bau des Beichtiger Hauses, wie er jetzo geführet worden, zu cassiren und abzuwerffen?

belangend, so waltet bey uns kein Zweiffel, 12
daß er nicht solte befugt seyn, und erlangt Recht haben, den zu seinem nicht geringen Nachtheil geführ-

geführten Bau des Beichtiger Hauses zu cassiren und abzuwerffen. Denn obwohl das Clösterlein denselben auf seinem Grund und Boden biß an wenige Schuhe geführet, und man dahero vermeinen möchte, daß ihm ja frey gestanden, wie und auff was Weise ihm gefallen, denselben zu führen,

13 Cum unusquisque in solo suo pro lubitu ædificare possit vi naturalis libertatis cuique in suo competentis, per tradita

Molinæ *de instit. & Jur. tr. 2. Disp. 709. n. 1.* Gail. *2. obs. 69.*

adeò ut tradant Dd. licere cuique in infinitum & ad cœlum usque ædes suas tollere.

l. 24. ff. de S. U. P. l. 8. l. 9. C. de servit. & aq. ibique Dd.

ædificium suum ampliare, ejus formam immutare & ex rotundis quadrata efficere.

Cothman. *vol. 2. cons. 93. n. 60.* Pfeil. *2. cons. 198.*

feneſtram in pariete, invito vicino facere.

arg. l. 8. §. 5. ff. si serv. vind. Cœpolla *de S. U. P. c. 62.* Sim. Pistor. *1. Cons. 12.* Carpzov. *p. 2. c. 41. d. 12.*

in summa quicquid lubet exstruere, etiamsi alteri ædificando in nostro noceamus, quia qui suo jure utitur, non videtur damnum dare.

l. 9. ff. de S. P. U. l. 26. ff. de damn. infect. l. 24. §. fin. eod. Cothman. *d. Cons. 93. n. 36.* Nicol. Everhard. *Jun. 1. cons. ult. n. 5. 6.* Quint. Mandos. *de Inhibition. q. 53.*

14 So ist doch zu consideriren, daß ob zwar das Clösterlein diß Beichtiger Hauß auff seinem Grund und Boden biß an ein Schuh vier (so man gleichwohl wider geschehene Protestation hinaus gefahren, und wiederrechtlich überbauet) jedoch auff einen solchen Ort, der niemahls die Gerechtigkeit einer Hofraithin gehabt, gebauet, und zwar solcher gestalten, daß es contra prohibitionem *l. 9. C. de ædific. priv.* gantz nahe an die Kirchhoff-Mauer gesetzt, so daß diese demselben vor eine Wand dienen müsse, so dann der Dach-Stuhl von einer Seiten in die Kirch-Mauer eingestossen worden, anderseits auff gedachter Kirchhoff-Mauer aufflieget, welches alles von dem Clösterlein propria authoritate ohn des Territorial-und Jurisdictions-Herrn des Sempronii gesuchten Consens und sein als der in hohen Herren-Diensten stehet, und daher meistens abwesend ist Vorwissen geschehen.

15 Ohne dessen Consens und Erlaubniß doch solches nicht geschehen sollen noch können, weil er neben dem daß er Territorial-und Jurisdictions-Herr in loco zugleich, auch der Kirchen und des Heiligen Patronus und Collator ist, zumahl die Kirchhoff-Maur, worauff das Haus gesetzet ist, und die demselben vor eine Wand dienen soll, nicht des Closters eigen, sondern der Kirchen, die nicht des Closters, sondern des Flecken ist, und von dem Heiligen erhalten werden muß, wovon gedachter Sempronius Patronus und Collator ist. Ob also wohl ein jeder auf seinen Grund und Boden, wann er darauff bleibet, und nicht darüber hinaus fähret, bauen mag was er will, so muß es doch also geschehen, ne in nostro ædificando quid immittamus in alienum. 16

l. 8. §. 5. ff. si serv. vind. l. 14. l. 17. pr. eod. Franc. Vivius *dec. Neap. 306. n. 11.* Cravetta *Cons. 94.* Mev. *ad Jus Lub. lib. 3. tit. 12. art. 7. n. 18.*

nec projecta aut mœniana supra alienum solum faciamus

l. 29. §. 1. ad L. Aquil. Mev. *d. art. tit. 13. n. 15.* Struv. *Ex. 13. th. 11.*

nec tectum nostrum ita porrigamus, ut stillicidium in vicini aream cadat.

Cœpolla *de S. U. P. cap. 41. n. 2.*

multo minus vero ædium nostrarum onus alterius parieti imponamus, nisi servitutis jure ab alio hoc impetraverimus.

l. 33. ff. de S. U. P. l. 6. §. 2. ff. si serv. vind.

& imprimis hoc animadvertendum, quod publicis locis, cujus generis quoque templa & ædes sacræ sunt, in nosto ædificando non liceat aliquod incommodum afferre, sed ædificium, ex quo vel metui possit damnum in opera publica redundaturum dirui ac prosterni non tantùm permissum, verum etiam præceptum sit. 17

l. 14. C. de oper. publ.

Weil also das Clösterlein multis modis contra hæc jura in suo ædificando peccirt, ist kein Zweiffel, daß Sempronius nicht bestens befugt seyn solte, und ergeben Recht haben, den Bau zu cassiren und abzuwerffen. Will er aber den gelindern Weg gehen, und sich der Rechts-Mittel darzu zu gelangen bedienen, daß das Clösterlein selbst den Bau wieder abbreche und demolire, so hat er darzu das Interdictum quod vi aut clam, ceu quod datur omnibus illis, quorum interest ad opus in re soli vi aut clam factum destruendum, 18

per tot. tit. ff. quod vi aut. clam.

Wann der Bau erst inner einem Jahr geführet, und zum Stand gebracht worden,

Nam interdictum hoc annale est, & eo agens repellitur exceptione præscriptionis annalis, 19

l. 15. §. 3. & 4. ff. quod vi aut clam, ubi simul innuitur, quod annus cedere incipiat, ex quo id opus factum perfectum est aut fieri desiit licet perfectum non sit.

20 Wäre es aber länger, daß man sich des Interdicti nicht mehr bedienen könnte, ob jam factam præscriptionem, so stünde noch frey actionem negatoriam zu instituiren, per tradita

Carpzovii *p. 2. c. 3. d. 19.* ubi asserit & præjudicio probat quod hac actione quis ad 30. usque annos contra ædificium non jure exstructum experiri possit.

Drittens wird gefragt:

Ob gedachtes Clösterlein berechtiget, ohne Vorwissen und habenden consens des Jurisdictional-Herrns ihr Clösterlein und anbey liegende Gärten mit einer Mauer zu umringen, und umfangen?

21 Welches Anfangs ebenmäßig erlaubt zu seyn scheinen möchte, vi illius regulæ quod quilibet in suo solo pro lubitu ædificare possit & securitatis ergò ædificia sua murali ambitu vallare concessum sit expresse.

l. 10. C. de ædif. privat.

22 Allein weil das Clösterlein dadurch intentirt alles, was in dem Umfang der Mauer begriffen und enthalten, der weltlichen Jurisdiction zu entziehen und zu eximiren, auch dadurch nicht nur dem Jurisdictional-Herrn, sondern zugleich der gantzen Nachbarschafft der Ruin zugezogen werden kan, wann sich in Kriegs-Zeiten einige Mannschafft hinein wirfft, ja das Clösterlein selbst schon einmahl einig bewehrte Mannschafft wegen mit Sempronio gehabter Strittigkeit wider ihne von einem benachbarten Stande, den es um Schutz und Hülffe wider Sempronium implorirt, eingenommen gehabt, so widersetzt sich Sempronius billich diesem Beginnen, und läßt solches nicht zu.

23 Nam Jura non permittunt quicquam exstrui, quod publicæ obest utilitati.

l. 3. ff. de oper. publ. ibi materiam seditionis præbeat.

maximeque interest Reipubl. ne quilibet villam suam forti muro propria authoritate muniat aut castrum in suo exstruat, ideoque cautissime hoc concedendum subjectis à superiore, cui jus fortalitii merito tanquam Regale adscribitur.

Peretz. *ad tit. cod. de ædif. priv. n. 6.*

Spectat huc textus Juris Saxonici *lib. 3. art. 66.* Ita habens: Man mag auch wohl befesten einen Hof mit Zaunen oder mit Stecken, oder Mauren als hoch ein Mann reichen mag, auf seinem Roß sitzend, Zinnen und Brust-Wehr sollen nicht dran seyn.

Die vierte Frage

enthält:

Ob mehrgedachtes Clösterlein befüget, einen fremden Benachbarten vor einen Schutz- und Schirm-Herrn zu erwählen und anzunehmen?

24 Da man ersten Anblicks wohl erachten möchte, daß öffters ermeldtes Clösterlein solches zu thun freylich und in allwege befugt, weil das natürliche Recht selbst einem jeden erlaubt, vor seines Leibs und Güter Sicherheit zu vigiliren, und Schutz und Schirm bey einem andern suchen, dem Territorial- und Jurisdictions-Herrn nichts præjudicirt, indem dem gemeinem Sprich-Wort nach Schutz und Schirm keine Obrigkeit oder Jurisdiction dem Schutz-Herrn giebt über die Schirms-Verwandten, so den Schutz und Schirm ausbitten, sondern bleiben diese nach wie vor ihres Territorial- und Jurisdictions-Herrn Unterthanen, wie sie vorhin gewesen. Deßwegen viel vornehme JCti davor halten, daß eines Fürsten, Graffen und Herrn Unterthanen keinesweges benommen sey sich in eines andern Protection Schutz und Schirm zu begeben, noch einem Fürsten, Graffen und Herrn verwehret werden könne, daß er eines andern Standes Unterthanen in seinen Schutz und Schirm auffnehme, sie wider unrechten Gewalt zu schützen und zu beschirmen, veluti ita sentiunt

Schurff. *c. 3. cons. 23.* Gail. *2. O. 54. n. 4.* Sixtin. *vol. 1. Cons. Marp. 8. n. 104.* Kyllinger. *de Ganerb. Castr. Disc. 14. num. 14.*

moti imprimis dictis rationibus, quod nempe per receptionem in protectionem Juri Superioris Domini in subditos nihil detrahatur, protectione nullam jurisdictionem tribuente, sed qui in protectionem recepti sunt, nihilominus sub Magistratus sui ordinaria jurisdictione maneant, eique ut antea parere debeant 25

c. 8. c. 18. X. de privileg.

Cum ergo Magistratui Ordinario nullum inde generetur præjudicium, nihil illi obstare dicunt, cur subditis adimatur facultas se protectioni alterius committendi,

dict. Authores *cit. loc.*

maxime cum cura defensionis quærendæ sit juris naturæ & gentium.

l. 3. ff. de Just. & jur. l. 52. §. 1. ff. ad Leg. Aquil. cum similibus.

quæ vero Juris naturalis sunt nemini prohiberi possunt.

§. 11. Inst. de J. N. G. & C.

Aber

26 Aber weil solches, wann eines Fürsten, Grafen und Herrn Unterthanen ohn Einwilligung ihrer Herrschafft einen andern Stand zum Schutz und Schirm-Herrn annehmen, und sich in dessen Protection ohn Vorwissen ihres Herrn begeben wollten, nicht nur ihrem angebohrnen Landes-Herrn præjudicirlich, sondern auch seiner Dignitæt, Ehr und Reputation nachtheilig wäre, darzu gar leicht bey den Unterthanen Ungehorsam und Empörung wider ihre ordentliche Obrigkeit dadurch entstehen könnte, ist in den Reichs-Constitutionibus heylsamlich versehen, daß keiner des andern Unterthanen ohn ihrer Obrigkeit Wissen und Willen anders, denn wie es jederzeit bey Röm. Kaysern und Königen Herkommen ist, in Schutz und Schirm nehmen solle noch könne.

Aur. Bull. *cap. 15. & 16.* Rec. Imp. Spir. *de 1529. §. Wir auch Chur-Fürsten &c. 10.* ibi: *Desgleichen keiner des andern Unterthanen und Verwandten des Glaubens und andern Ursachen halber in sondern Schutz und Schirm wider ihre Obrigkeit nehmen sollen noch wollen.* R. I. Ratisbon. *de Anno 1541. §. und damit in Heiligen &c. 26.* ibi: *auch des andern Theils Unterthanen in Schuz und Schirm nicht annehmen, noch wider ihre Obrigkeit vertheidigen in keinen Weg.* R. I. Spir. *de 1548. §. Doch soll kein Stand &c. 83. Kayserl. Land Frid zu Augspurg de Anno 1548. §. 1.* ibi: *dass auch keiner des andern Unterthanen zu Ungehorsam wider ihre Obrigkeit bewegen, oder dieselben ohn gemeldter ihrer Obrigkeit Wissen und Willen anders, denn wie es jederzeit bey unsern Vorfahren Römischen Kaysern und Königen Löbl. Ged. und uns herkommen ist, in Schuz und Schirm annehmen soll.* R. J. Aug. *de Anno 1555. §. Es soll auch &c. 23.* Wurmser. *Ex. J. P. X. q. 11.* Linnæus *l. 4. cap. 8. n. 79. seq.*

27 Noch die Unterthanen befugt seyn sollen, bey andern Ständen Schutz und Schirm wider ihre ordentliche Obrigkeiten zu suchen.

Capitulatio Imper. Leopold. Glorioss. *art. 8. & 9.* Josephi *eod. art. 8. & 9. & dd. txx.*

28 Es sey denn, daß die Unterthanen dergleichen Recht durch Verjahrung oder Befreyung hergebracht, oder die uhralte Gewohnheit es also mit sich brächte, denn diejenigen, so von Alters Schutz- und Schirm-Herrn anzunehmen gehabt, können auch noch wohl in Schutz und Schirm seyn.

R. J. *de Anno 1544. §. Doch solt kein Stand &c. 83.* ibi: *Doch soll hiemit denjenigen, so hiebevor von Alters Schuz- und Schirm-Herrn anzunehmen gehabt, hierdurch nichts benommen, und dieselbe nicht gemeint seyn.* quæ sic repetuntur in R. J. Aug. *de Anno 1555. §. Es soll auch, &c. 23.*

29 Wann also das Clösterlein von der Zeit, daß es in Sempronii territorio sedem figirt, keinen andern Schutz-Herrn denn Sempronium gehabt, so wäre es auch nicht befugt, einen andern anzunehmen, hätte es aber gehabt, so müste es dabey gelassen werden.

Fünfftens ist die Frage:

Ob das Clösterlein die 2. Gold-Gulden in natura oder wenigst so viel die Gold-Gulden in Ermanglung, wann dergleichen nicht bey Handen oder zu haben, am Werth besagen zu bezahlen?

30 Auff welche wir antworten, daß der einhellige Schluß der bewehrtesten Rechts-Gelehrten dahin gehe, daß wann in einer Verschreibung, Obligation oder andern Instrument simpliciter der Rheinischen Gulden gedacht werde, solches nicht von Rheinischen Gold-Gulden in specie, sondern von so viel Gelds, als man vor einen Gulden nach Unterschied der Oerther oder Lande rechnet, zu nehmen, und zu verstehen sey, folglich der Debitor die verschriebene Summ nicht an Rheinischen Gold-Gulden in specie oder deren Werth zu erlegen verbunden sey, sondern der Creditor sich mit Müntze bezahlen zu lassen, und so viel current Geld als der Gulden an dem Orth, wo die Obligation auffgerichtet, gilt, anzunehmen schuldig, weil es durch gemeinen Gebrauch also eingeführet, daß wann einer jemanden eine Summa Rheinische Gulden zusaget, und nicht ausdrücklich dabey meldet, daß es Gold-Gulden seyn sollen, solches von gemeinen des Orths gangbahren Gulden nach Müntz gerechnet verstanden, und er also von seiner Obligation und Zusage befreyet wird, wann er v. g. hier zu Lande 15. Batzen bezahlt, denn das heisset man nach gemeinem Gebrauch zu reden Rheinische Gulden, darum daß der Rheinische Gulden erstlich auff eine solche Summa und Werth geschlagen worden.

31 Ut maxime enim florenus Rhenanus olim certa monetæ species fuerit ex auro Rhenensi cusa tot solidos minutos vel bacos valens, postea tamen usu & communi loquendi modo receptum, ut summa todidem solidorum minutorum vel bacorum floreni Rhenensis nomine venerit, propterea, quod inter aureum Rhenensem & simplicem florenum tot solidis vel bacis constantem quoad valorem extrinsecum nulla fuerit differentia.

Joh. Georg Krull *de Regal. monet. Jure. cap. 5. vers. Si in Instrumentis & obligationibus mentio fiat simpliciter florenorum Rhenensium &c.* Modest. Pistor. *vol. 2. cons. 27. n. 17.*

Eamque sententiam quod verba **Rheinische Gulden** simpliciter prolata de florenis usualibus **von Gulden in Müntze, nicht aber in Golde** accipienda sint, egregie & diserte confirmant.

Die Churfürstl. Sächsis. Lands-Ordnung p. 2. const. 29. add. Autor. Consult. Saxon. *l. 1. p. 5. cas. 18. pag. 117. & lib. 2. p. 5. q. 16.* Alemann. *Palæstr. Consult. 8. qu. princ. 1. part. 9. p. 447.* Mynsi. *1. O. 65. & 5. O. 83.* Kitzel *de Jure monet. cl. 2. q. 2. n. 6.* Bocer. *de Jur. mon. c. 2. n. 173.* Wehner. *voc. Gold-Gulden, Münz.*

32 **Ein anders aber ist, wann in einer Verschreibung,** Obligation **oder andern** Instrument **voll oder wohl-wichtiger Rheinischer Gulden, oder Rheinischer Gulden gut von Golde, und schwehr von Gewichte oder guter ganger recht gewogener Rheinischer Gulden, oder der Rheinischen Gulden in Golde** nominatim **gedacht wird, denn weil dergleichen Worte keiner andern Müntze als dem** aureo Rhenensi proprie & in specie sic dicto **oder dem** floreno Rhenensi ex auro facto **einen rechten Rheinischen Gold-Gulden** appliciret **werden können, so kan die Bezahlung nicht anders als mit Rheinischen wohl-wichtigen Gold-Gulden, wie die vor Alters gang und gebe gewesen und noch seynd, geschehen, und ist der** Creditor **nicht schuldig, sich mit anderer Müntze befriedigen zu lassen, sondern kan mit Fug und Recht drauff dringen, daß er mit guten Rheinischen Gold-Gulden, oder so viel Müntze als sie dermahlen gelten, bezahlet werde.** Sicut ita uno ore tradunt

Alemann. *d. Consult. 8. qu. princ. 1. part. 9. pag. 449.* Mynsing. *1. O. 65.* ubi duo præjudicia Cameralia refert. *& 5. O. 83.* Krull. *de regal. mon. jur. c. 5. vers. secus autem est.* Bocer. *d. c. 2. sub fin.* Kitzel. *de jur. monet. cl. 2. q. 2. sect. 1. n. 6.* Wehner. *d. voc. Gold-Gulden.* Besold. *Thes. Pr. voc. Gulden, Rheinische Gulden, &c.* ibique Diether. Klock. *vol. 2. cons. 39. n. 292. & cons. 40. num. 73.*

33 **Wann also in dem Läger-Buch ausdrücklich zweyer Gold-Gulden gedacht wird, so das Clösterlein Jährlich zu bezahlen, und zu liefern schuldig, so muß es dieselbe entweder in** natura **oder was sie dermahlen gelten, mit gangbahrer Müntze bezahlen.**

Sechstens wird gefragt:

Ob im Weigerungs-Fall Sempronius **sowohl diß als obig angezogener Ursachen halber berechtiget sey das Clösterlein der von ihm innhabender und genieſſender Lehen zu** priviren?

Da wir sehr anstehen, ob im Weigerungs- 34
Fall wegen der nicht bezahlt oder bezahlenden 2. Gold-Gulden und anderer obangezogener Ursachen halber Sempronius **zur** Privation **der Lehen, so das Closter von ihm hat und genießt, werde schreiten können, wann es rechte** Feuda **seyn, es sey denn, daß die 2. Gold-Gulden ein** Pars **dessen seyn,** quod loco servitiorum pro concessis feudis **ihm** Sempronio **als Lehen-Herrn zu** præstiren, **denn die** privatio feudorum præsupponirt pro causa sine qua non feloniam (i. e, delictum feudale quo Vasallus dominum, vel hic illum, dolo aut lata culpa contra datam fidem secundum tenorem Juris Feudalis debitam lædit) commissam, quippe sine qua locum haud invenit. (*)

1. F. 21. ibi: *Sancimus ut nemo miles i. e. Vasallus sine cognita culpa i. e. felonia beneficium suum amittat.*

Wann nun die 2. Gold-Gulden ein Pars 35
dessen wären, quod loco servitiorum domino præstandum esset, **so möchte** ob illorum pervicacem denegationem **die** privatio **statt finden,** arg. eorum, quæ de Vasallo feudo ob denegata servitia privando disposita sunt,

1. F. 21. 2. F. 3. 24. §. 2. 26. §. licet. *28. §.* adhuc *37. in fin. 39.*

sonst aber schwehrlich, falls aber die Lehen keine rechte Feuda, **sondern vielmehr** Prædia Emphyteutica **wären, die** usu hodierno **auch gemeiniglich** abusive **Lehen genennet zu werden pflegen, und also diese 2. Gold-Gulden der** annuus canon in recognitionem dominii directi solvendus **wären, so gienge die** privatio **auch schon an** ob cessationem solutionis per triennium, juxta

l. 2. C. de jur. emphyt.

Wann die 2. Guld-Gulden allein den Canonem ausmachten; sonst wann sie nur ein Pars canonis, **und das übrige erstattet worden wäre, würde die** Privatio **auch nicht statt finden** per tradita

Carpzov, *p. 2. C. 38. d. 4.*

Und dieses ist, was wir zu verlangter rechtlicher Nachricht in Eile dienstlich anfügen und nicht verhalten sollen, salvo de cætero cujusvis meliori judicio.

Actum in Collegio nostro d. 3. Decembr. Anno 1707.

CON-

CONSILIUM CXXXVI.

DE

Teſtamento inter Conjuges reciproco, eoque perfecto dehinc per hæredem ab inteſtato fruſtra impugnato.

SUMMARIA.

Species Facti à num. 1. uſque 13.

14. 15. 16. & 17. Rationes ob quas hoc teſtamentum reciprocum à conjugibus conditum, valeat.

18. Teſtamentum ut ratione voluntatis imperfectum cenſeatur, quid requiratur?

19. Teſtator, quæ ad diem mortis ſciens prudens omittit, remiſiſſe præſumitur.

20. Huic teſtamento non obſtat id, quod hic in contrarium adducitur.

21. Ad quod reſpondetur.

22. Fideicommiſſum an nullo plane adhibito teſte valeat?

23. Fideicommiſſarius hæredi, ratione reſtituendæ quantitatis juramentum deferre poteſt.

24. In omnibus litibus transactio à Judice ſuadenda.

SPECIES FACTI.

1 JAcob hinterläßt ſeinen beeden leiblichen verheuratheten Kindern Iohanni & Roſinæ *Anno 1699.* ein ſchönes Vermögen.

2 *Anno 1702.* ſetzen Johannes und ſeine Frau, weil ſie keine Kinder mit einander erzeugt, in Teſtamento quodam reciproco einander zu Erben ein; beſag der Beylag *ſub lit. A.*

3 In dieſem Teſtament beziehen ſie ſich auff eine beſondere Teſtamentliche Form, in deren beſtimmet ſeye: Wem? oder welchen des zuletzt überbleibendes nachgelaſſenes Vermögen nach ihrer beeder damahligen Intention, zukommen ſolle;

4 Cum annexo, daß ſie ſolches einander betheuerlich gelobt haben; Jedoch aber auch mit Einruckung dieſer Condition, ſofern ſie des Defuncti Freund in Treu und Liebe verharren.

5 *Anno 1707.* erkranckt Johannes, und ſagt ſeiner Schweſter Roſinä, da ſie ihn beſucht, ihrer in ſeinem Teſtament aedächt zu haben, daß ſie könne und werde zufrieden ſeyn.

6 Als er nun eod. Anno geſtorben, ſolches Teſtament publicirt, und von der Viduæ ad hunc publicationis actum zweyen abgeordneten, ihren nächſten Befreundten an Seiten der Roſinä verlangt worden, daß ſie die in ſolchem Teſtament allegirte Diſpoſitionem auch produciren ſollten, haben ſie Anfangs nichts davon wiſſen wollen, doch endlich geſtanden, es werde zwar noch etwas ſchrifftliches dißfalls zugegen ſeyn, doch könne man der Frau Witib nicht zumuthen, ſolches vorjetzo auch auffzuweiſen.

7 Als aber Roſina die Exhibition, oder doch Depoſition ſolcher beſonderer Diſpoſition hinter ein Gericht ſtarck urgirt; Hat ſie Vidua ein Concept oder Project eines in ihrer Viduæ, als Teſtatricis Nahmen geſtellten, von Johanne zwar eigenhändig geſchriebenen, aber ſine die & Conſule aliisve ſolennit. geſtellten Teſtamenti durch einen ihrer der Publication des Teſtamenti Reciproci angewohnten Freunds auffweiſen laſſen, krafft deſſen die Roſina nach ihrem der Viduæ Tod 1000. fl. vollzinßlich Landſchäfftl. Capital, oder, dafern ſie Roſina vor ihrer der alſo teſtirenden Vidua mit Todt abgienge, ihre beede Söhne Heinrich und Abraham, jeder 100. fl. und jeder einen von ihrem Avo rührenden ſilbern und verguldten Becher haben ſollen.

8 Occaſionaliter aber proponirt dieſer der Viduæ Abgeordneter, daß der Defunctus kurtz vor ſeinem Tod dieſe beſondere Diſpoſition in ſofern mutirt, daß er die ſeiner Schweſter Roſinä zugedachte 1000. fl. auf 500. fl. reducirt habe.

9 Nachdem aber Roſina auf dieſe allegirte drittere Diſpoſition, und deren Exhibition gedrungen: Hat ſich geäuſſert, daß die Vidua ſolche ſelbſt geſchrieben gehabt, und ſonſt nicht die geringſte Solennien dabey beobachtet worden.

10 Welches der Roſinä allerley Gedancken gemacht, ſo daß ihr die Sach je länger je ſuſpecter vorgekommen, ſonderlich da die Vidua ſich ſchon zum zweytenmahl zu einem Verglich anerbiethen laſſen:

11 Ob nun zwar die Roſina mit ihr würcklich in Tractaten ſtehet: So möchte von Einer Hochlöblichen Juriſten-Facultæt zu Tübingen ſie doch, ehe ſie weiter ſich einlaſſen, oder gar etwas verbindliches ſchlieſſen wollte, über dieſe Frag:

12 Ob das Teſtamentum Reciprocum ſub Lit. A. als ein Teſtamentum ratione voluntatis imperfectum nicht zu verwerffen ſeye.

ſich vorhero Rechtens belehren laſſen.

Stuttgardt den 21. Febr. 1708.

13 ALs nun uns Decano und übrigen Doctoribus der Juristen Facultæt bey gemeiner Hochfürstl. Würtembergischen Universitæt Tübingen vorstehende Species Facti mit der Beylag des von N. N. und seiner geliebtesten Haus-Ehr N. N. miteinander den 30. May Anno 1702. nach der Fünfften Form des Hochfürstl. Würtemb. Landrechtens p. 3. t. 3. pag. 337. seqq. auffgerichteten Testaments, worinnen beede Eheleuthe einander reciproce zu Universal-Erben alles ihres Vermögens eingesetzt, zugestellet worden, mit dem Großg. Gesinnen, unser rechtliches Gutachten über die deroselben angehengte

Frage:

Ob das Testamentum Reciprocum sub Lit. A. als ein Testamentum ratione voluntatis imperfectum nicht zu verwerffen sey.

14 zu erstatten, so haben wir nicht ermangelt, gedachte Facti speciem sambt dem beygefügten Testament mit gebührendem Fleiß zu verlesen, und reifflich zu erwegen, darauff in versammletem Collegio von der Sache nach Nothdurfft deliberirt, da wir aber nach sorgfältiger Untersuchung und Examinirung des letzten Willens, so beede Eheleuth miteinander auffgerichtet, zu Pappier gebracht, und vor den den 30. May 1702. beruffenen Gerichts-Personen und geschwohrnen Ambtsschreibern solennisirt, nicht befinden können, daß solch Testamentum conjugum mutuum & reciprocum als ein Testamentum ratione voluntatis imperfectum angefochten werden möge oder zu verwerffen sey,

15 Dann sie Eheleuthe darinn ihren liebsten und letzten Willen gegen einander plene, gantz vollkommen und perfect dahin declarirt, daß sie einander reciproce zu Erben instituirt und eingesetzt, dergestalten, daß (welcher Casus sich jetzo ergeben) wofern er N. N. der Mann vor seiner lieben Haußfrauen von dieser Welt nach GOttes Willen abgefordert, und die Schuld der Natur bezahlen würde, so solle seiner hertzgeliebten Hausfrauen wegen erzeigter vieler Wohlthat, Lieb und Treu, so sie ihm in guten und bösen Tagen, in Gesundheit und mancher Kranckheit erwiesen, nicht weniger, daß sie ihm alles, was ihm etwa in seinem Amt schwer, widerwärtig, saur, und bey dieser bösen Welt verdrießlich vorkommen, mit aller Vergnügung Sanfftmuth, freundlich- und Christlichen Zuspruch und Ergötzung versüsset und erleichtert, sonderlich auch in Ansehung und Betrachtung des Wittibstands, als seinem getreuen Ehe-Schatz sein gantzes Vermögen, also sein zugebrachtes und ererbtes, sambt allem durch Gottes Seegen erworbenem liegends und fahrendes, und alle seine Verlassenschafft als einem Universal-Erben, es möge Nahmen haben wie es wolle, als ihr Eigenthum seyn und bleiben, dasselbe zu gebrauchen, damit zu handlen, zu schalten und zu walten, wie sie könne und wolle unangefochten, und ohne männiglichs Einreden, und sollen weder Geschwistrig noch andere, sie mögen Nahmen haben, wie sie wollen, hieran im geringsten keinen Eintrag thun oder beleidigen. Hingegen dafern N. N. die Frau nach 16
dem Willen Gottes vor ihrem lieben Eheherrn durch den Todt hingerafft würde, soll ihr gantzes Vermögen wegen erzeigter Liebe, Treu und Wohlthaten, alles sein Eigenthum seyn und verbleiben, damit zu handlen, zu schalten, und zu walten, ohn männiglichs Einreden und Hinderniß, doch ihrer Mutter den Landrechtlichen Pflicht-Theil vorbehalten. Und gleichwie dieses alles ihr beeder freyer guter ohngezwungener Will und Wohlgefallen sey, und sie beede eines gegen dem andern diesen angezeigten Sinn, Meynung und Verschaffung ohn einige Beredung des andern aus freyer Lieb und Treue einander zum öfftern mündlich entdeckt, und deßwegen also schrifftlich verfaßt, also daß bey Absterben des einen das überbleibende oder überlebende solche gantze Verlassenschafft, es hab Nahmen wie es wolle, all zu eigen haben, zu besitzen, zu genieſſen, und zu seinem besten anzuwenden, oder treuen Freunden und Wohlthätern davon Gutes zu thun, freyen Willen und Macht haben solle, ꝛc. Welche Verord- 17
nung und Disposition ihre Intention, Meynung und freyen letzten Willen, daß das überlebende des vorhin verstorbenden heres universalis cum liberrima potestate de rebus hereditariis ut de suis & propriis disponendi seyn solle, klar und vollkommen anzeigt und enthält, ist auch ex contextu testamenti durchaus nicht zu sehen, daß sie Eheleuthe damahls in illo testandi actu ichtwas weiter hätten verordnen und disponiren wollen, solches aber des sie, oder einem ihrer, übereilenden Tods, oder anderer Ursach halber, nicht vollführen, oder ins Werck richten können, deßwegen solches Testament nicht pro testamento ratione voluntatis imperfecto gehalten und angesehen werden kan.

Ad hoc enim, ut tastamentum ratione 18
voluntatis imperfectum dicatur aut censeatur, requiritur, ut testator in ipso testandi actu adhuc aliquid amplius disponere voluerit, antequam autem illud ordinare & plenarie absolvere valuerit, morte superveniente obmutescentia, furore, delirio vel alia ejusmodi causa præpeditus haud perfecerit.

l. 25. ibi: *si is qui testamentum faceret, &c. ff. qui testam. fac. poss.* Dn. Collega D. Harpprecht. *de testam. rat. vol. imperfect. th. 2. & 22.* qui notanter ibi dicit.

Secus

Secus eſſe, & non haberi poſſe teſtamentum pro imperfecto ratione voluntatis, ſi omnia, qui tunc volebat teſtator, perfecte ordinaverit, & alia in aliud tempus reſervaverit, cum

Barry *de ſucceſſ. lib. 1. tit. 1. n. 12.* Natta *ad l. 21. §. 1. C. de Teſtam. n. 28.*

19 Talia enim, quæ teſtator in futurum ſuſpendit, ſi ad diem ſuæ mortis ſciens prudens omittat, mutato conſilio remiſiſſe præſumitur.

Dauth. *ad rubr. de hered. inſtit. n. 324.* Peretz. *ad tit. Cod. de inſtit. & ſubſtit. n. 9.*

20 Und ob ſie gleich ſich *in ſeq. §.* **Wie und welcher Maſſen aber das überlebende ꝛc.** auf eine beſondere Teſtaments-Form bezogen, in deren beſtimmet ſey, wem oder welchen des zuletzt Uberlebenden überlaſſenes Vermögen, nach ihrer beeder damaligen Intention zukommen ſolle, welches ſie nicht nur abgeredet, ſondern einander auch betheuerlich gelobt, daß keines des andern Freunde gar præteriren wolle, doch mit der Condition, wann des Prædefuncti Freunde in Treu und Lieb verharren; So macht doch dieſes nicht, daß deswegen das den 30. Maji 1702. aufgerichtete Teſtament pro imperfecto ratione voluntatis gehalten werden kan. Denn

21 entweder beziehen ſie ſich auf einen unter ihnen noch mutuo aufrichtenden Codicill und letzten Willen, darinn ſolches declariret werden ſollen, und weil ſothaner letzter Will nicht erfolgt, noch debite ſolenniſiret worden, ſo bleibts nichts deſto weniger bey dem an ſich gültigen und perfecten den 30. Maji 1702. errichteten Teſtament, und dependiret alſo von der überlebenden Frauen Arbitrio, wem und wohin ſie das Uberbleibende gönnen, und verſchaffen werde,

Argumento eorum, quæ tradit Dn. Collega D. Harpprecht. *d. Diſſ. th. 9. th. 23.*

doch ſo, daß ſie der ihrem ſeel. Mann gethanen theuren Verheiſſung eingedenck ſey, und derſelben nachkomme, ſeiner Schweſter Roſinæ und ihren Kindern dasjenige zufliſſen laſſe, was ihr ſeel. Bruder und ihr der überlebenden Frauen Ehemann ſeel. in ſeiner mit ihr gepflogenen Unterredung hat wollen, daß auf ſie, ſeine Schweſter, und deren Kinder kommen ſolte, in caſu, da er vor ihr, ſeiner Ehe-Frauen, verſterben würde, und ſie alſo ſein völliges Vermögen erbete, dafern ſie Wittib ein reines unverletztes Gewiſſen wegen ihrer ihrem ſeel. Ehemann gethanen ſo theuren Verheiſſung behalten will; Oder aber ſie Eheleute beziehen ſich *in d. §.* Wie und welcher Maſſen ꝛc. illis verbis auf ein von dem letzt-lebenden Ehe-Gemächt, ſo des Vorverſtorbenden völliges Vermögen erbet aufrichtendes, und nach ihrer beeder Abred daſſelbe determinirendes Teſtament, deſſen Formulam der jetzo verſtorbene Ehemann ſeiner Ehe-Frauen vor ſeinem Tod aufgeſetzet, in caſum er vor ihr ſterben ſolte, daß ſie ſich deſſen ſolchen Falls bedienen könte, und dißfalls beruhet es wieder auf dem von der hinterlaſſenen Fr. Wittib zum Stand bringenden und hinterlaſſenden Teſtament, darinn ſie ſich wieder ihrer mit ihrem ſeel. Ehemann genommenen und betheurten Abrede in alleweg gemäß zu bezeugen, und ſich darnach zu richten, indem er ſie in effectu ſolcher geſtalt warhafftig ſcheint mit einem Fideicommiſſo, ſorori vel liberis ejus poſt mortem ſuam reſtituendo, gravirt zu haben, quod utut ſine 22
ullo teſte præſente relictum ſit, valebit tamen, quia a teſtatore futuri ſui heredis præſentis fidei & conſcientiæ commiſſum, ex Conſtitutione Imp. Juſtiniani in

l. ult. C. de fideicommiſſ. §. ult. Inſt. de fideicomm. hered.

Zu deſſen und veri illius quanti Erkundi- 23
gung des Defuncti ſeel. Schweſter Roſina der Wittiben als Erbin das Juramentum deferiren kan, daß ſie, mediante illo, fideicommiſſi nomine reſtituendam quantitatem veram a teſtatore determinatam, ac ſolius uxoris heredis conſcientiæ concreditam, gewiſſenhafft anzeige

juxta *d. §. ult. Inſt. de fideicomm. libert. & d. l. ult. C. de fideicomm.* ac tradita Dn. Collegæ D. Harpprechti *de remed. d. l. ult. c. 4.*

Weil demnach ermeldte Fr. Roſina das den 24
30. Maji 1702. von ihrem Bruder Johanne mit ſeiner Frauen aufgerichtete Teſtamentum mutuum nicht ut imperfectum ratione voluntatis, noch ſonſt alia ratione, maſſen wir im angezogenen §. Wie und welcher Maſſen ꝛc. keine Contradiction oder Contrarietät eigentlich finden, daß es daher arguiret werden könte vitio imperfectionis zu laboriren, angefochten werden kan, und allen *ex d. §.* Wie und welcher Maſſen ꝛc. *ex ſeq. §.* Nach dieſem ꝛc. erregten dubiis ex Dn. Collegæ noſtri D. Harpprechti *alleg. Diſſ. th. 9. 22. 23. & 29.* ſattſam begegnet werden mag; So wird ſie Frau Roſina wohl thun, wann ſie ſich mit ihres ſeel. Bruders Wittiben in einen raiſonablen Verglich einläßt, den ſie Zweiffels ohne ſo eher wird erlangen, wann ſie Fr. Wittib vernimmt, daß ſie vermittelſt leibl. erſtattenden Eyds zu eröffnen haben werde, was ſie ex voto & juſſu ihres ſeel. Ehemannes deſſen Schweſter Roſinæ oder deren Söhnen, nach ihrem tödtlichen Ableiben reſtituiren ſolle von ihrem zuletzt überbleibenden Vermögen; denn wir glauben, daß ſie ihro eher wird etwas erkleckliches von des Bruders Vermögen geben und zufliſſen laſſen, als daß ſie den ihr deferirenden Eyd wircklich abſchwöret.

Welches wir kürtzlich zu verlangter rechtlichen Nachricht in dieſer Sach dienſtlich anfügen wollen.

Actum in Colleg. noſt. d. 7. Martii 1708.

CONSILIUM CXXXVII.

DE

Injusta Equi pignoratione, & exinde orta lite. Eaque à Reo per longum tempus, malitiose protracta.

SUMMARIA.

Præmittitur sententia sub num. 1. 2. & 3. Temerariis & frivolis litibus judex omnimodo obstare debet.

4. Juxta expressam hac de re exstantem Imperii Constitutionem in Rec. Imp. de Anno 1654.

5. 6. & 7. Ostenditur quod in substrato summe temere litigatum sit.

8. Pro judice semper stat præsumtio se boni Viri Officio rite perfunctum esse.

9. 10. & 11. Qui litem malitiose protrahit, contra illum in contumaciam merito proceditur.

12. Ipsique juris beneficia denegantur.

13. Et recte extraordinaria pœna ipsi imponitur.

14. Terminus oculari inspectioni præfixus in substrato non fuit illegalis.

15. Remissio injuriati intuitu pœnæ fiscalis injurianti non proficit.

16. Injuria Occasione litis facta, vindicari statim potest.

17. Quintus affinitatis gradus in judice non attenditur.

Urtheil.

IN Appellations- und Restitutions-Sachen Peter Friedrich von Zitzewitzen Appellanten und Imploranten Eines, entgegen und wider Casparn und Johann Gebrüder von Gorcken Appellaten und Imploraten andern Theils, bekennen und sprechen von GOttes Gnaden Wir Fridrich der Erste, König in Preussen, Marggraf zu Brandenburg, des Heil. Römischen Reichs Ertz-Cammerer und Chur-Fürst, Souverainer Printz von Oranien, zu Magdeburg, Cleve, Jülich, Bergen, Stetin, Pommern, der Cassuben und Wenden, auch in Schlesien zu Crossen Hertzog, Burggraf zu Nürnberg, Fürst zu Halberstadt, Minden, Camin und Mörß, Graf zu Hohen-Zollern, der Marck, Ravensberg, Lingen, Buhren und Lehrdam, Marquis zu der Vehre und Vließingen, Herr zu Avlay, Breda und Ravenstein, wie auch der Lande Lauenburg und Bütau, ꝛc. ꝛc. allem rechtlichen Fürbringen nach, auf eingeholten Rath auswärtiger ohnpartheyischen Rechts-Gelehrten hiermit vor recht, daß es eingewandter Gravaminum ohngehindert bey der den 28. Martii 1708. publicirten Urtheil sein ungeändertes Verbleiben haben, und selbe hiemit nochmals confirmirt und bestättiget, auch Implorant denen Imploraten nicht weniger die in dieser Instanz aufgewandte Unkosten auf Richterliche Mäßigung zu erstatten schuldig und verbunden seyn soll.

Daß diese Urtheil denen Rechten und uns übersendeten Actis gemäß sey, bezeugen wir Decanus und andere Doctores der Juristen Facultät bey gemeiner Hoch-Fürstl. Würtembergischen Universität Tübingen uhrkundlich unter unser Facultät gewöhnlichen Insiegel. So geschehen den 28. Junii 1708.

RATIO-

RATIONES DECIDENDI.

2 DJe Urſachen ſo uns zu Abfaſſung vorſtehender Urtheil confirmiren, mit wenigem beyzufügen, ſo haben wir forderiſt den Behörs-Beſcheid vom 22. Junii 1706. und daß ſich auf ſelbigen und der zu Erkundigung des angegebenen Schadens den 3. Julii 1706. vorgenommene Ocular-Inſpection gründende Mandatum vom 6. Julii 1706. eingewandter Gravaminum ohngehindert zu confirmiren kein Bedencken getragen, weil beſagter Behörs-Beſcheid vom 22. Junii 1706. der wegen des gepfandeten Pferds geführten Klag und der Sachen Beſchaffenheit gantz gemäß, gerecht und billig, beklagten Herrn von Zitzewitzen auch dadurch im geringſten kein Gravamen zugefügt worden iſt, deswegen derſelbe davon gar temere und frivole zu Auffenthalt- und Verlängerung der Sache, ſolche durch diß Mittel auf die lange Banck und in das weite Feld zu ſpielen, appellirt, der-
3 gleichen Muthwillen kein Cordatus und gewiſſenhaffter Judex zulaſſen, ſondern ſolchem Ubel omnibus modis ſteuren und wehren ſoll; Denn ob gleich die Appellation, Reſtitution, Supplication, gemeine Beneficia Juris ſeyn, die als Species defenſionis naturalis niemanden leicht zu verſagen und zu denegiren, ſo ſollen ſie doch nicht zu boßhaffter Verzögerung der Sachen und muthwilligen Umtrieb der Partheyen mißbraucht werden, ſondern wann man evidenter ſiehet und wahrnimmt, daß einer dieſe indulgirte Beneficia Juris auf ſolche Weiße nur mißbrauchen will, ſoll es ihm keines weges geſtattet, ſondern er davon durch harte Straffen und andere zulängliche Mittel abgehalten und ſeine Temerität der Sachen Beſchaffenheit nach coërcirt werden, wie ſol-
4 ches heylſamlich verſehen in dem neuerſten Reichs-Abſchiede de Anno 1654.

§. 120. Nachdem im Reich die libido litigandi dermaſſen bis anhero zugenommen, daß bey den Unterrichtern faſt kein Urtheil gefællet von vvelcher nicht appellirt vverde, ſo ſoll auch dargegen und vvider ſolche temere appellirende Theil die angeſetzte Straff erhœhet, und nach Ermæſſigung des Richters ſolche Parthey von 2. 3. bis auf 20. Marck Goldes, nach Beſchaffenheit des Falls, und Umſtand der Sachen, oder auch vvohl gar am Leib geſtrafft vverden &c. &c.

5 Derentwegen der von Sr. Königlichen Majeſtät in Preuſſen zum Schlewiſchen und Stolpiſchen Land- Vogtey Gericht hochverordnete Commiſſarios Herr Land- Rath von Wobeſer, als er geſehen, daß Herr von Zietzewitz freventlich von dem ihn in nichts grävirenden Behörs-Beſcheiden vom 22. Junii und 1. Julii 1706. appelliret, nur damit er die decretirte zur Erkundigung des angegebenen an den Früchten zugefügten Schadens, zu deſſen Erſetzung ſich Klägere willigſt erbothen, auch genugſame Caution deswegen von ſich geſtellet, höchſt- nothwendige Ocular-Inſpection vor einbrechender Erndte hindern, mithin die geringe Sache ſchwehr machen und weit hinaus ſchieben möchte, gantz recht und billig in contumaciam mit dem eingenommenen Augenſchein auf den angeſetzten 3. Julii 1706. fortgefahren, (dann wann ſolches nicht geſchehen wäre, wie hätte man nach vollbrachter Erndte und eingeheimſten Früchten wiſſen oder erkundigen wollen, ob und was vor ein Schade an den Früchten geſchehen wäre? und wie ſich dabey offenbahr gezeiget, daß faſt gar kein Schade geſchehen, juſtiſſime darauf das Mandatum den 6. Julii 1706. ergehen laſſen, und die Beſcheide den 12. Julii d. Anni cum Apoſtolis refutatoriis gegeben.

6 Nachdem auch auf des Appellanten beharrende Hartnäckigkeit die Acta primæ inſtantiæ zu Hoch-preyßlichem Hof-Gerichte in Originali eingeſchickt und revidirt worden, iſt von ſelbigem æquiſſime der Reviſions-Beſcheid den 6. Septembr. 1706. dahin ertheilt worden, daß zu allem Uberfluß die Ocularis Inſpectio repetirt werden, und bis dahin die Reſtitutio des gepfändeten Pferds ſuſpendirt ſeyn ſolle; Falls ſich aber darnächſt hervorthäte, daß Appellanten kein Schade geſchehen, und er nur zur Auffenthalt der Sachen das Eingewändte vorgebracht, ſolle er nicht nur in Erſtattung des damni & expenſarum wegen des abgepfändeten Pferds, ſondern auch in pœnam temere litigantium condemnirt werden, auch wegen der in documento Appellationis wider den Judicem à quo enthaltenen Injurien demſelben eine Chriſtliche Erklärung zu thun, und darzu ſolche mit 10. Rthlr. Fiſcaliſcher Straffe zu büſſen gehalten ſeyn.

7 Wie aber Herr Zietzewitz wider ſolchen Reviſions-Beſcheid Reſtitutionem in integrum geſucht, hat er ſelbſt in ſecundo Gravamine demonſtriret, daß unmöglich ſey, daß der in fructibus pendentibus durch Uberfahren und Zertretten des Korns geſchehene Schade, nachdem die Fructus per Meſſem à ſolo längſt ſepariret, und das Land wieder umgeackert worden, mehr per ocularem inſpectionem könne unterſuchet werden, (welches auch petitæ Reſtitutioni adhærendo die HHrn. von Gorcken urgiret) alſo damit ſeine vorhin geführte böſe Intention, die er in der interponirten Appellation gehabt, dadurch nemlich

bey eindringender Erndte die erkandte Ocular-Inspection zu verhindern, mithin die Sach difficiler zu machen, und auf die lange Banck zu verschieben, selbst klar zu erkennen gegeben, daher der von oberwehnten Herrn Land-Rath neben dem Land-Gerichts-Referendario in contumaciam vorgenommene Augenschein, ohne daß selbiger repetirt, billig vor sufficient angenommen worden.

8 Cum pro Judice semper stet præsumptio, quod boni & innocentis Viri officio rite perfunctus, veritatem & legum ac justitiæ vestigia exacte secutus sit, ac omnia observaverit, & legaliter expediverit, quæ cordatum ac conscientiosum Judicem observare decet & oportet.

l. 2. ibi: quod non arbitramur. *C. de offic. Civil. jud. l. 18. C. de probat. C. illud. 11. in fin.* ibi: qui Officium suum fideliter. *X. de præsumpt.* Mascard. *de probat. concl. 1132. n. 2.* Alciat. *de præsumpt. lib. 3. cap. 9. n. 1.*

9 Und weil sich dabey ereugnet und offenbahr gezeiget, daß der gantze Weg bis zu dem Ort, da die Pfändung geschehen, vorhin so wohl von breiten als schmahlen Wegen ausgefahren, und ob gleich hier und da an einem Orte des Weges einige Halm Rocken gestanden, doch nicht zu sehen gewesen, daß der Weg solte umgepflüget worden seyn, folglich von dem Bauren, welcher dem alten Wege mit und nebst andern vor ihm fahrenden gefolget, der geringste Schade nicht geschehen, so die Pfändung meritirte, besage der Relation von eingenommenen Augenschein Act. primæ instantiæ *pag. 13. 14.* So hat salva justitia & conscientia kein anderer Spruch und Urtheil erfolgen und gegeben werden können, als von der Juristen Facultät bey Hochfürstl. Braunschweig-Lüneburgischen Universität Helmstadt an Hand gegeben und den 28. Martii 1707. von Hoch-preyßlichem Königlichem Hof-Gericht publicirt worden, so wir der Ursach zu Erhaltung reiner und unbefleckter Gewissen nothwendig confirmiren müssen. Dazumalen die Gravamina 2.) von 10 gantz keiner Erheblichkeit seyn; denn belangend die beyden ersten, daß 1.) Appellanti und Imploranti die Beneficia Juris denegiret und die fatalia ordinaria abgestricket werden wollen. So ist ihm darinn nicht unrecht geschehen, weil er dieselbe nur mißbrauchet, und zur unverantwortlichen und straffbahren Verzögerung und Auffenthaltung der Sachen, in einer aus blosser Rachgier entsprungenen, regulariter verbothenen, summarisch tractirenden, durch vornehmende Ocular-Inspection absque ulla mora entscheidenden, und zumal auf præstirte sufficiente Caution aufhebende Pfändungs-Sache, an die Hand genommen, damit die Ocular-Inspection gehindert und die Sache solcher gestalt auf die lange Banck geschoben würde, damit er nicht nur verdienet, daß man, wie recht beschehen, in contumaciam wider ihn mit dem Augenschein procediret,

Argumento eorum, quæ tradit Mev. *part. 1. dec. 50.* ubi ait, quod non attenta appellatione possint ac soleant Judices testes examinare (quidni ergo & ocularem inspectionem adornare & instituere) ubi periculum est, ne veritas & fides intercidant, cum omnimodo evitandum sit, ne supprimatur veritas *l. ult. §. si vero quis. C. de Episc. aud.* cujus curam gerere omnino Judex debet, quo probatio salva sit. *l. 22. ff. de probat.* 11

ihm die mißbrauchende Beneficia Juris denegiret, und die fatalia deroselben nicht attendiret, 12

Argumenta eorum rursus, quæ laudatus Mevius *p. 1. dec. 35. dec. 259. n. 3. p. 3. dec. 163. n. 2. 5.* & *dec. 164. n. 1.* it. *dec. 405. n. 2.* tradit, in iis, quæ celeritatem desiderant, & sine dilatione expedienda sunt, non admitti appellationem *l. fin. ff. de appell. recip.* ad minimum quoad effectum suspensivum, quod imprimis tum obtinet, si nullum adsit gravamen, nam ubi deficit gravamen, locum non reperit appellatio. *l. 1. ff. de appell.*

sondern auch über diß wohl eine extraordinari Straffe meritiret gehabt. 13

alleg. R. J. noviss. *de An. 1654. §. 119. 120.* Mev. *p. 3. dec. 245. & p. 4. dec. 252.*

Was das dritte eingewandte Gravamen anbelangt, daß zu der decretirten Ocular-Inspection ein illegalis terminus, der wenigst 30. Täge seyn sollen, juxta 14

Nov. 53. 82. 112. Pomm. Hof-Gerichts-Ordn. tit. 35. §. 1. tit. 55. §. 4.

anberaumet worden. So hat man hier in causam nullam moram ferente, sed celerrime expedienda versirt, und ist die Erndte vor der Thür gewesen, nach deren man wegen des vorgegebenen Schadens kein Augenschein mehr einnehmen können. 2.) Ist die Sach worvon der Augenschein eingenommen werden solsen, Beklagten und Imploranten vor den Augen und unter den Füssen gelegen, daß es darzu keines so langen und entfernten Termins bedurfft, sondern hat in der gesetzten Zeit gar wohl und füglich vorgenommen und expedirt werden können, ist also ein purer Muthwill, daß er deßwegen appellirt. Was die wegen der in dem 15 Documento Appellationis contra Judicem a quo enthaltenen Injurien Imploranti auferlegte Christliche Erklärung und Fiscalische Straffe a 10. Rthlr. concernirt, so excipiret Appellant und Implorant vergebens, daß Hr. Wobeser ihm die Injuriam remittirt, denn die Fiscalische Straffe Appellanti und Imploranten nicht so wohl ob injuriam personæ als Officio illatam dictirt, deren Remission also

nicht

nicht ſo wohl von ihm, Herr von Wobeſer, als von dem der ihm das Officium committirt, dependirt, und kan Hr. von Wobeſer mit ſeiner Remiſſion, de qua, an facta? nondum ſatis conſtat, dem Fiſco, deme dieſe andictirte Straffe cediret, nicht præjudiciren,

arg. *l. 74. ff. de reg. jur.*

ſo weniger, als ſie ex poſt facto geſchehen, wann ſie geſchehen, nachdem der Fiſcus ex jam facta condemnatione ſchon ein Jus quæſitum ad pœnam illam gehabt, bleibt alſo auch bey dieſer Fiſcaliſchen dictirten Straffe, es ſey denn, daß ſie ihm ex gratia remittirt werde. Und urgiret er vergebens, quod injuria pendente lite principali, ex qua oritur, vindicari nequeat.

per *l. 10. C. de injur.*

Denn dieſes keine Injuria ex actu, ſuper quo litigatur, vel negotio, quod in litem venit, reſultans, quæ non niſi poſt litem finitam vindicari poteſt

per *d. l.* & tradita Brunnemanni ibid.

16 ſondern eine injuria, quæ in judicio, occaſione litis tantum, facta, quæ ſtatim vindicari & puniri poteſt, præſertim ſi tertio, qui non in lite fuit, ut hic Judici, illata per tradita Mevii *part. 3. dec. 418. p. 5. dec. 375. n. 7. p. 6. dec. 186.* Carpz. *p. 2. q. 95. n. 40. ſeqq.*

Was endlich die angezogene Freundſchafft 17
zwiſchen Hrn. von Wobeſer und den Implora-
ten anlangt, die ihn Herrn von Wobeſer ſu-
ſpect und ad Officium Judicis inhabil machen
ſolle, kommt ſolche auf den fünfften oder wei-
tern gradum affinitatis hinaus, ſo nicht in die
Conſideration kommt, daß er deswegen ut
ſuſpectus removirt und der von ihm gegebene
Beſcheid, der in ſich gantz gerecht und billig, auch
der Sachen Beſchaffenheit gantz gemäß iſt,
impugnirt werden könte.

arg. *l. 5. pr. de injur.*

Bleibt alſo billig bey der vorigen gerecht ausgeſprochenen und nun zum drittenmal confirmirten Urtheil, und kan man propter ſummam Implorantis temeritatem nicht anders, als ihn auch in hujus inſtantiæ expenſas condemniren.

Welches wir ꝛc.

Actum in Collegio noſtro d. 28. Junii 1708.

CONSILIUM CXXXVIII.

DE

Juramento Purgatorio Reo a Judice ex Officio in cauſa ſtupri delato.

SUMMARIA.

Succincta caſus ex actis relatio a num. 1. usque 11.

12. Delicta Carnis ſunt facti transeuntis.

13. & 14. Nullum melius remedium in crimine ſtupri adhibetur quam juramentum judiciale.

15. Deferens adverſarium teſtem in propria cauſa facit.

16. Si proprium factum reſpicit referri nequit.

17. Sine ulla diſtinctione deferri hoc juramentum poteſt.

18. Hunc in finem Juramenti delatio inventa, ut probationum defectus ſuppleatur.

19. 20. & 21. Rationes adducuntur, ob quas Judex in conſcientia, ad purgationis Juramentum Reo deferendum, in ſubſtrato obſtrictus eſt.

22. Interlocutoria.

23. & 24. Juramentum in propria perſona regulariter eſt præſtandum.

1 AUs denen uns Decano und übrigen Doctoribus der Juristen Facultät bey gemeiner Hochfürstlich-Würtembergischen Universität Tübingen zugesandten und hiebey wieder zuruck kommenden Actis haben wir nach fleißiger deren Verlesung mit mehrerm ersehen, was massen Magdalena, Hanß J. Jägers, gewesenen Burgers zu Borstingen hinterbliebene Tochter, ohngefähr 20. jährigen Alters, Papistischer Religion, so bey Jacob E. Burgern und Tuchmachern zu Nagold in Diensten gewesen, mit Assistenz ihres gerichtlich constituirten Curatoris ad litem d. 10. Februarii 1707. zwar wider Hanß Jac. D. Gärbern, Michel D. Becken Sohn, pcto. imprægnationis & alimentationis geklagt und gebeten, gerichtlich zu erkennen, daß er ihro so wohl vor die Imprægnation, als Alimentation 100. fl. zu bezahlen schuldig seyn sollen. Welches Petitum sie hernach den 7. Martii 1707. da sie zwey Söhnlein gebohren, auf 200. fl. extendirt;

2 Worauf beklagter Hanß Jac. D. sich aber schrifftlich verantwortet, und wie vorhin in Examinibus vor Herrn Speciali und Herrn Vogten, also ferner auch in dieser schrifftlichen Verantwortung beständig negiret, und mit dem Allwissenden GOTT bezeuget, daß er in seinem Gewissen gantz rein und unschuldig sey, auch mit der klagenden J. niemals in Unehren das geringste zu thun gehabt, noch sie gekennet, oder sich erinnere, nur jemal mit ihr geredet, geschweige dergleichen Verbrechen mit oder an ihr begangen zu haben, mit Bitte ihn von angestellter ungegründeter Klage, zu Salvirung seiner Ehren, gerichtlich zu absolviren mit Abtrag, Kosten und Schadens, dabey er ihm alle Competentia, und besonders die daraus entspringende nothgedrungene Nach-Klag wider die J. wegen der wider ihn geführten Klage, die er für die gröste Beschimpffung aufnehme, reserviret, wann sie nicht von dem falschen Bezücht abstehe.

3 Auf welcheshin klagende J. wiederum auf ihre vorige Variation gekommen, und sich auf die vor Herrn Speciali und Herrn Vogt gepflogene Examination beruffen, da sie bald auf den Hanß Jac. D. bald auf den Friedrich D. Herrn Burgmeisters Joh. Philipp D. Sohn bekennet, bald daß sie beede sie beschlaffen, und zu ihrem unkeuschen Willen mißbrauchet.

5 Hanß Jac. D. aber hat hierauf priora repetirt, und forderist ferner mit eigner Hand schrifftlich angezeigt, daß um Martini 1705. der Friedrich D. ihn einest aufgemuthet, daß sie miteinander in die Stadt hineingehen wollen, wie sie aber nicht haben können ins Thor hineinkommen, hab er Friedrich D. zu ihm Hanß Jac. D. gesagt: Wir wollen den Zwinger hinunter gehen, und da hinein steigen, da er jenem zur Antwort geben: Er wisse den Weg nicht, sey er Friedrich D. hinauf gestiegen, ihm Hanß Jacoben die Hand geboten, und ihn hinauf gezogen, sagend: Nimm mich hinten bey dem Rock und gehe mir nach, da er ihn dann zur Cammer gestellt, und gesagt: Da solte er stehen bleiben, es sey ein Mensch in der Cammer da, er wolle sie geschwind brauchen, gehe drüb zu ihr übers Bett, da sie frage, wer da sey? Worüber er leiß mit ihr geredet, daß ers nicht hören können, und eine gute Weile bey ihr im Bett geblieben, nachdem er wieder kommen, seyn sie wieder miteinander forgegangen; Wie sie vors Haus hinaus kommen, hab der Friedrich gesagt, er habe sie gebraucht, aber ihr kein Junges gemacht. Als sie nachgehends einst bey des R. Behausung gesessen, und das Mensch vorüber gangen, habe er Friedrich zu ihm gesagt, das sey das Mensch, worüber er gesagt: Was hast du gedacht, daß du so zu einem wüsten Menschen hinliegest? Darüb er zur Antwort gegeben: Er wolte gern, er hätte sie nicht gebraucht.

Unter der Zeit, daß sie schwanger gewesen, 5
und es an Tag kommen, habe die Burgmeisterin D. ihn einnist hinauf geruffen, da der Friedrich es vor seiner eignen Mutter gestanden, daß er bey diesem Menschen gelegen, darauf besagte Burgmeisterin D. zum andern mal in seines Vatters Haus kommen, und zu sein Hanß Jacob Vattern und Mutter gesagt: Wir wollen dem Mägdlein ein Stück Geld geben und es fortschicken, er soll auch was geben, worüb er gesagt: Nein! kein Heller, ich bin ihro nichts schuldig ꝛc. Auch weiters mündlich angebracht, daß jüngst um Weyhnachten Johann B. Fourier-Schütz bey Herrn Hauptmann von B. so bey Herrn Burgmeister D. logirt, ihm Hanß Jacob D. im Crohnen-Wirths-Haus gesagt, daß Friedrich D. ihm erzehlt, daß hier eine Dienst-Magd sey, zu der er bald alle Nacht gehe, und habe er einen Cameraden, der ein Gerber, wann er nun zu ihr kommen, so sage er, der Gerber sey es, und sie glaube es alleweil; Welches er B. ihm zu gestehen, nicht allein zu Studgardt, sondern auch zu Herrenberg, wo er ihn deswegen wieder zu Red gestellt, ihn versichert. Woraus sonnenklar erscheine, daß dieses Mensch ihn unschuldig angebe, deswegen er hoffe absolvirt zu werden.

Worüber Herr Burgmeister Johan Philipp D. nomine seines Sohns Friedrich D. 6
so nicht zur Stelle, nach erlangter Abschrifft hiervon, und erhaltener Dilation seine Schutzwehr und Exceptiones eingelegt, worinn er gebeten, ihme mit weiterer Citation, weil die Klag hauptsächlich wider Hanß Jacob D. gerichtet zu verschonen. Der Klägerin Curator aber hat um schleinige Ausmachung der Sachen und richterlichen Spruch darinn gebeten.

Als

7 Als man nun Klägerin wieder gefragt, wer denn der Vatter sey, hat sie mit weinenden Augen gesagt: Der Friedrich, endlich beede, es habe sie einer tribulirt wie der andere: Beede Beklagte haben contradiciret, und die Variation ihres Ausgebens vorgestellet.

8 Ohnerachtet aber Hr. Burgmeister D. nomine filii protestiret, und gebeten, ihn und sein
9 Sohn dieser Sach halber mit fernerer Citation ohnmolestirt zu lassen, indem Klägerin ihn selbst frey gesprochen; So hat doch Klägerin abermal durch ihren Assistenten und Curatorem vortragen und bitten lassen, es möchte nur der Hr. Richter durch abfassenden Bescheid urtheilen, welcher unter beeden Beklagten ihro 15. fl. nebst den Unkosten bezahlen solle, damit wolle sie zu frieden seyn, damit sie nur einmal aus der Sache komme.

10 Darauf Herr Burgmeister per Advocatum weitläufftig recessiren und protestiren lassen mit der Sach nichts weiters zu thun haben, noch ferner deswegen zu erscheinen. Hanß Jacob D. aber schrifftlich concludendo seine Unschuld nochmals contestirt und völlige Absolution gebeten.

11 Aus welcher kurtz beschehenen Relation dessen, was zwischen denen Partheyen in dieser Sache gehandelt worden, erscheinet, daß darinn gar nicht Process-mäßig verfahren worden, weil Klägerin ein einfältiges armes Mensch, so die Mittel nicht, daß sie einen Rechts-Gelehrten Advocatum bestellen können, der ihre causam hätte instruirt und ordentlich vorgetragen, auch, was zu ihrer Intention dienlich, rechtlicher Gebühr nach beygebracht, dessen sich die von ihr angegebene Stupratores ac fornicatores meisterlich bedient, und alles durch den Banck geleugnet, wie in dergleichen Sachen
12 gemeiniglich zu geschehen pfleget; Denn weil dergleichen delicta carnis insgemein als Wercke der Finsternis occulte in tenebris, remotis arbitris ac testibus committirt werden, und facti transeuntis seyn, quæ nullum post se relinquunt vestigium in sensus externos incurrens, nisi stuprata excoitu prægnans facta fuerit, pflegen die vor schuldig angegebene Stupratores und Fornicatores, weil sie wissen, daß man sie nicht leichtlich per testes vel alio modo convinciren kan, sich gemeiniglich auf das Leugnen zu legen, und nichts gestehen, bis sie endlich das Gewissen schlägt, oder durch das ihnen irgend deferirte Juramentum darzu gebracht werden, daß sie das, was sie gethan vel tandem ex conscientiæ morsu bekennen.

13 Es hat aber allhier das starcke Ansehen, daß weil Klägerin ein zimlich einfältiges Mensch ist, wie der Hr. Richter auch in dem Examinations-Protocoll bezeuget, beede Bekl. oder einer von ihnen sich solcher ihrer Einfalt prævaliret, sie bethöret, durch allerhand falsche Beredungen darzu gebracht und verführet, daß sie ihres oder seines unkeuschen gailen Willens gelebet habe, und sich darzu öffters mißbrauchen lassen, bis sie endlich davon schwanger worden, sich aber jetzo darauf verlassen, daß Klägerin sie durch Zeugen nicht überweisen könne, daher sie es præfracte leugnen, und vermeynen, damit zu echappiren.

Wann nun Klägerin einen Rechts-gelehr- 14
ten Advocatum gehabt, hätte selbiger nicht allein eine formlichere Klage geführt, sondern auch in Ermanglung anderwärter Prabation ohne Zweiffel den Bekl. das Juramentum judiciale deferirt, indem kein bewährter heylsamers Mittel ist, die Wahrheit in dergleichen occulte perpetratis factis an den Tag zu bringen, dann die delatio hujus juramenti judicialis, als welche in effectu pro specie probationis in jure nostro gehalten wird, und einem jeden, der seine Intention auf andere Weise nicht probiren kan, erlaubt dasselbe seinem Adversario zu deferiren und mittelst dessen Delation seine Intention zu erweisen, vi

l. 5. §. 2. ff. de jurejur.

Deferens enim illud adversarium in propria causa testem simul & judicem facit.

l. fin. C. de fideicommiss.

Permissum ergo cuilibet Jure Publico est, 15
cui onus probationis incumbit, sive Actor, sive Reus sit, intentionis vel exceptionis suæ fundamentum conscientiæ partis adversæ committere, eique Juramentum judiciale desuper deferre, ac sic mediante illo intentionem vel exceptionem suam probare, atque is, cui illud defertur, jurare vel deferenti id referre tenetur, quod si jurare nolit, nec etiam deferenti delatum sibi juramentum referre, causa cadit, inquit JCtus

in *l. 34. §. ait.* Prætor. *6. l. 38. ff. de jurejur. l. 9. C. eod.*

quod si vero respiciat proprium factum il- 16
lius, cui delatum est, præcise ab eo cui delatum, præstandum est, nec deferenti illud referre licet.

arg. *d. l. 34. §. 8. ff. de jurejur. l. 11. §. 1. §. fin. l. 13. ff. rer. amot.* Carpzov. *p. 1. c. 12. d. 40. & c. 14. d. 10. 11.*

Neque in legibus nostris distinguitur: 17
utrum deferens intentionem vel exceptionem suam aliquo modo jam tum probarit, aut nihil adhuc præstiterit, & num, qui juramentum hoc defert, conatus sit intentionem vel exceptionem suam aliter probare, in probatione vero defecerit, aut non sit; Unde nec nostrum erit distinguere, sed cum legibus generaliter loquentibus generaliter loqui & indinstincte dela-

delato juramento locum facere, circumstantiis id exigentibus.

arg. *l. 8. ff. de public. in rem act. d. l. 34. §. 6. l. 38. ff. l. 9. C. de jurejur. l. 35. pr. ff. eod.* ibi: omnibus probationibus aliis deficientibus. *l. 25. §. pen. ff. de probat. l. pen. pr. C. de reb. cred. l. ult. §. 20. C. de jur. delib.*

18 maxime cum eum in finem juramenti delatio inventa & approbata fuerit, ut probationum defectus hoc modo suppleatur.

c. 2. X. de probat. vid. omnino Vinneus *lib. 1. select. quæst. cap. 42.* Henr. Nebelkræ *dec. 12.* Anton. Tessaur. *dec. 93.* B. D. Lauterbach. *tr. Synopt. de Jurament. §. 4. n. 79.*

Et in terminis quod in materia defloratione & impræegnationis etiam locus sit huic juramento, tradunt

Mev. *ad Jus Lub. part. 4. tit. 5. art. 1. n. 18.* Caspar. Anton. Tessaur. *in addit. ad Decis. sui Patris Ant. Tessauri dec. 3.* Ant. Faber. *Cod. Sabaud. lib. 9. tit. 7. d. 6.* qui ut de delatione ejus reo facta loquuntur, sic de eodem Actrici deferendo agunt Linglois *dec. 9. q. 6.* Speidel. *in spec. Observat. voc. Kinds - Schwängerung* & B. D. Bartili *de satisfact. stupratæ membr. 3. n. 25.* quando nempe ejus virginitas in dubium vocata a Stupratore.

19 Weil aber Klägerin äusserster Armuth halber nicht vermögt einen Rechts-verständigen Advocatum herbey zu bringen ihre Sache vorzutragen und gebührend zu besorgen, anbey das gröste Unrecht von der Welt wäre, wann Bekl. mit ihrem unwahrscheinlichen boßhafften Leugnen also durchschlupffen sollten, und die von ihnen an der Klägerin vermuthlich ausgeübte Frevel-That dergestalten ungeandet hingehen, und nicht an das Tages-Licht gebracht, mithin gebührend bestrafft werden sollte, so ist höchst-billig, daß der Herr Richter sich des armen einfältigen Menschen ex officio annehme, und nachdem die Delatio Juramenti judicialis zu Herausbringung der gründlichen Wahrheit unterlassen worden, gleichwohl Beklagte, und insonderheit der Friedrich D. zimlich verdächtig und mit suspicionibus gravirt, daß sie sonderheitlich gedachter Friedrich D. an der Schwängerung der Klägering schuldig seyn, gestalten sie dem Friedrich nicht weniger als dem Hanß Jacob D. nicht nur vor Herrn Special zu Wildberg und Herrn Vogten in Examine & Confrontatione ohne Scheu ins Gesicht gesagt, daß sie beyde sie öffters zu Ausübung ihres leichtfertigen gailen Willens mißbraucht, Nachts zu ihr in ihre Cammer und Bett gekommen, und sie beschlaffen, sondern auch vorhin bey Christian K. Chronen-Wirthen, Hanß Jacob H. Jacob E. Tuchmachern, Hieronymi E. Haus-Frauen und Martin E. seel. hinterlassenen Wittiben, den Friedrich D. insonderheit vor den Vatter ihrer Kinder angegeben.

Und ob sie wohl hernach die Klag principaliter wider den Hanß Jacob D. instituiret, hat sie doch bey Herrn Pfarrer bekennet, daß sie von des Burgermeister D. Leuten darzu forciret worden, ihres Sohns zu schonen, und den Hanß Jacob D. zu beklagen, daher sie, so offt man sie ernstlich in judicio befragt: Wer der rechte Vatter sey ihrer Zwilling? Aus Trieb ihres Gewissens geantwortet: Der Friedrich D. Und soll dieser selbst nicht nur seiner Mutter, sondern auch unterschiedlich andern gestanden haben, daß er bey der Klägerin gelegen, und sie in Unehren gebraucht, ja den Fourier-Schützen B. bekennet, daß er bald alle Nacht bey ihr gewesen, daher auch die Mutter Burgmeister D. gegen des Hanß Jacob D. Eltern gemeldt: Sie wolten der Klägerin ein Stück Geld geben, und sie damit fortschicken. 20

So kan derentwegen er Friedrich D. solcher ihn gravirenden Suspicionen halber, der Action weniger so schlechter Dingen entlassen, als Hanß Jacob D. noch zur Zeit davon absolviret werden, wie sie wohl vermeynen, sondern wir müssen vielmehr unsern obhabenden Pflichten und rechtlichen Erachten nach einrathen, und an Hand geben, daß der Herr Richter in seinem Gewissen verbunden sey, beeden inculpirten ex officio den Reinigungs-Eyd zu deferiren, sich mittelst dessen zu purgiren, daß sie mit der Klägerin niemals Unzucht getrieben, wie sie vorgeben, oder Falls sie sich schuldig wissen aus Furcht der zeitlichen und ewigen, ohnfehlbar zu erwarten habenden Straffe des Meineydes ihre an der Klägerin verübte Frevel-That willig bekennen. Deme nach denen sämtlich citirten Partheyen folgende Vor-Urtheil zu eröffneu. 21

Vor-Urtheil.

22 IN Sachen Rechtens sich haltend zwischen Magdalena J. von Borstingen mit Beystand ihres gerichtlich constituirten Curatoris ad litem David S. Klägern Eines, entgegen und wider Fridrich und Hanß Jacob D. mit Beystand ihrer Eltern Beklagten andern Theils, wird forderist der gethane Beschluß hiemit ex officio rescindiret, und so dann ferner erkandt, werden beede Beklagten Fridrich und Hanß Jacob die D. darstehen, ihre Hand-Treu geben, und daraufhin einen leiblichen Eyd zu GOtt dem Allmächtigen schwören, daß sie mit der Klägerin niemals in Unehren zu thun gehabt, noch sich jemal mit ihro fleischlich vermischt, solches gehöret werden solle. Sie thun nun dieses oder nicht, soll nichts destoweniger geschehen und ergehen, was recht ist.

23 Es ist aber Hr. Burgmeister D. bey der Citation ad audiendam sententiam zu injungiren, daß er seinen Sohn persönlich darstelle, daß er den Eyd in eigner Person ablege, oder sich zur Bekandtnis bequeme, und ist vor wirklicher Abschwörung des Eyds beeden D. ernstlich und beweglich zuzureden, und ihnen das Gewissen rechtschaffen zu schärffen, die zeitliche und ewige Straffe des Meineydes nach Gnüge zu erklären, und sie wohl zu erinnern, solche ihnen nicht durch falsch-schwörenden Eyd über den Hals zu ziehen. worzu allenfalls auch wohl ein Geistlicher adhibirt werden könte, ihnen desto besser das Gewissen zu rühren.

Wann dieses geschehen, wolle der Hr. Richter 24
uns ohn Beschwehr wieder berichten, ob sie beede Beschuldigte das ihnen deferirte Juramentum abgelegt, oder sich ihres verletzten Gewissens halber in Güte bequemet ihre tragende Schuld an der Schwängerung des Menschen zu bekennen, und zu gestehen, daß sie mit ihro in Unehren zu thun gehabt, darauf alsdann so gleich auch die definitiv-Urtheil in der Sachen von uns abgefaßt werden solle, und die Sache ohn sondern weitern Auffenthalt expedirt werden.

Wollen indeß dieses, salvo quorumvis meliori judicio, zu verlangter Rechts-Belehrung nicht verhalten.

Actum in Collegio d. 25. Octobr. 1708.

CONSILIUM CXXXIX.

DE

Revocatione Prædii Emphyteutici.

SUMMARIA.

Casus a num. 1. usque 4.

5. Res fideicommisso obnoxia non potest alienari.

6. Incompatibilia sunt fideicommissum subsistere, & bona ei obnoxia, posse alienari.

7. Hinc nec in Emphyteusin perpetuam concedi possunt.

8. & 9. An prædium de quo in præsenti quæstio est fideicommisso sit obnoxium?

10. Res fideicommissi titulo plene acquisita, cujus quis moderator & arbiter factus, alienari libere potest.

11. In re communi potior causa prohibentis.

12. & 13. Factum defuncti hæres præstare tenetur.

14. Hinc & Vasalli filii alienationem feudi antiqui à patre factam ratihabere coguntur.

15. & 16. Unus ex sociis omnes reliquos consortes prohibere potest, ne in re communi hoc vel illud faciant.

17. Dolus non præsumitur sed probandus.

18. 19. & 20. Emphyteusis alicui ejusque hæredibus concessa, cum reliquis bonis ad quoscunque hæredes transmittitur.

21. Nec propter fugam possessoris hæredes illam amittunt.

22. In alienatione Emphyteuseos. Consensus Domini requiritur.

23. Pretium ab alio oblatum ipsi indicari debet.

24. Quid, succedere volenti in bona absentis, probare incumbat.

25. & 26. Jus retractus cur in substrato locum non inveniat explicatur.

27. Causa juris retractus sine qua non est alienatio rei.

28. & 29. Causæ hujus sine qua non requisita.

30. Hujusmodi alienatio in præsenti non est facta.

31. 32. & 33. Emphyteuta pacta non servans privatur jure suo.

34. & 35. Reipubl. interesse creditur, ædificia collapsa reparari.

36. Civium quoque interest vicinas ædes reparari.

37. Hinc in Statutis Provincialibus monetur, ædificia salva servare.

38. In pristinum possessorem, si ædificare nolit, injuriosum haud est, vacuam aream alii tradere.

39. Dominus, si non habet, unde reficiat, cogi, ad vendendum, potest.
40. Ex qua causa revocatio prædii Emphyteutici in substrato præmittitur.
41. Viæ, qua res ad pristinam naturam reducitur, favendum.
42. Titulus ante omnia exhibendus est, ex quo prædium aliquod petitur.
43. Interlocutoria.
44. Definitiva.
45. Instructio ad Judicem, quomodo in genere in causa procedendum.

1 AUs fleißiger Verlesung deren zwischen dem Hertzogl. Schomburgischen Rath und Ober-Amtmann Hrn. Anton von Bartholdt, als Anwalden seines Gnäd. Herrn Mylord und Hertzog Maynard von Schomburg und Leinster, Klägern Eines, entgegen und wider Hrn. D. Gersten, Fürstl. Schwartzburgischen Cantzler und Præside Consistorii & Consort. Beklagten andern Theils, ausgeübten Actorum haben wir mit mehrern ersehen, was
2 massen klagender Rath und Ober-Amtmann im Namen seines Gnäd. Herrn Principalis die Untere Burg zu Bellersheim, so weyl. Friedrich Graf von Schomburg vor sich in seinem und seiner Gebrüdere Maynard Duc de Schomburg & Leinster, wie auch Carln Duc de Schomburg Namen, Christian Wilhelm Uhrhanen und seinen rechtmäßigen Erben mit allen dazu gehörigen Bäuen und Plätzen, auch Aecker, Wiesen, Gärten, Trieschen, Sträuchen und Holtz-Marcken, nach Innhalt des dazu gehörigen Acker-Buchs, auch allen Freyheiten, Rechten und Gerechtigkeiten in Anno 1693. jure emphyteuseos erblich concedirt; Nachdem besagter Christian Wilhem Uhrhan ausgetreten und weggezogen, daß niemand gewußt und noch weiß, wo er hingekommen, zu revociren und an sich zu ziehen gesucht, beklag-
3 ter Hr. D. Gerst der sein Christ. Wilhelm Uhrhahnen Schwester zur Ehe hat, und N. Uhrhahn zu Beerstadt des ausgewichenen Bruder solchen Erb-Bestand der Untere Burg samt dazu gehörigen Gütern omnibus modis zu behaupten trachten und nicht davon weichen wollen, auch zum öfftern gebeten einen Termin zu præfigiren den schuldigen jährlichen Canonem a 100. fl. zu deponiren.

4 Wir wollen demnach kürtzlich die Rationes examiniren und besehen, warum die Untere Burg will revocirt werden, ob sie verfänglich seyn, und die Revocation daraus behauptet werden möge, oder nicht? Woraus sich alsdann ergeben wird, was zu erkennen und zu sprechen seyn wird.

5 Die erste Ursach aber ist, weil die Untere Burg eine Res fideicommissaria ist, die von dem Possessore de jure nicht alieniret, consequenter auch keinem zum Erb-Bestand oder in Emphyteusin gegeben werden könne noch solle.

Cum enim bona fideicommis. restitutioni subjecta ad omnes de familia transire, & in ea perpetuo conservari debeant, sua natura eorum alienatio, quæ perpetuitati huic adversatur, interdicta intelligitur

per *l. fin. §. 2. & seq. Auth. Res quæ. C. commun. de legat. l. 69. §. 1. de legat. 2. l. 3. §. 3. ff. ad SCt. Trebell.* & alienationem contra naturam fideicommissi esse nominatim asserit

Decian. *vol. 1. Cons. 52. n. 5.*

ac fideicommissum subsistere, & bona ei obnoxia alienari posse, incompatibilia esse, & sic tanquam inter se contraria & incompatibilia juxta se stare non posse, tradunt 6

Socin. Sen. *vol. 4. Cons. 43.* Honded. *vol. 1. Cons. 33. n. 19.* Knipschild. *de fideicommiss. famil. nob. cap. 11. n. 1. seqq.*

atque hinc recte quoque colligit modo laudatus

Knipschild. *alleg. c. 11. n. 136. seq.*

nec in Emphyteusin perpetuam concedi posse bona fideicommisso familiæ subjecta. 7

per *l. fin. C. de reb. alien. non alien. C. nulli X. de bon. Eccles. non alien. Nov. 7. c. 1. & authoritates ibi adductas.*

Folglich sey diese von weyl. Graf Friedrich von Schomburg Christian Wilhelm Uhrhanen beschehene Concession der Untern Burg zu Bellersheim zu einem Erb-Zins-Gut von keiner Krafft, sondern könne als ungültig nach Belieben von Hrn. Klägern revocirt werden. 8

Allein ist ex Actis weiter nicht zu sehen, als daß solch Untere Burg titulo fideicommissi an weyl. Hertzog Friedrich von Schomburg, Lord in England, Ritter des Güldenen Hosen-Bands, jetzigen Hrn. Klägers, Hrn. Vattern seel. gekommen, ob sie aber jetzo bey dessen Söhnen und Nachkommen noch Fideicommissi perpetui familiæ vinculo afficiret sey, ist ex Actis nicht zu erlernen, noch darinn rechtlich probiret; Wann also diß nicht erwiesen wird, kan sie ex hoc capite nicht revocirt, noch Hrn. Klägern zugesprochen werden. 9

Non enim res fideicommissi titulo plene acquisita cujus liber moderator & arbiter quis factus; sed res fideicommissi perpetui ad conservationem familiæ constituti vinculo affecta alienari prohibetur 10

per dictos textus & tradita Knipschildii *dict. c. 11. n. 1. seqq.* & ibi allegat.

Die andere Ursach ist, weil die Untere Burg damals den drey Brüdern von Schomburg gemeinsam zugehört, deswegen sie tanquam res communis von Graf Friedrich von Schomburg nicht habe zu Præjudiz des Hrn. Klägers absque ejus consensu quoad utile dominium in perpetuum alienirt, und Jure Emphyteuseos concedirt werden können, sondern schlage hier die gemeine Rechts-Regul an: Quod in re communi potior sit causa prohibentis. 11

l. 28. ff. commun. divid. ibi Brunnemann.

Aber

12 Aber wann Hertzog Maynard von Schomburg seinen beeden HHrn. Gebrüdern Graf Friedrich, und Carln Duc de Schomburg titulo universali succedirt hat, und deren Erbe worden ist, so ist er per indirectum tanquam heres fratrum suorum schuldig den von ihnen dem Christian Wilhelm Uhrhanen concedirten Erb-Bestand der Untern Burg nicht nur quoad illorum, sondern auch quoad propriam suam partem, den singuli Concessionis tempore daran gehabt, genehm zu halten, und kan ex hoc capite keinen Theil des per Emphyteusin alienirten und transferirten utilis dominii revociren, cum

13 constet, quod heres teneatur factum defuncti præstare, nec ei ulla ratione contravenire possit,

l. 14. C. de rei vindic. l. 149. ff. de regul. jur.

14 qua ratione & filii Vasalli alienationem feudi antiqui a Patre factam ratihabere coguntur, nec revocare eam possunt, utut alias feudi alienatio interdicta sit Vasallo, & in præjudicium illorum, qui ex prima investitura jus quæsitum habent, fieri nequeat.

2. F. 45. 51. §. filius. j. d. l. 14. C. de rei vindic. Bitsch. *ad text. 2. F. 26. §. Titius. p. 443.* Struv. *Synd. Jur. Feud. cap. 13. th. 16. n. 6.* Vultej. *lib. 1. de feud. cap. 11. n. 166.* Stryck. *Exam. Jur. Feud. c. 20 q. 10. & Disp. de præsumpt. feud. cap. 4. num. 6. seq.*

15 Wäre aber Hertzog Maynard von Schomburg nicht seines Bruders des Graf Friedrichs von Schomburg Erbe worden, sondern es hätte diesem seine hinterlassene Tochter succedirt, und hätte er deren Theil per transactionem also titulo singulari nur an sich gebracht, so könte er ex capite hoc nicht nur sein Theil, sondern das gantze Prædium wohl revociren, weil es nemlich wider seinen Willen, dem Christian Wilhelm Uhrhanen zu einem Erb-Zins-Gut gegeben worden,

16 quia dicta regula, quod in re communi potior sit causa prohibentis, ampliatur, ut unus ex sociis, qui rem communem habent, reliquos consortes omnes possit prohibere, ne in re communi hoc vel illud faciant.

Gometz. *2. resol. cap. 3. n. 14* ubi fere in terminis nostris ita tradit. Hector. Felic. *de societ. cap. 28. n. 9.* Menoch. *de arbitr. jud. quæst. cas. 442.* Mantic. *de ambig. convent. lib. 5. tit. 2. n. 7.* Tessaur. *dec. 41. n. 20.* Cardin. Tuschus *lit. C. concl. 534. 542. & lit. S. concl. 297. 298.* Gail. *de pignor. Obs. 20. n. 3.*

17 Pro tertia causa wird angeführt, daß Christian Wilhelm Uhrhan weyl. Graf Friedrichen von Schomburg per falsa narrata dolose inducirt, daß er ihm die Untere Burg Jure Emphyteuseos concedirt. Allein hier ist der Dolus nicht probirt, wie geschehen sollen, dahero die Revocatio ex hac causa nicht gestattet werden kan.

Cum enim dolus non præsumatur, perspicuis indiciis probandus venit, si quis ob eum jure suo privari debeat.

l. 51. ff. proso. l. 6. C. de dol. mal. l. 23. §. 1. de prob. l. 10. C. de rescind. vend. Barbos. locuplet. *lib. 4. cap. 44. ax. 3.*

18 Vierdtens wird angeführt, der Erb-Beständer habe sich fuga subducirt, mithin sey der Contract erloschen, und daher das Dominium utile cum directo wieder consolidirt, denn der Erb-Bestand sey dem ausgetretenen Uhrhanen gegeben und auf seine Person restringirt worden, deswegen sich die jetzige Detentores darzu nicht qualificiren, noch sie oder andere als Erb-Beständer dem Hauß Schomberg wider Willen von dem ausgewichenen Uhrhan obtrudirt werden können.

19 Klagender Anwald aber irret darinn, daß er vermeynet, der Erb-Bestand sey auf des ausgewichenen Uhrhans Person restringirt, und daher der Contract per fugam illius erloschen, mithin das Dominium utile cum directo consolidiret. Denn der Erb-Bestand der Untern Burg ist Christian Wilhelm Uhrhanen und seinen rechtmäßigen Erben ausdrücklich gegeben worden, und daher wird er ein Erb-Bestand genandt.

20 Quando autem Emphyteusis alicui & ejus heredibus concessa est, Emphyteuta Jus Emphyteuticum semel legitime acquisitum cum reliquis suis bonis transmittit ad omnes & quoscunque heredes suos & extraneos, legitimos & testamentarios, descententes & alios, masculos & fœminas.

§. 3. Inst. de locat. & conduct. l. 1. pr. ff. si ager vectig. Nov. 7. c. 3. Besold. *Thes. pract. voc. Erb-Zins-Gut.* Bocer. *cl. 1. Disp. 29. th. 11.* Frantzk. *de laudem. cap. 9. n. 49. seqq.*

21 Kan derowegen propter fugam nicht vor erloschen gehalten werden, sondern kommt auf seine rechtmäßige Erben, wofern er todt, lebt er aber, so kan ers behalten und nutzen durch wen er will, oder kan salvo jure domini directi das Prædium Emphyteuticum cum pertinentiis jemand anders in Sub-Emphyteusin geben, gleichwie der Vasallus sein Lehen einem andern Affter-Lehen-weiß concediren kan.

l. 2. C. de fund. patrimonial. 2. F. 9. pr. 2. F. 26.

F. 26. §. beneficium. 2. F. 34. §. 2. Alvar. Valascus *de Jur. Emphyteut. qu. 13. n. 11. 12.*

22 oder es kan sonst titulo singulari, lucrativo aut oneroso, in alios non prohibitos & idoneos ad canonem solvendum transferiren, modo ad ejus actualem translationem Domini consensus requiratur

l. fin. C. de Jur. Emphyt.

23 cui, si vendatur, etiam venditio & pretium ab alio oblatum denunciari debet, quo facto ipsi intra duos menses competit Jus Protimiseos seu retractus.

d. l. fin. C. de Jur. Emphyt. Frantzk. *de laudem. cap. 9. n. 125. seqq.* B. D Lauterbach. *ad tit. ff. si ager vectigal. th. 17.*

24 Deme nach Beklagte vor allen Dingen beyzubringen haben, ob der Entwichene gestorben, oder annoch lebe, und ob er jenes Falls testatus aut intestatus gestorben, ob er Kinder hinterlassen oder nicht, damit man sehen möge, ob sie sich der Succession in Jus Emphyteuticum anzumassen haben, oder nicht; Dißfalls aber da er noch im Leben, könten Beklagte nichts erhalten, sie erwiesen dann vorher, und brächten von ihm einen Gewalt bey, daß er Christian Wilhelm Uhrhan das Prædium Emphyteuticum durch sie niessen wollte, oder hätte es ihnen in Sub-Emphyteusin gegeben, oder es sonst alio titulo auf sie transferirt, oder sie wolten sich per cautionem judicatum solvi zu Defensoribus stricte sic dictis legitimiren, juxta

l. 46. §. 2. ff. de Procurat. ibi Brunnemann.

25 Fünfftens thut sich klagender Anwald insonderheit in dem angemaßten Jure retractus tum Jure communi Domino Emphyteuseos competente, tum in specie Nobilibus Imperii immediatis per Privilegium Cæsareum concesso gründen, und vermeynet, daß er in Krafft dessen auf alle Weiß und Wege befugt sey, das Erb-Bestand-Gut an sich zu ziehen und zu revociren.

26 Aber ex hac causa kan er weniger, als ex ulla alia, das Prædium Emphyteuticum an sich ziehen oder revociren. Denn Jure retractus aut protimiseos kan sein Herr Principal das Prædium oder Jus Emphyteuticum nicht anders an sich ziehen oder revociren, als wann Christian Wilhelm Uhrhan jetzo ex causa dominii translativa oneroſa es alienirt.

27 Causa enim sine qua non Jus retractus produci potest est alienatio rei talis, circa quam introductum hoc Jus est, & de Jure alias competit, facta per titulum dominii translativum ex causa oneroſa, scil. emptionis venditionis contractum, & per conventiones, quæ propter interventum certe, pecunia numerata factæ, æstimationis ipsius rei, emptionis vicem obtinent. Requiritur ergo ratione causæ sine qua non 28
1.) alienatio, ut facultatis retrahendi nativitas oriatur. Introductum enim omne hoc Jus est in casum alienationis rei talis factæ. Alienatione nulla facta non nascitur hoc Jus, nec amittitur, etsi centum vel pluribus annis nulla facta.

Joh. Georg. Besold. *p. 6. Consil. 271. n. 6.*

2.) Non omnis sufficit alienatio, sed re- 29
quiritur alienatio dominii vel pleni vel minus pleni, utilis vel directi, translativa, adeoque alienatione dominii non translativa facta facultas hæc retractum exercendi nasci nequit. Et 3.) quidem ex causa oneroſa illa facta esse debet, venditione nempe aut conventione vicem emptionis venditionis habente, ut datione insolutum pro pecunia debita &c.

late B. D. Fromman. *Diss. de Jure retractus Wurtemb. cap. 6. th. 23. seqq.*

Dergleichen Alienation aber ist hier der- 30
malen nicht vorgangen oder geschehen, gestalten in Actis davon nichts enthalten, daß Christian Wilhelm Uhrhan habe wollen sein Jus Emphyteuticum alieniren, und auf jemand fremdes transferiren, und die erste von weyl. Hn. Graf Friedrich von Schomburg in Anno 1693. dem Christian Wilhelm Uhrhanen beschehene Concessio der Untern Burg in Emphyteusin kommt nach Verfliessung so vieler Jahren in keine Consideration mehr, siquidem respectu hujus Jus retractus, quod ad annum restrictum, diu extinctum, folglich kan kein Jus retractus a parte domini directi exercendum statt finden.

Die Haupt-Ursach aber 6.) warum klagender Anwald die dem Christian Wilhelm Uhrhanen zu einem Erb-Zins-Gut verliehene Untere Burg zu Bellersheim zu revociren gesucht, ist, daß ex parte des Erb-Beständers dem Contract kein Genügen geschehen, weder im Bauen, noch Exercirung der zu Burg gehörigen Jurium, weniger mit Auszahlung der darauf hafftenden Gelder, worvon ers zu befreyen versprochen; Massen der Erb-Beständer bey Empfahung des Erb-Bestands sich expresse obligirt die Sache wider die von Hattstein wegen der von selben auf den Hof gemachten Prætensionen, mit Recht auszuführen, allen Processkosten zu tragen, die drauf prætendirte 1500. fl. abzutragen, auf die darzu gehörige Güter zu inquiriren, was davon kommen wieder herbey zu bringen und zu bessern, die gefallene Gebäu auf seinen Kosten nach und nach zur Nothdurfft wieder aufzubauen, von welchen er das wenigste gehalten zu haben beschuldiget wird, denn er an die von Hattstein nichts bezahlt, noch mit Recht ausgeführt, sondern die HHn. von Schomburg haben selbst den Proceſs führen müssen, liege auch der Hof oder die Untere Burg noch im Ruin und sey fast gar nichts erbauet. 31

Weil

32 Weil er also à parte sua dem Contract kein Genügen gethan, so sey Herr Kläger auch nicht schuldig länger also zuzusehen, sondern sey optimo maximo jure berechtiget, das prædium Emphyteuticum an sich zu ziehen und zu revociren. Und wann sich dieses in facto also wahr befindet, daß der Erbbeständer à parte sua conventionem nicht adimplirt in Ausführung der Processe auf seinen Kosten, mit angefangenem Bau der verfallenen Gebäue ꝛc. so à Domino Judice ex officio zu untersuchen, so ist Hr. Kläger vel ex hac unica causa befugt das prædium emphyteuticum zu revociren.

33 Agnoscitur enim justa & sufficiens esse causa, ex qua emphyteuta jure suo privari queat, si non servet & adimpleat pacta.

Aurel. Corbulus *de caus. ex quibus emphyteuta jure suo privat. rubr. de causa privationis ob inobservantiam pactorum.* ubi notanter ita scribit: Secunda causa ex qua Emphyteuta jure suo privatur, est, si non servet pacta: nam si promisit ex parte sua aliquid expendere in re emphyteutica, & non expendit ab emphyteusi cadit; quia sicut emphyteuta privatur jure suo, si intra biennium canonem non solverit, si sit emphyteuta Ecclesiæ c. potuit. de locat. aut intra triennium si sit emphyteuta privati. *l. 2. C. de jur. emphyt.* ita etiam privatur jure suo, si non servet alia pacta, ut tradit Bald. *in l. f. C. de jur. emphyt.* Ruin. *vol. 1. Cons. 110. n. 1.* Afflict. *dec. 95. n. 5.* Joseph Ludov. *dec. Perus. 22. n. 10.* Sic etiam cadit à jure suo Emphyteuta quando promisit se investire post diem certum & aliquid solvere & postea pactum non adimplevit. Ruin. *vol. 1. Cons. 167. n. 18.* ubi inquit generale esse, ut emphyteuta ob pacta non servata possit expelli, sicut si pactum de solvendo canonem non observat *d. l. 2. C. de jure emphyt.* quia ibi de solutione omissa dicitur exempli gratia, quod regulam non restringit *l. 40. pr. ff. de damn. infect.* & quod emphyteuta, qui promisit domino dare instrumentum Investituræ suis propriis expensis intra tres menses, & postea non dedit, cadat quocunque jure suo, tradit Paul. de Monte pico *Cons. 79. n. 2. 3. 5.* Similiter ob non servata pacta privari posse Emphyteutam jure suo agnoscit Joh. Petr. Surdus *dec. 29. n. 11.* ubi tradit jus revocandi, etsi regulariter non transeat ad heredes, tamen quando fit ob pacta non servata, transeat ad heredes, quia caducitas quæ committitur ob non servata pacta dicitur natura contractus, non pœna.

34 Zumahlen da Hr. Kläger gesonnen die zerfallene Burg wieder zu bauen und zu restitui-

ren, oder die im ruin liegende Gebäu des Hoffs wieder aufrichten zu lassen, denn da verlirete das Interesse publicum darunter

Interesse quippe creditur Reipubl. ut ædificia collapsa reparentur & restituantur, cum non solum pertineat ad decus urbium ædificia restitui; 35

l. 20. §. 10. ff. de novi oper. nunciat.

Sed & aliorum civium maxime interfit vicinas ædes reparari. 36

arg. *l. 3. C. de ædif. privat.* Peretz. *ibid. n. 7.*

quin & ædificia collapsa ipsius Reipubl. ruina plerumque infequi soleat. Ideo Magistratus, inspectis ædificiis, dominos eorum, ut reficiant, causa cognita compellere, & adversus detrectantes competenti remedio deformitati auxilium ferre jubentur.

l. 7. ff. de Offic. Præs. l. 8. C. de ædif. priv. l. 46. pr. ff. de damn. infect.

Sic etiam passim in Constitutionibus Provincialibus & Statutis Civitatum singulariter moneri solet, daß die Einwohner ihre Häuser in baulichem Wesen erhalten sollen, und daß sie von der Obrigkeit darzu ernstlich anzuhalten. 37

Aliquando etiam ex usu Reipubl. obtinuit, ut loca urbis deserta & squalida cuivis ædificiis occupare liceret. Sic Vespasianus cum deformis urbs veteribus incendiis ac ruinis esset, vacuas areas occupare & ædificare, si possessores cessarent, cuique permisit, teste

Sueton. *in Vespas. cap. 8.*

Tale quid, in locis sub Martiis furoribus incendio vel vi devastatis permittere, nec in pristinos possessores, si ædificare nolint vel non possint, injuriosum, nec ædificantibus invidiosum, Reipubl. autem admodum necessarium & utile foret, aliàs de propinquo nulla spes est, civitates posse intra aliquot secula redire ad pristinam faciem, inquit 38

Mevius *ad Jus Lubec. lib. 3. tit. 12. art. 3. num. 8.*

Ac hinc quoque dominus si non habeat, unde reficiat, cogi potest, ad vendendam domum alteri, qui possit reficere, sin autem emptorem non reperiat, licite poterit à Republ. tantum petere, quantum sufficiat ad reparationem domus, juxta 39

Speculator. *tit. de satisdat. §. est quoque.*

Und wäre deswegen Herrn Klägern so ehender des desolirten und im ruin liegenden Prædii Emphyteutici revocation zu gestatten, wann ers der Ursach revociren wollte, daß ers wieder sauber und recht bauen lassen möchte, wie es vor diesem gewesen, von Beklagten aber nicht zu hoffen, daß sie die Gebäu dergestalten wieder herstellen werden, als publicus decor & favor ædificiorum ne scil. urbs ruinis ita deformata semper maneat, solches desfalls erheischet, und utilitas publica ohne dem juribus privatorum billig zu præferiren ist. Und daß zwar umb so mehr, als unsere Jura und Rechts-Lehrer wollen 40

41 quod favendum sit viæ, qua res ad pristinam naturam reducitur ac consolidatio dominii utilis cum directo promovetur.
l. 27. §. 2. in fin. ff. de pact. Stryck. *de success. ab intest. Disp. 6. c. 3. §. 21.*

42 Bey welcher der Sachen Beschaffenheit Beklagte förderist per interlocutoriam anzuweisen, daß sie sich vor allen Dingen legitimiren, quo jure vel titulo sie sich des Prædii Emphyteutici anmassen, und das Erb-Bestand-Recht zu behaupten suchen, ob sie es als des Christian Willhelm Urhahns fortè defuncti heredes, oder ex ipsius adhuc viventis mandato thun, oder quo alio titulo sie sich der Sachen annehmen, und das Gut besitzen, nutzen und niessen, oder ob sie wenigst sich als Defensores ihres Bruders und Schwagers per præstitam cautionem judicatam solvi legitimiren wollen, so geschehen könnte durch folgende

Interlocutoriam.

43 In Sachen des Hertzogl. Schomburgischen Raths und Ober-Amtmanns Hrn. Anton von Bartholt, als seines Gnäd. Herrn Anwalds, Klägern eines; entgegen und wider Hrn. D. Gersten & Consort. Beklagten andern Theils wird förderist der gethane Beschluß ex officio rescindirt, und hiemit ferner erkannt, daß Beklagte vor allen Dingen inner Monaths-Frist, so ihnen hiemit pro termino darzu angesetzet wird, sich in dieser Sache legitimiren und klar anzeigen sollen, quo Jure vel titulo sie das Erb-Bestand-Gut besitzen, nutzen und niessen, und sich der Sachen annehmen, ob sie sich dessen als des Christian Wilhelm Urhahnens Erben, oder Gewalthabere, oder unter was Schein und Rechten sonsten, anmassen; Alsdann in der Sach ferner geschehen und ergehen soll, was recht ist.

Thun sie Beklagte nun diesem Bescheid kein Genügen, und legitimiren sich inner der gesetzten Frist in keine Weiß noch Wege, offeriren sich auch nicht einmal cautionem judicatam solvi zu præstiren, so sind sie schlechter Dingen zu condemniren, Klägern die untere Burg mit allen pertinentien und fructibus perceptis ac percipiendis zu restituiren cum refusione expensarum, und zwar durch nachstehendes

Urtheil:

44 In Sachen des Hertzogl. Schomburgischen Raths und Ober-Amtmanns Hrn. Anton von Bartholt als Anwalds seines Gnäd. Herrn Klägern eines, entgegen und wider Hrn. D. Gersten & consort. Beklagten andern Theils, erkennen und sprechen wir Hauptmann Rath und Ausschuß der ohnmittelbaren Freyen Reichs-Ritterschafft Mittelsheimischen Cräyses in der Wetterau auf Klag, Antwort und all ander Gerichtl. Fürbringen, nach gethanem Rechtsatz, genommenem Bedacht und gehabten Rath auswärtiger unpartheyischen Rechtsgelehrten hiermit vor Recht, daß Beklagte sich der sine ullo titulo angemaßten untern Burg zu Bellersheim gäntzlich zu bemüßigen und den darzu gehörigen Hoff, Länder, Aecker, Gärten, Wiesen samint andern pertinentien Klägers Hrn. Principal als sein eigenthümlich Gut mit allen Nutzungen, Früchten und Kosten völlig einzuräumen und zu restituiren, schuldig und verbunden seyn sollen.

45 Legitimiren sie sich aber gnugsam zum Rechten und Besitz des Prædii Emphyteutici, oder præstiren wenigst cautionem judicatam solvi, daß sie personam Defensoris des abwesenden Schwagers und Bruders agiren können, so wird der Schomburgische Hr. Anwald, wann er nicht acquiesciren und den annuum Canonem Emphyteuticum annehmen, sondern der revocation ipsius prædii noch ferner insistiren will, per Decretum dahin anzuweisen seyn, daß er docire, daß sein Hr. Principal nicht Erbe worden sey seines Hrn. Bruders Graff Fridrichs von Schomburg, der die untere Burg qu. dem Urhahnen in emphyteusin gegeben, und dahero sich nicht obligirt befinde seines Bruders Factam concessionem in emphyteusin genehm zu halten, sondern dessen Theil an der Burg nur singulari titulo transactionis von dessen hinterlassenen Tochter an sich gebracht, oder daß der Emphyteuta den Pactis contractui Emphyteuseos insertis aut adjectis kein Genügen gethan und sich dadurch der privation würdig gemacht, denn aus keiner andern als diesen beeden Ursachen von allen denen, die er angeführt, die revocation Platz finden kan, wie bey der andern und sechsten Ursach ob angezeigt worden.

Welches wir also, salvo meliori judicio, zu verlangter Rechtl. Nachricht dienstlich anfügen und mit unser Facultät gewöhnlichen Insiegel bekräfftigen wollen. Actum in Collegio nostro den 4. Decembr. 1708.

CON-

CONSILIUM CXL.

DE

Remedio, finito poſſeſſorio Summario, ſuper ſpolio intentato, in Materia Decimarum, illi, qui ſuccubuit, adhuc competente. De probatione finium antiquorum, ut & editione documentorum communium.

SUMMARIA.

2. 3. Judicio poſſeſſorio ordinario finito, adverſario illius, qui in eodem ſententiam pro ſe obtinuit, quæ in rem judicatam tranſiit, ſupereſt Petitorium.

4. Agitato autem poſſeſſorio ſummario, ante Petitorium adhuc ſupereſt Poſſeſſorium ordinarium.

5. Nec qui in illo ſuccubuit, rei judicatæ exceptione repellitur.

6. Variato ſiquidem judicio non obſtat dicta exceptio. jung. n. 7.

8. Quamvis contra diſtinctionem judicii poſſeſſorii in ordinarium & ſummarium, inſurgat Mindanus.

9. Attamen Praxis hodierna & obſervantia fori eam hactenus comprobavit.

10. Finito per ſententiam poſſeſſorio ſummario, utilius eſt omiſſo ordinario, ad petitorium confugere.

11. 12. Principes & alii Status imperii Subditos ſuos non debent bonis ac juribus ſuis legitimè quæſitis ſine prævia cauſæ cognitione, privare, ſed ſi contra hos prætenſionem aliquam juſtam ſe habere putant, judicio experiantur.

13. 14. Bona eccleſiaſtica quisque Status imperii in ſuo Territorio ſita ſeculariſare poteſt, quæ tunc Domino Territorii obtingunt.

Ibid. Qui aliquod jus ex conceſſione Dni Territorialis conſecutus eſt, inſtrumentum deſuper erectum, tanquam documentum commune edere tenetur.

15. Edere juſſus jurat, ſe nec poſſidere, nec dolo deſiiſſe poſſidere.

16. Titulo oneroſo acquiſita nemini, nec à Principe, ex abſoluta etiam poteſtate, auferri poſſunt.

17. In controverſiis Decimarum non ſufficit quem eſſe in quaſi poſſeſſione juris decimandi, ſed requiritur, ut edoceatur titulus.

18. 19. Subditus præſcriptione 30. vel 40. annorum, bona fide juſtoque titulo vallatâ, nec non in quaſi poſſeſſione libertatis à ſolutione prætenſorum cenſuum ſciente & patiente Domino, conſtitutus, omninò, tutus eſt.

20. B. fidei &c. Exacta probatione poſſeſſor minimè gravandus eſt, cum extanti temporis lapſu b. f. præſumatur.

21. adeò, ut malam fidem allegari non amplius poſſe, nonnulli Dd. putent.

22. Ad jus decimandi ſibi vindicandum, in Petitorio Actio utilis confeſſoria inſtituitur.

23. Decimas Novales Territorii Dominus vi Superioritatis, ſibi ex generali conſuetudine inter Proteſtantes recepta, hodiè vindicat.

24. Requiſita Novalis traduntur remiſſive. Add. n. ſeq.

26. 27. 28. 29. Regula: Quòd teſtes de auditu alieno deponentes non probent.

30. 31. 32. 33. Multas notabiles patitur limitationes.

Edler und Großachtbarer, Großg. Hochgeehrter Herr.

1 AUs dem an uns Decanum und andere Doctores der Juriſten-Facultät bey gemeiner Hochfürſtl. Würtemberg. Univerſität Tübingen ſub dato den 18. Decembr. abgewichenen Jahrs erlaſſenen haben wir mit mehrern erſehen, daß nachdem im ſechzehenden Seculo das in der Hochlöbl. Graffſchafft Erpach gelegene Cloſter Steinbach ſeculariſiret worden, die Landes-Herrſchafft einen dieſem Cloſter vormahlig zugehörigen Zehenden in der Moſauer Marckung der Monbrunner Zehend genannt an die Burgerſchafft zu Erbach und Michelſtadt, und zwar dieſer $\frac{1}{3}$ jener aber $\frac{2}{3}$ verkaufft, dergeſtalt, daß alle 20. Jahr ſolcher Zehend gegen Erlegung des Kauff-Schillings wiederum eingelöſet werden könne, welches Zehendens wegen im verwichenen 1707. Jahr ein Stritt und Diſput entſtanden, der zwar den Zehenden an ſich ſelbſt nicht, ſondern nur deſſen terminum, wie weit er ſich extendirt, eigentlich betreffe, deswegen man Lit. A. die darinn benannte Zeugen ad perpetuam rei memoriam ratione des Bezircks, wie weit der Zehend gehe, verhören laſſen, und die beyliegende Schreiben von Num. 1. biß 8. mit einander gewechſelt, darinn die Sach in ziemlich hitzigen terminis Anfangs tractirt worden, und die Klägere mit ihrer Klag nicht heraus gewolt, biß ſie ſich endlich verwichenen Sommer bequemt, da wie wirs anfangs vermuthet, alſo nachgehends befunden, daß die Sache ob ſpolium in poſſeſſorio anhängig gemacht worden, ſo man zu Rechtl. Erkänntniß will ausgeſtellt ſeyn laſſen, und in-

terim zu seiner Nachricht und besserer Verwahrung oder Information über folgende drey Quæstiones in Rechten belehrt zu werden verlanget.

1.) **Ob so fern Klägere in** possessorio **obteniren sollten, welches doch, da sie ihre** Possess, **wohin sie solche dermalen** extendiren **wollen, noch lange nicht erwiesen, auch schwerlich werden erweisen können, nicht zu** præsumiren **ist, die Herrschafft verbunden sey, mit ihren Unterthanen sich in** Process **einzulassen, und ein ordentlich** Petitorium **gegen sie anzustellen?**

2 **Worüber unsere beywohnende Rechtliche Gedancken zu eröffnen, wir fast kein anderes Rechts-Mittel, noch Weg sehen, wodurch man sonsten aus der Sachen völlig kommen könnte, als durch förmliche** Instituirung des Petitorii, **falls die Klägere in dem** intentirten Possessorio obteniren, sie per sententiam in eo latam pro possessoribus declarirt, **und bey der erlangten** Possession **des Zehenden biß an die Hüttenthäler** Allmand per sententiam judicialem maintenirt werden sollten, **die Herrschafft aber sie Erbacher und Michelstädter nicht wollte in ruhigem Besitz des Zehend-Rechts biß zu gedachter Hüttenthäler** Allmand, **darinn sie in** possessorio confirmirt **wären, lassen.**

3 **Denn da wäre Gnädig. Herrschafft ja nichts übrig als das** Petitorium, **wann das bißher** exercirte Possessorium **wäre das** Judicium Possessorium Ordinarium sive plenarium **gewesen, darinn** solenni ordine servato, exhibito nimirum libello, facta litis contestatione, peractis plenis probationibus, procedirt **worden,** hoc quippe finito, adversario illius, qui in eodem sententiam pro se obtinuit, quæ in rem judicatam transiit, nil aliud supereſt, quam petitorium.

arg. l. un. C. uti possid. l. 37. ff. de jud.
B. D. Fromman. *Disp. de different. act. petitor. & possessor. th. 70.*

4 **Wann es aber nur das** Possessorium Summarium vel Summariissimum **gewesen, so zwischen ihnen** agitiret **worden, (wie wir** ex postfacto, **nachdem diß schon zu Papier gebracht gewesen, gesehen, daß das** Possessorium Summarium super spolio **allein** instituiret) **so finde auch das** Possessorium Ordinarium **noch wohl** ante Petitorium **statt, wann man sich dessen bedienen wollte,** judicium enim possessorium Summariissimum est præparatorium ordinarii seu plenarii.

Ord. Cam. part. 2. tit. 21. §. fin. Garpz. *lib. 1. Resp. 12. n. 7.* Menoch. *retin. possess. remed. ult. n. 44.* B. D. Fromman. *d. Disp. th. 68.*

5 nec qui in illo succubuit, cum ad ordinarium recurrit, rei judicatæ exceptione repelli potest.

ut contra Bartol. & Vinc. de Franchis probat Carpzov. *lib. 1. Resp. 16. n. 3. seqq.*

Variato siquidem judicio non obstat exce- 6
ptio rei judicatæ

l. 11. §. 4. l. 12. ff. de except. rei jud.

Variari autem judicium si finito possessorio 7
summario instituatur possessorium ordinarium, indubium est, cum hæc differant ab invicem quam maxime.

Carpz. *d. Resp. 16.* B. D. Fromman. *Disp. de different. act. ordinar. & summar. th. 52. seqq. & per tot.*

Ac licet contra hanc distinctionem Judicii 8
Possessorii in Ordinarium & Summarium s. Summariissimum valde insurgat

Frid. Mindan. *tr. de interdict. comm. 13.*

eamque confictam, falsam & magis Doctorum somnio, quam ullibi in jure fundatam asserat, ac in possessorio semel succumbenti nullum nisi petitorium proprietatis judicium permissum autumet.

Attamen Praxis hodierna & observantia 9
fori eam hactenus comprobavit, ita, ut olium & operam perdere videatur quicunque illam impugnare ausit.

Carpzov. *lib. 1. Resp. 9. n. 12. seqq.* ubi usum & effectum hujus distinctionis subjungit.

Wir hielten jedoch fast vor räthlicher, wann 10
man, finito possessorio summario super spolio intentato per sententiam in eo latam, hier omisso possessorio ordinario **nur gleich das** Petitorium instituirete. **Denn sollten Klägere in dem instituirten** Possessorio obteniren **und** victoriisiren, **und man wolte sie** via facti **von ihren** per sententiam **bestätigten** possession **verstossen, das wäre gar unverantwortlich und könnte von keinem Menschen gebilliget werden, sondern es hätten die Erbacher und Michelstädter so dann erhebliche Ursach sich deswegen höchstens zu beschwehren, ist also der billigste Weg, daß Gnäd. Herrschafft, wann Klägere sollten** in possessorio obteniren, petitorio experire.

Principes enim & alii Status Imperii sub- 11
ditos suos non debent bonis ac juribus suis legitime quæsitis sine prævia causæ cognitione privare, sed ipsos clementer audire, ac ubique via juris contra eos procedere tenentur. Sicut enim ipse Imperator promittit, quod si contra omnes vel singulos Status, aut etiam Nobiles immediatos Imperii quicquam prætendat, nolit contra eos via facti procedere, sed viâ juris velit experiri, **er wolle sie nicht selbst vergewaltigen, sondern vor die ordentliche Gerichte zu Verhör und gebührlichen Rechten stellen und kommen lassen.**

Capitul. Leopold. *art. 15.* Joseph. *art. 14.*

Ita quoque Principes & Status Imperii alii 12
Imperatorem meritò in hoc passu imitantur, & si quam prætensionem justam contra subditos suos se habere putent, judicio item experiantur, nec sine prævio Processu, quod præten-

prætendunt, extorqueant. Digna enim Majeſtate Principum vox eſt, legibus ſe alligatum profiteri.

l. 4. C. de legib.

Eaque propter nec contra Legum præſcripta à ſubditis ſuis quicquam per vim exigant, aut extorqueant.

13 Da es dann keiner ſo groſſen Weitläufftigkeit, die ohne dem den Erbachern und Michelſtädtern nicht lieb ſeyn wird, von nöthen, ſondern weil die Secularisation des Cloſters und deſſen pertinentien, darunter auch der Zehend quæſtionis geweſen, vi ſuperioritatis territorialis von den Hrn. Graffen von Erpach geſchehen.

Nam bona Eccleſiaſtica mediata in ſingulis ditionibus Imperii nemo alius ſeculariſare poteſt, quam qui ſuperioritate territoriali & poteſtate Majeſtati analoga gaudet, adeoque quisque Status Imperii in ſuo territorio.

Rhetius *de Seculariſat. bonor. Eccleſ. cap. 4. n. 53. 66.* Mauritius *de Secular. bon. Eccleſ. cap. 5. §. 6. 7.*

14 Und derſelbe dadurch den HHrn. Graffen als Dominis territorii zugefallen,

Maurit. *d. Diſp. de ſecular. bon. Eccl. c. 10. §. 1.*

conſequenter die Städte Erbach und Michelſtadt ihn nicht anders als ex conceſſione der HHrn. Graffen erlangen können, ſeyn ſie ſchuldig, daß über ſothane conceſſion aufgerichtete Inſtrument zu produciren tanquam Documentum commune,

arg. l. 5. ff. famil. erciſc. l. 7. C. de edend.

umb daraus zu ſehen mit was conditionen, und wie weit ihnen der Zehende quæſtionis concedirt.

15 Und dafern ſie vorgeben thäten, daß ſie ſolches nicht in Händen hätten, wären ſie verbunden mediante Juramento zu erhärten, daß ſie ſolches nicht in ihrer gewahrſam hätten, noch fürſetzlich vorenthalten, oder dolo malo von Händen kommen laſſen.

l. fin. C. de fide inſtrum. ibi Brunnem. Carpzov. *Proceſſ. tit. 14. art. 4. n. 65. & p. 1. c. 17. d. 28.* Berlich. *p. 1. Concl. 45. n. 84.* Mev. *p. 7. dec. 280.*

16 Zeugte ſich nun aus dem producirten Inſtrumento, daß von der HHrn. Graffen Löbl. Vorfahren der Bürgerſchafft zu Erbach und Michelſtadt der Zehend quæſtionis biß an die Hüttenthäler Allmand ſub pacto de retrovendendo verkaufft worden ſey, ſo muß er ihnen biß zur Wiederleſung gelaſſen werden, weil ſie ihn titulo oneroſo acquirirt.

Quo titulo acquiſita nemini, nec à Principe, ex abſoluta etiam poteſtate, auferri poſſunt.

Petr. Anton. de Petra *tr. de Jure quæſito non tollendo per Principem. per tot.*

17 Zeigt ſich aber das Contrarium daraus, daß er ihnen nur biß an den Linden-Rain verkaufft

und concedirt, ſo können ſie ihn weiter hinaus biß zur Hüttenthäler Allmand nicht prætendiren, noch ſich mit der vorgegebenen poſſeſſion, daß ſie ihn biß dahin genoſſen, ſchützen.

Quia non ſufficit, quod decimas aliquoties eo usque perceperint, & ſic in quaſi poſſeſſione juris decimandi usque ad illum terminum fuerint, ſed requiritur, ut edoceant titulum, quo jus illud eò usque exercendi nacti ſint, quia juris communis præſumptio iis reſiſtit, quem cum edocere nequeant hoc caſu, merito decimas terminum præfinitum excedentes ſibi tum vindicant Domini Comites ceu ad ipſos ex ſeculariſatione & jure territoriali pertinentes.

argumento eorum, quæ tradit Dn. Stryk *de neceſſitate edendi titul. poſſeſſ. cap. 5. n. 30.* Chriſtiern. Hilder. Syring. *de Jur. decim. cap. 9. §. 18.*

Was in ſpecie aber das à Dno Conſulente 18
movirte dubium concernirt, daß in von der Herrſchafft vornehmender renovation viele Gütter Gülten und Zinſen eingezogen und wieder in Gang gebracht werden können, ob gleich die Unterthanen über 100. Jahr in poſſeſſione des Guts oder frey von Gülten und Zinſen geweſen; So kan ſolches concediret werden, wann die Unterthanen weder legitimum titulum gehabt, noch in bona fide conſtituirt geweſen.

Ein anders aber wäre, wann ein Unterthan 19
ſo lange oder auch wohl kürtzere Zeit von 30. oder 40. ein Gut ex juſto titulo, & bona fide beſeſſen, oder ſo lange in quaſi poſſeſſione libertatis à ſolutione prætenſorum cenſuum aut penſionum bona fide, (cujus exacta pro- 20
batione poſſeſſor minime gravandus, cum ex tanti temporis lapſu vel decurſu bona fides præſumatur,

Carpzov. *l. 1. R. 40. n. 17.* Gilken. *de præſcript. p. 2. c. 1. n. 14.*

adeò, ut etiam poſt decurſum tanti tempo- 21
ris non amplius malam fidem allegari poſſe exiſtiment

Paul. de Caſtro *vol. 1. Conſ. 169.* Peregrin. *lib. 1. Conſ. 19. n. 14. 15.* Klock. *de contribut. cap. 16. ſect. 2. n. 44.*)

ſciente & patiente Domino, conſtituirt geweſen.

argumento eorum, quæ tradit Dn. Collega D. Harpprecht. *Diſp. de Præſcriptione immunitatis à Collectis. cap. 2.*

Die andere Frage:

Wie alsdann wann unverhofften Falls Klägere in poſſeſſorio obtenirten, u. nach obbemeldten renovation modo mit ihnen nicht könnte verfahren werden, Herr Conſulent ſich dabey zu verhalten, und was um ſeiner Gnäd. Herrſchafft gerechtſame zu erhalten vor Media zu ergreiffen?

terim zu seiner Nachricht und besserer Verwahrung oder Information über folgende drey Quæstiones in Rechten belehrt zu werden verlanget.

1.) **Ob so fern Klägere in** possessorio **obteniren sollten, welches doch, da sie ihre** Possess, **wohin sie solche dermalen** extendiren **wollen, noch lange nicht erwiesen, auch schwerlich werden erweisen können, nicht zu** præsumiren **ist, die Herrschafft verbunden sey, mit ihren Unterthanen sich in** Processus **einzulassen, und ein ordentlich** Petitorium **gegen sie anzustellen?**

2 **Worüber unsere beywohnende Rechtliche Gedancken zu eröffnen, wir fast kein anderes Rechts-Mittel, noch Weg sehen, wodurch man sonsten aus der Sachen völlig kommen könnte, als durch förmliche** Instituirung des Petitorii, **falls die Klägere in dem** intentirten Possessorio obteniren, sie per sententiam in eo latam pro possessoribus declarirt, **und bey der erlangten** Possession **des Zehenden biß an die Hüttenthäler** Allmand per sententiam judicialem maintenirt werden sollten, **die Herrschafft aber sie Erbacher und Michelstädter nicht wollte in ruhigem Besitz des Zehend-Rechts biß zu gedachter Hüttenthäler** Allmand, **darinn sie in** possessorio confirmirt **wären, lassen.**

3 **Denn da wäre Gnädig. Herrschafft ja nichts übrig als das** Petitorium, **wann das bißher** exercirte Possessorium **wäre das** Judicium Possessorium Ordinarium sive plenarium **gewesen, darinn** solenni ordine servato, exhibito nimirum libello, facta litis contestatione, peractis plenis probationibus, procedirt **worden,** hoc quippe finito, adversario illius, qui in eodem sententiam pro se obtinuit, quæ in rem judicatam transiit, nil aliud supereſt, quam petitorium.

arg. l. un. C. uti possid. l. 37. ff. de jud.
B. D. Fromman. *Disp. de different. act. petitor. & possessor. th. 70.*

4 **Wann es aber nur das** Possessorium Summarium vel Summariissimum **gewesen, so zwischen ihnen** agitiret **worden, (wie wir** ex postfacto, **nachdem diß schon zu Papier gebracht gewesen, gesehen, daß das** Possessorium Summarium super spolio **allein** instituiret) **so finde auch das** Possessorium Ordinarium **noch wohl** ante Petitorium **statt, wann man sich dessen bedienen wollte,** judicium enim possessorium Summariissimum est præparatorium ordinarii seu plenarii.

Ord. Cam. part. 2. tit. 21. §. fin. Garpz. *lib. 1. Resp. 12. n. 7.* Menoch. *retin. possess. remed. ult. n. 44.* B. D. Fromman. *d. Disp. th. 68.*

5 nec qui in illo succubuit, cum ad ordinarium recurrit, rei judicatæ exceptione repelli potest.

ut contra Bartol. & Vinc. de Franchis probat Carpzov. *lib. 1. Resp. 16. n. 3. seqq.*

Variato siquidem judicio non obstat exceptio rei judicatæ 6

l. 11. §. 4. l. 12. ff. de except. rei jud.

Variari autem judicium si finito possessorio summario instituatur possessorium ordinarium, indubium est, cum hæc differant ab invicem quam maxime. 7

Carpz. *d. Resp. 16.* B. D. Fromman. *Disp. de different. act. ordinar. & summar. th. 52. seqq. & per tot.*

Ac licet contra hanc distinctionem Judicii Possessorii in Ordinarium & Summarium s. Summariissimum valde insurgat 8

Frid. Mindan. *tr. de interdict. comm. 13.*

eamque confictam, falsam & magis Doctorum somnio, quam ullibi in jure fundatam asserat, ac in possessorio semel succumbenti nullum nisi petitorium proprietatis judicium permissum autumet.

Attamen Praxis hodierna & observantia fori eam hactenus comprobavit, ita, ut olium & operam perdere videatur quicunque illam impugnare ausit. 9

Carpzov. *lib. 1. Resp. 9. n. 12. seqq.* ubi usum & effectum hujus distinctionis subjungit.

Wir hielten jedoch fast vor räthlicher, wann man, finito possessorio summario super spolio intentato per sententiam in eo latam, **hier** omisso possessorio ordinario **nur gleich das** Petitorium instituirete. **Denn sollten Klägere in dem instituirten** Possessorio **obteniren und** victorisiren, **und man wolte sie** via facti **von ihren** per sententiam **bestätigten** possession **verstossen, das wäre gar unverantwortlich und könnte von keinem Menschen gebilliget werden, sondern es hätten die Erbacher und Michelstädter so dann erhebliche Ursach sich deswegen höchstens zu beschwehren, ist also der billigste Weg, daß Gnäd. Herrschafft, wann Klägere sollten** in possessorio obteniren, petitorio experire. 10

Principes enim & alii Status Imperii subditos suos non debent bonis ac juribus suis legitime quæsitis sine prævia causæ cognitione privare, sed ipsos clementer audire, ac ubique via juris contra eos procedere tenentur. Sicut enim ipse Imperator promittit, quod si contra omnes vel singulos Status, aut etiam Nobiles immediatos Imperii quicquam prætendat, nolit contra eos via facti procedere, sed viâ juris velit experiri, **er wolle sie nicht selbst vergewaltigen, sondern vor die ordentliche Gerichte zu Verhör und gebührlichen Rechten stellen und kommen lassen.** 11

Capitul. Leopold. *art. 15.* Joseph. *art. 14.*

Ita quoque Principes & Status Imperii alii Imperatorem meritò in hoc passu imitantur, & si quam prætensionem justam contra subditos suos se habere putent, judicio item experiantur, nec sine prævio Processu, quod præten- 12

prætendunt, extorqueant. Digna enim Majeſtate Principum vox eſt, legibus ſe alligatum profiteri.

l. 4. C. de legib.

Eaque propter nec contra Legum præſcripta à ſubditis ſuis quicquam per vim exigant, aut extorqueant.

13 Da es dann keiner ſo groſſen Weitläufftigkeit, die ohne dem den Erbachern und Michelſtädtern nicht lieb ſeyn wird, von nöthen, ſondern weil die Secularisation des Closters und deſſen pertinentien, darunter auch der Zehend quæſtionis geweſen, vi ſuperioritatis territorialis von den Hrn. Graffen von Erpach geſchehen.

Nam bona Eccleſiaſtica mediata in ſingulis ditionibus Imperii nemo alius ſeculariſare poteſt, quam qui ſuperioritate territoriali & poteſtate Majeſtati analoga gaudet, adeoque quisque Status Imperii in ſuo territorio.

Rhetius *de Seculariſat. bonor. Eccleſ. cap. 4. n. 53. 66.* Mauritius *de Secular. bon. Eccleſ. cap. 5. §. 6. 7.*

14 Und derſelbe dadurch den HHrn. Graffen als Dominis territorii zugefallen,

Maurit. *d. Diſp. de ſecular. bon. Eccl. c. 10. §. 1.*

conſequenter die Städte Erbach und Michelſtadt ihn nicht anders als ex conceſſione der HHrn. Graffen erlangen können, ſeyn ſie ſchuldig, daß über ſothane conceſſion aufgerichtete Inſtrument zu produciren tanquam Documentum commune,

arg. l. 5. ff. famil. erciſc. l. 7. C. de edend.

umb daraus zu ſehen mit was conditionen, und wie weit ihnen der Zehende quæſtionis concedirt.

15 Und dafern ſie vorgeben thäten, daß ſie ſolches nicht in Händen hätten, wären ſie verbunden mediante Juramento zu erhärten, daß ſie ſolches nicht in ihrer gewahrſam hätten, noch fürſetzlich vorenthalten, oder dolo malo von Händen kommen laſſen.

l. fin. C. de fide inſtrum. ibi Brunnem. Carpzov. *Proceſſ. tit. 14. art. 4. n. 65. & p. 1. c. 17. d. 28.* Berlich. *p. 1. Concl. 45. n. 84.* Mev. *p. 7. dec. 280.*

16 Zeugte ſich nun aus dem producirten Inſtrumento, daß von der HHrn. Graffen Löbl. Vorfahren der Bürgerſchafft zu Erbach und Michelſtadt der Zehend quæſtionis biß an die Hüttenthäler Allmand ſub pacto de retrovendendo verkaufft worden ſey, ſo muß er ihnen biß zur Wiederlesung gelaſſen werden, weil ſie ihn titulo oneroſo acquirirt.

Quo titulo acquiſita nemini, nec à Principe, ex abſoluta etiam poteſtate, auferri poſſunt.

Petr. Anton. de Petra *tr. de Jure quæſito non tollendo per Principem. per tot.*

17 Zeigt ſich aber das Contrarium daraus, daß er ihnen nur biß an den Linden-Rain verkaufft und concedirt, ſo können ſie ihn weiter hinaus biß zur Hüttenthäler Allmand nicht prætendiren, noch ſich mit der vorgegebenen poſſeſſion, daß ſie ihn biß dahin genoſſen, ſchützen.

Quia non ſufficit, quod decimas aliquoties eo usque perceperint, & ſic in quaſi poſſeſſione juris decimandi usque ad illum terminum fuerint, ſed requiritur, ut edoceant titulum, quo jus illud eò usque exercendi nacti ſint, quia juris communis præſumptio iis reſiſtit, quem cum edocere nequeant hoc caſu, merito decimas terminum præfinitum excedentes ſibi tum vindicant Domini Comites ceu ad ipſos ex ſeculariſatione & jure territoriali pertinentes.

argumento eorum, quæ tradit Dn. Stryk *de neceſſitate edendi titul. poſſeſſ. cap. 5. n. 30.* Chriſtiern. Hilder. Syring. *de Jur. decim. cap. 9. §. 18.*

18 Was in ſpecie aber das à Dno Conſulente movirte dubium concernirt, daß in von der Herrſchafft vornehmender renovation viele Gütter Gülten und Zinſen eingezogen und wieder in Gang gebracht werden können, ob gleich die Unterthanen über 100. Jahr in poſſeſſione des Guts oder frey von Gülten und Zinſen geweſen; So kan ſolches concediret werden, wann die Unterthanen weder legitimum titulum gehabt, noch in bona fide conſtituirt geweſen.

19 Ein anders aber wäre, wann ein Unterthan ſo lange oder auch wohl kürtzere Zeit von 30. oder 40. ein Gut ex juſto titulo, & bona fide beſeſſen, oder ſo lange in quaſi poſſeſſione libertatis à ſolutione prætenſorum cenſuum aut penſionum bona fide, (cujus exacta probatione poſſeſſor minime gravandus, cum ex tanti temporis lapſu vel decurſu bona fides præſumatur,

20

Carpzov. *l. 1. R. 40. n. 17.* Gilken. *de præſcript. p. 2. c. 1. n. 14.*

21 adeò, ut etiam poſt decurſum tanti temporis non amplius malam fidem allegari poſſe exiſtiment

Paul. de Caſtro *vol. 1. Conſ. 169.* Peregrin. *lib. 1. Conſ. 19. n. 14. 15.* Klock. *de contribut. cap. 16. ſect. 2. n. 44.*)

ſciente & patiente Domino, conſtituirt geweſen.

argumento eorum, quæ tradit Dn. Collega D. Harpprecht. *Diſp. de Præſcriptione immunitatis à Collectis. cap. 2.*

Die andere Frage:

Wie alsdann wann unverhoffren Falls Klägere in poſſeſſorio obtenirren, u. nach obbemeldten renovation modo mit ihnen nicht könnte verfahren werden, Herr Conſulent ſich dabey zu verhalten, und was um ſeiner Gnäd. Herrſchafft gerechtſame zu erhalten vor Media zu ergreiffen?

terim zu seiner Nachricht und besserer Verwahrung oder Information über folgende drey Quæstiones in Rechten belehrt zu werden verlanget.

1.) **Ob so fern Klägere in** possessorio **obteniren sollten, welches doch, da sie ihre** Possess, **wohin sie solche dermalen** extendiren **wollen, noch lange nicht erwiesen, auch schwerlich werden erweisen können, nicht zu** præsumiren **ist, die Herrschafft verbunden sey, mit ihren Unterthanen sich in** Process **einzulassen, und ein ordentlich** Petitorium **gegen sie anzustellen?**

2 Worüber unsere beywohnende Rechtliche Gedancken zu eröffnen, wir fast kein anderes Rechts-Mittel, noch Weg sehen, wodurch man sonsten aus der Sachen völlig kommen könnte, als durch förmliche Instituirung des Petitorii, falls die Klägere in dem intentirten Possessorio obteniren, sie per sententiam in eo latam pro possessoribus declarirt, und bey der erlangten Possession des Zehenden biß an die Hüttenthäler Allmand per sententiam judicialem maintenirt werden sollten, die Herrschafft aber sie Erbacher und Michelstädter nicht wollte in ruhigem Besitz des Zehend-Rechts biß zu gedachter Hüttenthäler Allmand, darinn sie in possessorio confirmirt wären, lassen.

3 Denn da wäre Gnädig. Herrschafft ja nichts übrig als das Petitorium, wann das bißher exercirte Possessorium wäre das Judicium Possessorium Ordinarium sive plenarium gewesen, darinn solenni ordine servato, exhibito nimirum libello, facta litis contestatione, peractis plenis probationibus, procedirt worden, hoc quippe finito, adversario illius, qui in eodem sententiam pro se obtinuit, quæ in rem judicatam transiit, nil aliud supereſt, quam petitorium.

arg. l. un. C. uti possid. l. 37. ff. de jud.
B. D. Fromman. *Disp. de different. act. petitor. & possessor. th. 70.*

4 Wann es aber nur das Possessorium Summarium vel Summariissimum gewesen, so zwischen ihnen agitiret worden, (wie wir ex postfacto, nachdem diß schon zu Papier gebracht gewesen, gesehen, daß das Possessorium Summarium super spolio allein instituiret) so finde auch das Possessorium Ordinarium noch wohl ante Petitorium statt, wann man sich dessen bedienen wollte, judicium enim possessorium Summariissimum est præparatorium ordinarii seu plenarii.

Ord. Cam. part. 2. tit. 21. §. fin. Garpz. *lib. 1. Resp. 12. n. 7.* Menoch. *retin. possess. remed. ult. n. 44.* B. D. Fromman. *d. Disp. th. 68.*

5 nec qui in illo succubuit, cum ad ordinarium recurrit, rei judicatæ exceptione repelli potest.

ut contra Bartol. & Vinc. de Franchis probat Carpzov. *lib. 1. Resp. 16. n. 3. seqq.*

Variato siquidem judicio non obstat exceptio rei judicatæ 6

l. 11. §. 4. l. 12. ff. de except. rei jud.

Variari autem judicium si finito possessorio summario instituatur possessorium ordinarium, indubium est, cum hæc differant ab invicem quam maxime. 7

Carpz. *d. Resp. 16.* B. D. Fromman. *Disp. de different. act. ordinar. & summar. th. 52. seqq. & per tot.*

Ac licet contra hanc distinctionem Judicii Possessorii in Ordinarium & Summarium s. Summariissimum valde insurgat 8

Frid. Mindan. *tr. de interdict. comm. 13.*

eamque confictam, falsam & magis Doctorum somnio, quam ullibi in jure fundatam asserat, ac in possessorio semel succumbenti nullum nisi petitorium proprietatis judicium permissum autumet.

Attamen Praxis hodierna & observantia fori eam hactenus comprobavit, ita, ut olium & operam perdere videatur quicunque illam impugnare ausit. 9

Carpzov. *lib. 1. Resp. 9. n. 12. seqq.* ubi usum & effectum hujus distinctionis subjungit.

Wir hielten jedoch fast vor räthlicher, wann man, finito possessorio summario super spolio intentato per sententiam in eo latam, **hier** omisso possessorio ordinario **nur gleich das** Petitorium instituirete. **Denn sollten Klägere in dem instituirten** Possessorio **obteniren und** victorisiren, **und man wolte sie** via facti **von ihren** per sententiam **bestätigten** possession **verstossen, das wäre gar unverantwortlich und könnte von keinem Menschen gebilliget werden, sondern es hätten die Erbacher und Michelstädter so dann erhebliche Ursach sich deswegen höchstens zu beschwehren, ist also der billigste Weg, daß Gnäd. Herrschafft, wann Klägere sollten** in possessorio obteniren, petitorio experire. 10

Principes enim & alii Status Imperii subditos suos non debent bonis ac juribus suis legitime quæsitis sine prævia causæ cognitione privare, sed ipsos clementer audire, ac ubique via juris contra eos procedere tenentur. Sicut enim ipse Imperator promittit, quod si contra omnes vel singulos Status, aut etiam Nobiles immediatos Imperii quicquam prætendat, nolit contra eos via facti procedere, sed viâ juris velit experiri, **er wolle sie nicht selbst vergewaltigen, sondern vor die ordentliche Gerichte zu Verhör und gebührlichen Rechten stellen und kommen lassen.** 11

Capitul. Leopold. *art. 15.* Joseph. *art. 14.*

Ita quoque Principes & Status Imperii alii Imperatorem meritò in hoc passu imitantur, & si quam prætensionem justam contra subditos suos se habere putent, judicio item experiantur, nec sine prævio Processu, quod præten- 12

prætendunt, extorqueant. Digna enim Majeſtate Principum vox eſt, legibus ſe alligatum profiteri.

l. 4. C. de legib.

Eaque propter nec contra Legum præſcripta à ſubditis ſuis quicquam per vim exigant, aut extorqueant.

13 Da es dann keiner ſo groſſen Weitläufftigkeit, die ohne dem den Erbachern und Michelſtädtern nicht lieb ſeyn wird, von nöthen, ſondern weil die Secularisation des Closters und deſſen pertinentien, darunter auch der Zehend quæſtionis geweſen, vi ſuperioritatis territorialis von den Hrn. Graffen von Erpach geſchehen.

Nam bona Eccleſiaſtica mediata in ſingulis ditionibus Imperii nemo alius ſeculariſare poteſt, quam qui ſuperioritate territoriali & poteſtate Majeſtati analoga gaudet, adeoque quisque Status Imperii in ſuo territorio.

Rhetius *de Seculariſat. bonor. Eccleſ. cap. 4. n. 53. 66.* Mauritius *de Secular. bon. Eccleſ. cap. 5. §. 6. 7.*

14 Und derſelbe dadurch den HHrn. Graffen als Dominis territorii zugefallen,

Maurit. *d. Diſp. de ſecular. bon. Eccl. c. 10. §. 1.*

conſequenter die Städte Erbach und Michelſtadt ihn nicht anders als ex conceſſione der HHrn. Graffen erlangen können, ſeyn ſie ſchuldig, daß über ſothane conceſſion aufgerichtete Inſtrument zu produciren tanquam Documentum commune,

arg. l. 5. ff. famil. erciſc. l. 7. C. de edend.

umb daraus zu ſehen mit was conditionen, und wie weit ihnen der Zehende quæſtionis concedirt.

15 Und dafern ſie vorgeben thäten, daß ſie ſolches nicht in Händen hätten, wären ſie verbunden mediante Juramento zu erhärten, daß ſie ſolches nicht in ihrer gewahrſam hätten, noch fürſetzlich vorenthalten, oder dolo malo von Händen kommen laſſen.

l. fin. C. de fide inſtrum. ibi Brunnem. Carpzov. *Proceſſ. tit. 14. art. 4. n. 65. & p. 1. c. 17. d. 28.* Berlich. *p. 1. Concl. 45. n. 84.* Mev. *p. 7. dec. 280.*

16 Zeugte ſich nun aus dem producirten Inſtrumento, daß von der HHrn. Graffen Löbl. Vorfahren der Bürgerſchafft zu Erbach und Michelſtadt der Zehend quæſtionis biß an die Hüttenthäler Allmand ſub pacto de retrovendendo verkaufft worden ſey, ſo muß er ihnen biß zur Wiederleſung gelaſſen werden, weil ſie ihn titulo oneroſo acquirirt.

Quo titulo acquiſita nemini, nec à Principe, ex abſoluta etiam poteſtate, auferri poſſunt.

Petr. Anton. de Petra *tr. de Jure quæſito non tollendo per Principem. per tot.*

17 Zeigt ſich aber das Contrarium daraus, daß er ihnen nur biß an den Linden-Rain verkaufft

und concedirt, ſo können ſie ihn weiter hinaus biß zur Hüttenthäler Allmand nicht prætendiren, noch ſich mit der vorgegebenen poſſeſſion, daß ſie ihn biß dahin genoſſen, ſchützen.

Quia non ſufficit, quod decimas aliquoties eo usque perceperint, & ſic in quaſi poſſeſſione juris decimandi usque ad illum terminum fuerint, ſed requiritur, ut edoceant titulum, quo jus illud eò usque exercendi nacti ſint, quia juris communis præſumptio iis reſiſtit, quem cum edocere nequeant hoc caſu, merito decimas terminum præfinitum excedentes ſibi tum vindicant Domini Comites ceu ad ipſos ex ſeculariſatione & jure territoriali pertinentes.

argumento eorum, quæ tradit Dn. Stryk *de neceſſitate edendi titul. poſſeſſ. cap. 5. n. 30.* Chriſtiern. Hilder. Syring. *de Jur. decim. cap. 9. §. 18.*

Was in ſpecie aber das à Dno Conſulente 18
movirte dubium concernirt, daß in von der Herrſchafft vornehmender renovation viele Gütter Gülten und Zinſen eingezogen und wieder in Gang gebracht werden können, ob gleich die Unterthanen über 100 Jahr in poſſeſſione des Guts oder frey von Gülten und Zinſen geweſen; So kan ſolches concediret werden, wann die Unterthanen weder legitimum titulum gehabt, noch in bona fide conſtituirt geweſen.

Ein anders aber wäre, wann ein Unterthan 19
ſo lange oder auch wohl kürtzere Zeit von 30. oder 40. ein Gut ex juſto titulo, & bona fide beſeſſen, oder ſo lange in quaſi poſſeſſione libertatis à ſolutione prætenſorum cenſuum aut penſionum bona fide, (cujus exacta pro- 20
batione poſſeſſor minime gravandus, cum ex tanti temporis lapſu vel decurſu bona fides præſumatur,

Carpzov. *l. 1. R. 40. n. 17.* Gilken. *de præſcript. p. 2. c. 1. n. 14.*

adeò, ut etiam poſt decurſum tanti tempo- 21
ris non amplius malam fidem allegari poſſe exiſtiment

Paul. de Caſtro *vol. 1. Conſ. 169.* Peregrin. *lib. 1. Conſ. 19. n. 14. 15.* Klock. *de contribut. cap. 16. ſect. 2. n. 44.*)

ſciente & patiente Domino, conſtituirt geweſen.

argumento eorum, quæ tradit Dn. Collega D. Harpprecht. *Diſp. de Præſcriptione immunitatis à Collectis. cap. 2.*

Die andere Frage:

Wie alsdann wann unverhoffren Falls Klägere in poſſeſſorio obtenirren, u. nach obbemeldten renovation modo mit ihnen nicht könnte verfahren werden, Herr Conſulent ſich dabey zu verhalten, und was um ſeiner Gnäd. Herrſchafft gerechtſame zu erhalten vor Media zu ergreiffen?

terim zu seiner Nachricht und besserer Verwahrung oder Information über folgende drey Quæstiones in Rechten belehrt zu werden verlanget.

1.) **Ob so fern Klägere in** possessorio **obteniren sollten, welches doch, da sie ihre** Possess, **wohin sie solche dermalen** extendiren **wollen, noch lange nicht erwiesen, auch schwerlich werden erweisen können, nicht zu** præsumiren **ist, die Herrschafft verbunden sey, mit ihren Unterthanen sich in** Process **einzulassen, und ein ordentlich** Petitorium **gegen sie anzustellen?**

2 Worüber unsere beywohnende Rechtliche Gedancken zu eröffnen, wir fast kein anderes Rechts-Mittel, noch Weg sehen, wodurch man sonsten aus der Sachen völlig kommen könnte, als durch förmliche Instituirung des Petitorii, falls die Klägere in dem intentirten Possessorio obteniren, sie per sententiam in eo latam pro possessoribus declarirt, und bey der erlangten Possession des Zehenden biß an die Hüttenthäler Allmand per sententiam judicialem maintenirt werden sollten, die Herrschafft aber sie Erbacher und Michelstädter nicht wollte in ruhigem Besitz des Zehend-Rechts biß zu gedachter Hüttenthäler Allmand, darinn sie in possessorio confirmirt wären, lassen.

3 Denn da wäre Gnädig. Herrschafft ja nichts übrig als das Petitorium, wann das bißher exercirte Possessorium wäre das Judicium Possessorium Ordinarium sive plenarium gewesen, darinn solenni ordine servato, exhibito nimirum libello, facta litis contestatione, peractis plenis probationibus, procedirt worden, hoc quippe finito, adversario illius, qui in eodem sententiam pro se obtinuit, quæ in rem judicatam transiit, nil aliud supereſt, quam petitorium.

arg. l. un. C. uti possid. l. 37. ff. de jud. B. D. Fromman. *Disp. de different. act. petitor. & possessor. th. 70.*

4 Wann es aber nur das Possessorium Summarium vel Summariissimum gewesen, so zwischen ihnen agitiret worden, (wie wir ex postfacto, nachdem diß schon zu Papier gebracht gewesen, gesehen, daß das Possessorium Summarium super spolio allein instituiret) so finde auch das Possessorium Ordinarium noch wohl ante Petitorium statt, wann man sich dessen bedienen wollte, judicium enim possessorium Summariissimum est præparatorium ordinarii seu plenarii.

Ord. Cam. part. 2. tit. 21. §. fin. Garpz. *lib. 1. Resp. 12. n. 7.* Menoch. *retin. possess. remed. ult. n. 44.* B. D. Fromman. *d. Disp. th. 68.*

5 nec qui in illo succubuit, cum ad ordinarium recurrit, rei judicatæ exceptione repelli potest.

ut contra Bartol. & Vinc. de Franchis probat Carpzov. *lib. 1. Resp. 16. n. 3. seqq.*

Variato siquidem judicio non obstat exceptio rei judicatæ 6

l. 11. §. 4. l. 12. ff. de except. rei jud.

Variari autem judicium si finito possessorio summario instituatur possessorium ordinarium, indubium est, cum hæc differant ab invicem quam maxime. 7

Carpz. *d. Resp. 16.* B. D. Fromman. *Disp. de different. act. ordinar. & summar. th. 52. seqq. & per tot.*

Ac licet contra hanc distinctionem Judicii Possessorii in Ordinarium & Summarium s. Summariissimum valde insurgat 8

Frid. Mindan. *tr. de interdict. comm. 13.*

eamque confictam, falsam & magis Doctorum somnio, quam ullibi in jure fundatam asserat, ac in possessorio semel succumbenti nullum nisi petitorium proprietatis judicium permissum autumet.

Attamen Praxis hodierna & observantia fori eam hactenus comprobavit, ita, ut olium & operam perdere videatur quicunque illam impugnare ausit. 9

Carpzov. *lib. 1. Resp. 9. n. 12. seqq.* ubi usum & effectum hujus distinctionis subjungit.

Wir hielten jedoch fast vor räthlicher, wann man, finito possessorio summario super spolio intentato per sententiam in eo latam, hier omisso possessorio ordinario nur gleich das Petitorium instituirete. Denn sollten Klägere in dem instituirten Possessorio obteniren und victorisiren, und man wolte sie via facti von ihren per sententiam bestätigten possession verstossen, das wäre gar unverantwortlich und könnte von keinem Menschen gebilliget werden, sondern es hätten die Erbacher und Michelstädter so dann erhebliche Ursach sich deswegen höchstens zu beschwehren, ist also der billigste Weg, daß Gnäd. Herrschafft, wann Klägere sollten in possessorio obteniren, petitorio experire. 10

Principes enim & alii Status Imperii subditos suos non debent bonis ac juribus suis legitime quæsitis sine prævia causæ cognitione privare, sed ipsos clementer audire, ac ubique via juris contra eos procedere tenentur. Sicut enim ipse Imperator promittit, quod si contra omnes vel singulos Status, aut etiam Nobiles immediatos Imperii quicquam prætendat, nolit contra eos via facti procedere, sed viâ juris velit experiri, er wolle sie nicht selbst vergewaltigen, sondern vor die ordentliche Gerichte zu Verhör und gebührlichen Rechten stellen und kommen lassen. 11

Capitul. Leopold. *art. 15.* Joseph. *art. 14.*

Ita quoque Principes & Status Imperii alii Imperatorem meritò in hoc passu imitantur, & si quam prætensionem justam contra subditos suos se habere putent, judicio item experiantur, nec sine prævio Processu, quod præten- 12

prætendunt, extorqueant. Digna enim Majeſtate Principum vox eſt, legibus ſe alligatum profiteri.

l. 4. C. de legib.

Eaque propter nec contra Legum præſcripta à ſubditis ſuis quicquam per vim exigant, aut extorqueant.

13 Da es dann keiner ſo groſſen Weitläufftigkeit, die ohne dem den Erbachern und Michelſtädtern nicht lieb ſeyn wird, von nöthen, ſondern weil die Secularisation des Cloſters und deſſen pertinentien, darunter auch der Zehend quæſtionis geweſen, vi ſuperioritatis territorialis von den Hrn. Graffen von Erpach geſchehen.

Nam bona Eccleſiaſtica mediata in ſingulis ditionibus Imperii nemo alius ſeculariſare poteſt, quam qui ſuperioritate territoriali & poteſtate Majeſtati analoga gaudet, adeoque quisque Status Imperii in ſuo territorio.

Rhetius *de Seculariſat. bonor. Eccleſ. cap. 4. n. 53. 66.* Mauritius *de Secular. bon. Eccleſ. cap. 5. §. 6. 7.*

14 Und derſelbe dadurch den HHrn. Graffen als Dominis territorii zugefallen,

Maurit. *d. Diſp. de ſecular. bon. Eccl. c. 10. §. 1.*

conſequenter die Städte Erbach und Michelſtadt ihn nicht anders als ex conceſſione der HHrn. Graffen erlangen können, ſeyn ſie ſchuldig, daß über ſothane conceſſion aufgerichtete Inſtrument zu produciren tanquam Documentum commune,

arg. l. 5. ff. famil. erciſc. l. 7. C. de edend.

umb daraus zu ſehen mit was conditionen, und wie weit ihnen der Zehende quæſtionis concedirt.

15 Und dafern ſie vorgeben thäten, daß ſie ſolches nicht in Händen hätten, wären ſie verbunden mediante Juramento zu erhärten, daß ſie ſolches nicht in ihrer gewahrſam hätten, noch fürſetzlich vorenthalten, oder dolo malo von Händen kommen laſſen.

l. fin. C. de fide inſtrum. ibi Brunnem. Carpzov. *Proceſſ. tit. 14. art. 4. n. 65. & p. 1. c. 17. d. 28.* Berlich. *p. 1. Concl. 45. n. 84.* Mev. *p. 7. dec. 280.*

16 Zeugte ſich nun aus dem producirten Inſtrumento, daß von der HHrn. Graffen Löbl. Vorfahren der Bürgerſchafft zu Erbach und Michelſtadt der Zehend quæſtionis biß an die Hüttenthäler Allmand ſub pacto de retrovendendo verkaufft worden ſey, ſo muß er ihnen biß zur Wiederleſung gelaſſen werden, weil ſie ihn titulo oneroſo acquirirt.

Quo titulo acquiſita nemini, nec à Principe, ex abſoluta etiam poteſtate, auferri poſſunt.

Petr. Anton. de Petra *tr. de Jure quæſito non tollendo per Principem. per tot.*

17 Zeigt ſich aber das Contrarium daraus, daß er ihnen nur biß an den Linden-Rain verkaufft und concedirt, ſo können ſie ihn weiter hinaus biß zur Hüttenthäler Allmand nicht prætendiren, noch ſich mit der vorgegebenen poſſeſſion, daß ſie ihn biß dahin genoſſen, ſchützen.

Quia non ſufficit, quod decimas aliquoties eo usque perceperint, & ſic in quaſi poſſeſſione juris decimandi usque ad illum terminum fuerint, ſed requiritur, ut edoceant titulum, quo jus illud eò usque exercendi nacti ſint, quia juris communis præſumptio iis reſiſtit, quem cum edocere nequeant hoc caſu, merito decimas terminum præfinitum excedentes ſibi tum vindicant Domini Comites ceu ad ipſos ex ſeculariſatione & jure territoriali pertinentes.

argumento eorum, quæ tradit Dn. Stryk *de neceſſitate edendi titul. poſſeſſ. cap. 5. n. 30.* Chriſtiern. Hilder. Syring. *de Jur. decim. cap. 9. §. 18.*

18 Was in ſpecie aber das à Dno Conſulente movirte dubium concernirt, daß in von der Herrſchafft vornehmender renovation viele Gütter Gülten und Zinſen eingezogen und wieder in Gang gebracht werden können, ob gleich die Unterthanen über 100. Jahr in poſſeſſione des Guts oder frey von Gülten und Zinſen geweſen; So kan ſolches concediret werden, wann die Unterthanen weder legitimum titulum gehabt, noch in bona fide conſtituirt geweſen.

19 Ein anders aber wäre, wann ein Unterthan ſo lange oder auch wohl kürtzere Zeit von 30. oder 40. ein Gut ex juſto titulo, & bona fide beſeſſen, oder ſo lange in quaſi poſſeſſione libertatis à ſolutione prætenſorum cenſuum aut penſionum bona fide, (cujus exacta probatione poſſeſſor minime gravandus, cum ex tanti temporis lapſu vel decurſu bona fides præſumatur,

20 Carpzov. *l. 1. R. 40. n. 17.* Gilken. *de præſcript. p. 2. c. 1. n. 14.*

21 adeò, ut etiam poſt decurſum tanti temporis non amplius malam fidem allegari poſſe exiſtiment

Paul. de Caſtro *vol. 1. Conſ. 169.* Peregrin. *lib. 1. Conſ. 19. n. 14. 15.* Klock. *de contribut. cap. 16. ſect. 2. n. 44.*)

ſciente & patiente Domino, conſtituirt geweſen.

argumento eorum, quæ tradit Dn. Collega D. Harpprecht. *Diſp. de Præſcriptione immunitatis à Collectis. cap. 2.*

Die andere Frage:

Wie alsdann wann unverhoffren Falls Klägere in poſſeſſorio obtenirren, u. nach obbemeldten renovation modo mit ihnen nicht könnte verfahren werden, Herr Conſulent ſich dabey zu verhalten, und was um ſeiner Gnäd. Herrſchafft gerechtſame zu erhalten vor Media zu ergreiffen?

22 belangend, so müsten, wann Klägere in instituto Possessorio obtenireten, von Gnäd. Herrschafft das Petitorium intentirt, und quoad jus decimandi sibi vindicandum in loco controverso, von dem Linden-Rain nemlich biß zur Hüttenthäler Allmand, die actio utilis confessoria instituirt,

arg. c. 27. X. de decim. Hahn *ad Wesenbec. Parat. ff. tit. si usufr. petat. n. 2.* Hoppius *ad §. 2. Inst. de action. in usu hodierno.*

zu deren Begründung aber daß über den den klagenden Gemeinden verkaufften Zehenden aufgerichteten Instruments-Edition urgiret
23 werden; Oder wann man dessen gewiß versichert, daß der Platz von Linden-Rain biß zur Hüttenthäler Allmand sonst niemals gebauet, sondern jetzo erst vor weniger Zeit gantz von neuem umgebrochen und im Bau gebracht worden wäre, und diß quocunque modo erwiesen werden könnte. So könnte Gn. Herrschafft auch den Zehenden daraus, als aus einem Neubruch oder Neugereuth vigore superioritatis territorialis als einen noval-Zehenden ansprechen und vindiciren, massen bekannt und ausgemacht, daß heut zu Tage nach geschlossenen Religions-Frieden in Deutschland durch eine General-Gewohnheit bey den protestirenden Fürsten und Ständen des Reichs hergebracht, daß sie sich die noval-Zehenden Jure territoriali vindiciren,

teste Besoldo & Speidel. *voc.* Neubruch. *Recess. Imp. de Anno 1555. §. 19. 20.* Marc. Tobia Neubronner *Diss. Inaug. de Novalibus von Neubrüchen. th.* Syring. *de Jur. decim. cap. 7.*

24 Was aber zu einem Neugereüth requiriret werde, und was derjenige probiren müsse, der von einem Neugereüth den noval-Zehenden fordert, kan gesehen werden bey dem

Syringio *alleg. c. 7. §. 1. 2. 3.* Werndle *vom Zehend-Recht lib. 4. cap. 1.* ibi Casp. Lælio *in addit.*

25 Oder wann dem also, daß sothaner Zehend der Burgerschafft zu Erbach und Michelstadt mit dem expressen Pacto verkaufft worden, daß er alle zwantzig Jahr gegen Erlegung des Kauff-Schillings wiederum eingelöset werden könne, so möchte man zu seiner Zeit, wann nemlich die jetztlauffende 20. Jahr um seyn, aller Verdrießlichkeit abzukommen denselben restituto pretio einlösen und redimiren mithin gantz wieder an sich ziehen.

Was endlich

Die dritte Quæstion:

Ob dergleichen Zeugniß, wie unter angezogenen Lit. A. enthalten, (dergleichen Zeugen wohl noch mehr zu finden,) disseitige Intention zu fundiren sufficient sey, oder ob eine dubia possessio ohne Producirung authentischer Documenten und Urkunden prævaliren könne?

concerniret, so testiren zwar diese Lit. A. ab- 26
gehörte Zeugen alle de auditu alieno, Testis *1. ad art. 5. 7. 9.* daß er von seinem Vatter der 84. Jahr alt worden, wie auch von Peter Crämer gehört, & Testis 2. ac 3. daß sie von Hannß Trautmann dem verstorbenen Jäger gehört, daß der Erbacher Zehend biß an den Linden-Rain gehe, dergleichen testimonium sonst von schlechter Würckung ist, und wenig beweiset.

Quia testimonium de auditu alieno pro- 27
prie testimonium dici nequit

Petr. de Moncada ad Crotium *de testib. n. 366.*

cum testis omnis, cui fides adhibenda, de re 28
sensu proprio percepta deponere debeat, adeò quidem, ut & præsentia in ipso præcise requiratur

c. 15. c. 3. q. 9.

hinc testes de auditu auditus deponentes re- 29
gulariter non probant.

d. c. 15. c. 3. q. 9. c. 47. X. de testib. Richter *p. 1. Cons. 4. n. 18.* post plures alios à se allegatos Stryck. *de Jur. Sens. Diss. 3. c. 3. n. 3. seqq.*

Allein ist bekannt, daß diese regul ihre nota- 30
ble Abfall habe, unter denen auch dieser ist, quod in probatione finium antiquorum testes de auditu alieno admittantur, cum enim illi excedant hominum memoriam, & sic proprio auditu vel visu probari nequeant, recurrendum est ad auditum alienum.

Brunnem. *in repetit. Paratitl.* Wesenbec. *tit. fin. regund. q. 16.* Mascard. *de probat. concl. 395. n. 4.*

Hocque casu, cæteris paribus, testimoni- 31
um auditus alieni plenam quoque facere probationem, asserit laudatus

Stryk. *d. c. 3. n. 13.*

quia ubicunque ob antiquitatem probatio 32
per visum est impossibilis, sufficit probatio per auditum,

Mascard. *d. concl. 395. n. 4. seqq.* Hier. de Monte *de finib. regund. c. 51. n. 1. 7.*

& in facto de antiquo Lex levioribus pro- 33
bationibus est contenta, quæ alias omnino plenæ non essent.

arg. l. 5. §. 6. ff. de re milit. Aim. Gravetta *de Antiquit. tempor. part. 1. membr. ult. n. 30.*

Daher dieser Zeugen Aussagen zu Fundirung 34
disseitiger Intention schon sufficient seyn, wann nur das über den Verkauff des Zehenden qu. aufgerichtete Instrumentum oder andere glaubwürdige Documenta denselben nicht zuwider seyn. Falls aber besagtes Instrument oder andere Documenta im Herrschafftl. Archiv mit der Zeugen Aussage übereinstimmen und concordiren, so machten sie zusammen plenissimam fidem & probationem probatam, ut

Docto-

Doctores loquuntur, dawider nichts erhebliches aufgebracht werden möchte.

Wolten diß zu verlangter Rechtl. Nachricht dienstlich nicht verhalten, nechst Anwünschung aller selbst-verlangten prosperität und heylwerther Empfehl. Göttl. Protection verharrend.

Actum in Collegio nostro den 5. Januar. 1709.

CONSILIUM CXLI.

DE Renunciatione Litis ejusque effectu.

SUMMARIA.

1. Recensetur Factum.
2. 3. 4. Cuilibet, actori imprimis, regulariter permissum est, tam ante, quàm post Litem contestatam, etiam invito adversario, liti renunciare.
5. Hac renunciatione ipsa lis vel causa extinguitur.
6. Ita, ut renuncians perpetuò silere debeat. junct. n. 8.
7. Nec tantum lis ipsa hac remissione extinguitur, sed ejus etiam effectus per Litis contestationem inductus.
9. Hinc sententia post hanc renunciationem lata haud valet. junct. n. 15.
10. Quamvis liti renuncians propriè non dicatur, succumbere, sed potius desistere.
11. Habetur tamen pro victo, quoad expensas.
12. Hinc renuncians liti in expensas condemnari debet, nisi causa, ob quam fit renunciatio litis, de novo supervenerit.
13. Vel nisi adversarius expensas litis in se receperit. jung. n. seq.

1 AUs dem Uns überschickten Extractu des den 1. und 2. Nov. a. c. gehaltenen Gerichts-Protocolli in Sachen Magdalena Jägerin von Borstingen wider Hanß Jacob und Friedrich die Deublin puncto imprægnationis haben wir mit mehrerm ersehen, daß nach dem die im vorigen Consilio an Hand gegebene Interlocutoria den 1. Nov. dahin publicirt, daß Beklagte schuldig seyn sollen, das Juramentum purgationis abzulegen, daß sie mit der Klägerin nicht in Unehren zu thun gehabt, und ihnen dazu Bedenck-Zeit biß auf den 2. Nov. gegeben, des gefolgten Tags 2. Nov. nemlich der Kläg. Gerichtl. confirmirter Curator ad litem in Judicio vorgetragen, daß der Klägerin leid sey, daß beede Beklagte so weit sollten gedrungen werden, sie müsse gestehen, daß ihro, als einen blöden einfältigen Menschen leider dieser Unfall begegnet, daß sie Nächtlicher Weil Kinds geschwängert worden, ohne daß sie gewußt, mit wem sie solches Laster eigentlich begangen, könne dahero beede beklagte Deublin nicht vor die Thäter, weniger vor die Vätter ihrer Kinder halten noch angeben, wolle deswegen dieselbe beederseits hiemit auch von ihrer biß dahin geführten Klage absolviren, und weiterer Forderung halber gäntzlich desistiren, und bitte nur sie als ein vorhin auf alle Weiß gestrafftes armes Mensch hinkünfftig zu verschonen und mit weiterer Straffe nicht mehr zu belegen. Worauf Hr. Burgermeister Deublin gebeten auf die von Klägerin aus aufgewachtem Gewissen gethane Erklärung seinen Sohn zu absolviren, der Hr. Richter aber ist darauf beharret, daß beede Beklagte der Interlocutoriæ ein Genügen thun solten, auch deswegen ihren Beicht-Vatter beruffen ihnen das Gewissen recht zu schärffen, welches er dann höchst-beweglichst und Hertz-dringend verrichtet, beede Beklagte haben sich auf ihr reines Gewissen und Unschuld beruffen, benanntlich Hanß Jacob Deublin nechst vorgängig gebetener restitution seiner aufgewandten Unkosten, und Satisfaction vor den erlittenen Schimpff und Nachtheil an seinen Ehren, sich erboten, mit würcklicher Abschwörung des Aydes seine Unschuld zu probiren, beede Eltern der Beklagten aber gebeten, man wolle doch der Klägere freywillige Erkänntniß und Bekänntniß regardiren, sie lassen ihre Kinder, besonders Herr Burgermeister Deublin seinen zwantzig und also noch minderjährigen Sohn keinen Ayd abschweren.

Uber dieses neue emergens nun unsere beywohnende Rechtl. Gedancken zu eröffnen, so 2
hat Klägerin actionem civilem ad privatum suum Interesse instituiret, da man ihr wegen ihres miserablen Zustandes ex officio satisfaction vel in tantum zu verschaffen thun wollen, was man können, weil sie aber die Rechtl. Wohlthat mit Füssen gleichsam von sich stößt, 3
ihrer instituirten action renunciret, und Beklagte selbst davon absolvirt, so kan und muß man es, NB. wann man nur keinen Schleich vorzugehen vermuthet, geschehen lassen.

Cum invito beneficium non obtrutendum, 4
l. 69. ff. de reg. jur.
& cuilibet, actori imprimis, regulariter permissum sit, tàm ante, quàm post litem contestatam, cum lis proprie non dicatur, nisi post litem contestatam, etiam invito adversario, liti renunciare,

l. 4. C. de pact. ubi Impp. Severus & Antoninus notanter ita rescribunt: Postquam liti de prædio motæ renunciasti, causam finitam instaurari posse, nulla ratio permittit.

Ex quo textu simul patet, quod hac litis re- 5
nunciatione ipsa lis vel causa finiatur & extinguatur

d. l. 4. verbis: *causam finitam. C. de*

pact. l. 1. §. 10. ff. de nov. oper. renunciat. ubi dicitur: Quid enim aliud agebat Prætor, quàm ut controversias eorum dirimeret? à quibus si sponte recesserint, debebit id ratum habere. Paul. Gallerat. *de renunciat. cent. 1. ren. 18. n. 10. 11.*

6 Qui igitur serio & præmeditate liti renunciavit, non amplius audiendus, sed repellendus, nec ei ad litem renunciatam regressus dandus, quia renunciatio litis facit renunciantem perpetuo silere, & exceptio renunciationis litis dicitur exceptio litis finitæ, perinde ut exceptio transactionis, jurisjurandi & rei judicatæ.

Bald. *in l. sicut. 4. C. de repud. hered.* Gallerat. *de renunc. 18. n. 12.*

7 Nec tantum lis ipsa remissione litis extinguitur, sed ejus etiam effectus per litis contestationem inductus,

Gallerat. *d. renunc. 18. n. 13.*

8 Litique renuncians non tantum instantiæ, sed etiam causæ ipsi renunciasse intelligitur, ideo actionem amittit, quia verbum *Lis* ex propria ipsius significatione tam instantiam, quam causam comprehendit.

Gallerat. *d. renunc. 18. n. 30.*

9 Quia ergò litis renunciatione ita tota lis & causa finitur ac extinguitur, haud valet sententia post renunciationem lata, quia lis jam finem accepisse dicitur per renunciationem.

l. 73. ff. de procurat. Lancellot. *de attentat. cap. 4. n. 250.*

10 Quamvis autem liti renuncians censeatur ideo renunciare, quia diffidit de Jure suo, tamen non propterea dicitur succumbere, sed potius desistere

l. 8. C. de his quib. ut indignis &c. ibi Bald. Salicet.

11 licet verò cedens liti non dicatur proprie succumbere, habetur tamen pro victo, quoad expensas litis,

Bald. *in l. 4. C. de pact.*

12 hinc est trita regula, quod renuncians liti debeat in expensas condemnari, nisi nimirum causa, ob quam fit renunciatio litis, de novo supervenerit.

per l. 79. ff. de judic. arg. l. 10. in fin. eod. l. 15. de jur. fisc. l. 2. C. de abol. Bocer. *cl. 6. D. 30. th. 24.* Scotan. *in Exam. Jurid. ad tit. Cod. ut nem. invit. ager. cog.* Gallerat. *d. renunc. 18. n. 36.*

vel nisi adversarius sponte expensas litis in se 13
receperit quippe quod in libero ejus, vel eorum, in quorum potestate existit, est arbitrio, ut pro lubitu id facere possint.

arg. l. 21. C. mand.

Und bleibet es demnach bey der von der Klä- 14
gerin beschehenen renunciation deren wider Beklagte movirten Klage, in Krafft deren sie beede Beklagte von aller Ansprache und Beschuldigung, daß sie sie Klägerin Kindes geschwängert, und Vätter ihrer zur Welt gebohrnen Kinder seyn, absolviret, doch daß Beklagter Eltern wegen ihrer his verbis: Wäre ja endlichen einiger Unkosten dieser Sache halber aufgewendet worden, wolten sie beede Eltern (jedoch ihren Kindern an ihren Ehren ohne Præjudiz und Nachtheil selbigen abtragen ꝛc. in judicio expresse gethanen Erklärung, alle in dieser Sache uffgewandte Unkosten sine præjudicio erstatten. Sie haben zwar dieser ihrer Erklärung auch angehengt, daß sie verhoffen wollten, man werde nun ihre so ohnverschuldter Dingen an ihren Ehren gekränckte beede Söhne restituiren und dieser biß daher fälschlich geführten Klage halber frey, loß und ledig zehlen.

Aber weil die Klag durch der Klägerin mit 15
Beystand ihres Gerichtl. confirmirten Kriegs-Vogts Gerichtl. gethane renunciation gäntzlich aufgehoben und erloschen, mithin die gewesene Strittigkeit dadurch ihre Endschafft bereits erreichet, auch die Beklagte von der Klägerin selbst von der wider sie instituirten Klag absolviret, quit und frey gesprochen worden, ist des Richters officium quoad hanc causam erloschen, und kan er kein Urtheil in der Sachen weiter geben, wohl aber mag er denen Beklagten einen Extractum dieses Protocolli geben zum Zeugniß ihrer von der Klägerin contestirten Unschuld, so ihnen an statt der Urtheil dienen kan, weil sie darinn expresse declarirt, daß sie die Beklagte weder vor die Thäter so sie durch Beyschlaff geschwängert, noch vor die Vätter ihrer zur Welt gebohrnen Kinder halten oder angeben wolle, sondern von aller Ansprache absolvire, quit, loß und ledig spreche.

Welches wir also zu fernerer erforderten Rechts-Belehrung anfügen wollen. Actum in Collegio nostro den 5. Jan. 1709.

AVERTISSEMENT.

DEm Verspruch gemäß wird hiebey das 2te Volumen Consiliorum Tubingensium von dem Seel. Herrn D. Lauterbach ausgefertiget, geliefert; Wer demnach auf diesen 2ten Theil die Prænumeration noch nicht bezahlt hat, der beliebe solche mit 3. fl. wie auch den Avanço mit 3. fl. auf den 3ten Theil ohnschwehr francò einzusenden; Und da solcher Gestalt an dem 3ten Tomo, welcher auch bereits unter der Presse, fleißig gearbeitet wird: So werden hiemit alle und jede Resp. Herrn Liebhaber gehorsamst und dienstl. ersucht, mit obiger Prænumeration nicht lang zu verweilen, weilen man sonsten diß Orths nicht gehalten seyn kan, die Theile à 3. fl. (welcher Vortheil bekandtlich nur denen zu kommt, die ihr Geldt zum Voraus geben) zu erlassen, dahero man die Zeit und Gelegenheit selbst beliebig wohl in Acht nehmen und sich aller Aufrichtigkeit von uns versichern wolle.

WEilen übrigens auch ich Joh. Georg Cotta Buchhändler in Tübingen des berühmten B. D. Lauterbachii Dissertationes in groß Regal 4to in 4. Vol. (welche schon längst desiderirt, und zusammen gedruckt von dem Publico gewünschet worden,) mit einem vollständigen Indice aufs sorgfältigste zusammen trucken lassen, der Preiß à 15. fl. aber einige abgeschröckt, sich solche anzuschaffen: So habe auf Ersuchen guter Freunde mich dahin entschlossen, dieses Werck zwischen dato und dem Ausgang künfftigen Monaths Octobris vor baare Zahlung um 10. fl. zu erlassen, derentwegen man sich in den Buchläden oder bey mir selbsten dißfalls melden wolle.

WEr auch sonsten von denen Scriptis Lauterbachianis ein Liebhaber, solchem dienet zu dienst- und freundlicher Nachricht, daß dessen Compendium Pandectarum mit des berühmten Seel. Herrn Cantzler Hertii zu Giessen, zu seinem eigenen Gebrauch selbst verfertigten, und von Ihme sehr hochgeschätzten Paralleliſmo, ingleichem nach des berühmten Herrn D. Hertels in Jena über besagtes Compendium in die 30. Jahr lang mit unglaublicher Mühe gefundene sehr viele Verbal- und nahmhaffte Real-Fehler sorgfältigst corrigirt, mithin anjetzo in ein weit verbesserten Stand gebracht worden.

Tübingen den 1. Sept. 1731.

AVERTISSEMENT.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Schweder, Gabriel, 1648-1735 / Lauterbach, Wolfgang Adam, 1618-1678 / Graß, Michael, 1657-1731

Inclytae Facultatis Juridicae Tubingensis Quotquot A Centum Et Pluribus Annis Hucusque Conscripta Colligi Potuere, Consilia Et Responsa Praecipua Omnia, Nondum Alias Impressa, Celeberrimi Nominis Virorum, Jam Pie Defunctorum, Harpprechtorum, Boceri, Besoldorum, Wurmseri, Wibelii, Mauritii, Lauterbachii, Bardili, Frommanni, Kurreri, Gravii, Scheinemanni, Majeri, Moeglingiorum &c. Ac feliciter adhuc ... viventium, D.D. Schwederi, Grassi, Harpprechti, Schefferi, Schoepffii, Helfrichii, [et]c. ...
Bd.: 1

Tubingae, Francofurti [et] Giessae 1731

Regensburg, Staatliche Bibliothek -- 999/2 Jur.80(1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11056965-0
VD18 15554481-001